

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLII * Noviembre-Diciembre 1966 * Núm. 457

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. Francisco Sánchez de Frutos.

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

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», por MARIANO HERMIDA LINARES	1401
«Estudio critico del artículo 1.110 del Código civil», por OREN- CIO-VICENTE TORRALBA SORIANO	1509
 LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	1537
Apertura de Tribunales, por FERNANDO MUÑOS CARIÑANOS	1549
 JURISPRUDENCIA:	
I. Jurisprudencia comentada:	
«Los actos de Gobierno y la jurisdicción contencioso-ad- ministrativa», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1557
 Resoluciones y sentencias:	
1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1573
2. Sentencias del Tribunal Supremo:	
Civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN y RAMÓN GABRIEL SÁN- CHEZ DE FRUTOS	1593
Arrendamientos urbanos, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ	1617
Procesal, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ	1624
Fiscal, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL	1633

LIBROS :

	Págs.
«La prescrizione delle azioni in diritto romano», de MARIO AME- LOTTI, por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA	1645
«I diritti di garanzia sulla nave, l'aeromobile e le cose cari- cate», de FRANCESCO BERLINGIERI, por JESÚS DELGADO ECHE- VERRÍA	1649
«I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano», de ENRICO BESTA, por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA	1652
«Centenario de la Ley del Notariado», por JUAN CUADRADO CÁ- NOVAS	1655
«La cose collective nel diritto romano», de ALDO DELL'ORO, por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA	1657
«El Convenio entre la Santa Sede y España sobre Universida- des de estudios civiles», de AMADEO DE FUENMAYOR, por JUAN CUADRADO CÁNOVAS	1660
«Il trasferimento delle situazioni soggettive», de SALVATORE PUGLIATTI, por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA	1664
«Studi sulla rappresentanza», de SALVATORE PUGLIATTI, por PE- DRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	1668
«El trabajo a domicilio», de LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, por RI- CARDO RUIZ SERRAMALERA	1679

REVISTAS :

POR FRANCISCO MUÑOZ CARIÑANOS	1683
--------------------------------------	------

ESTUDIOS

La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles

SUMARIO: Preámbulo.—La opinión de Ramón de la Roca Arenal.—La opinión de Roca Sastre.—La opinión de Lacruz Verdejo.—La opinión de D. Jerónimo González.—La opinión de Sanz Fernández.—La opinión de Vallet de Goytisolo.—El principio de fe pública registral.—Juicio crítico sobre los efectos del principio de fe pública registral.—La tradición y la fe pública registral.—Algunas aclaraciones hechas por Roca Sastre.—La práctica de Notarios y Registradores en Cataluña y Navarra.—El principio de fe pública registral en los modernos tratadistas españoles de Derecho civil: la opinión de Castán.—La opinión de Puig Peña.—La opinión de Puig Brutau.—La opinión de Espín Cánovas.—Una aplicación del principio de fe pública registral.—La opinión de Núñez Lagos acerca de los dos terceros hipotecarios.—La opinión que nos atribuye Roca Sastre respecto a los dos terceros hipotecarios.—La opinión de Tirso Carretero.—El Registro de la Propiedad y la función notarial.—Las opiniones de Roán, Ramos Folqués, Villares, Azpiazu y Nart.—Los efectos de las inscripciones de inmatriculación.—Los efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral. Dos categorías de formas de adquirir.—Síntesis del Derecho hipotecario español y reforma del mismo

PREAMBULO

La relación que guardan entre sí la tradición y la inscripción en el Registro, es, sin duda, uno de los problemas más difíciles de nuestro Derecho civil y el más importante del Derecho hipotecario. Claramente lo vio don JERÓNIMO GONZÁLEZ cuando dijo, en 1943, en la Academia Matritense del Notariado, que todavía no se ha puesto de relieve en el campo inmobiliario las relaciones entre sí

de las dos leyes fundamentales, el Código civil y la Ley Hipotecaria, e ignoramos hasta qué punto se influyen, recíprocamente, tradición, posesión e inscripción.

Como es sabido, antes de la publicación de la Ley Hipotecaria nuestra legislación seguía el sistema, inspirado en el Derecho romano, del título y el modo, por virtud del cual para transmitir por negocio jurídico los derechos reales susceptibles de posesión se necesitaba la concurrencia de un contrato, título, seguido de un modo, tradición.

La Ley Hipotecaria de 1861 no hizo ninguna derogación expresa de dicho sistema en cuanto a los bienes objeto de inscripción en el Registro. Se publica después el Código civil, que recogió en sus preceptos ese mismo sistema al establecer en su artículo 609 que «la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición»; y en el artículo 1.095 que el acreedor «no adquirirá derecho real sobre ella (la cosa) hasta que le haya sido entregada». La Ley Hipotecaria de 1944 tampoco derogó en forma expresa este sistema en cuanto a los derechos reales inscribibles. Del artículo 609 y otras del Código civil se deduce que hay casos en que no es necesaria la tradición, como son las donaciones, la hipoteca, y, en general, los derechos reales no susceptibles de posesión.

Los dos problemas fundamentales que se plantean son los siguientes: 1.º Un título sin tradición, cuando ésta sea necesaria para la adquisición del derecho real según el Código civil, ¿es inscribible en el Registro? 2.º Inscrito un título sin tradición, cuando ésta sea necesaria para la adquisición del derecho real según el Código civil, ¿qué efectos produce, se adquiere o no se adquiere el derecho real por la inscripción?

LA OPINION DE RAMON DE LA RICA ARENAL

RAMÓN DE LA RICA ARENAL expone así la relación entre la tradición y el Registro de la Propiedad (1): «Si la tradición real —dice— es necesaria para la transmisión del dominio y si la tra-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1950, págs. 626 y sigs.

dición *ficta*, incluso la instrumental, sucumbe como toda presunción *juris tantum* ante la prueba en contrario, se llega a la conclusión de que el Registro sólo podría dar certeza al dominio y demás derechos reales cuando se presentase a inscribir, junto con el título traslativo, un acta notarial de entrega o de toma de posesión. Sin este requisito, que el legislador no quiso exigir, el titular registral no podría ampararse en las inmunidades que la inscripción proporciona.» «La tradición o entrega material—añade—como modo de adquirir el dominio de los inmuebles y derechos reales, es incompatible con todo buen sistema de Registro. O se prescinde de la posesión o se prescinde del Registro; o establecemos la publicidad posesoria o establecemos la publicidad registral.» Y fundándose en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, concluye: «Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas: ese derecho real no será esgrimible frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante.» «La legislación hipotecaria—fundamental y preferente en la regulación de la propiedad inscrita—desconoce en absoluto la tradición. La silencia totalmente.» «La legislación hipotecaria, según dijeron sus autores, innovaba profundamente el Derecho civil en orden a la adquisición de la propiedad y prescindió deliberadamente de la *traditio*, que no encajaba en el engranaje de su sistema.» «Al Registro lo que llega y lo que produce el asiento es eso: el título, bien en su acepción instrumental de documento, bien en su más amplia de relación jurídica, y nunca el modo. La tradición, en la práctica, no juega en el ámbito del Registro, ni siquiera es objeto de calificación.» «Todo ello nos lleva a la conclusión de que el sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. Si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la tradición. El problema se resuelve reconociendo que la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y

para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil, fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*.»

Toda la argumentación de RAMÓN DE LA RICA nos parece irreprochable respecto a las relaciones entre la tradición y el Registro, pero adolece del mismo defecto que la Exposición de Motivos de la primitiva Ley, en la que en parte se fundamenta para su argumentación; que no distingue entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en la misma. Entendemos, por ejemplo, que no es discutible, por su propia evidencia, que «la tradición no juega en el ámbito del Registro, y ni siquiera es objeto de calificación». Pero su doctrina es excesivamente amplia cuando afirma que «con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante». Ese efecto se produce sólo en las inscripciones amparadas en la fe pública registral. Las inscripciones de inmatriculación, por ejemplo, que no están amparadas en la fe pública registral, pueden ser discutidas por el titular no inscrito, que puede, y, en muchas ocasiones, debe triunfar sobre el titular inscrito. Para inscribir el título en el Registro no es necesario que conste haberse realizado la tradición; pero el inmatriculante que no ha obtenido la tradición, debe ser vencido por el adquirente que obtuvo la tradición. Al adquirente que haya inscrito en el Registro al amparo de la fe pública registral le es indiferente la tradición, pues su adquisición con la inscripción en el Registro ha adquirido un rango preferente y no puede ser desvirtuada por títulos no inscritos ni por causas de nulidad en la adquisición del transmitente que no consten en el propio Registro. Por lo contrario, el que inscribe sin estar amparado en la fe pública registral, sólo tiene a su favor una presunción de propiedad *juris tantum*, que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.

También nos parece excesiva la afirmación de que la Ley Hipotecaria «rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*». Es evidente que la Ley Hipotecaria rige para la propiedad inscrita preferentemente sobre la legislación civil, pero de la Ley Hipotecaria no puede deducirse que la pro-

piedad inscrita no pueda transmitirse por título y modo con eficacia *erga omnes*, si bien esa eficacia *erga omnes* es sólo relativa, y en tanto no haya un tercero que inscriba su título en el Registro al amparo de la fe pública registral.

Respecto a la distinción entre inscripciones amparadas en el principio de fe pública registral y las no amparadas en ese principio y sus respectivos efectos, no intentamos demostrar nuestras afirmaciones, porque en epígrafes sucesivos nos ocuparemos de ello muy ampliamente.

LA OPINION DE ROCA SASTRE

Roca entiende que «en nuestro Derecho rige la denominada *teoría del título y el modo*, o sea, que para que exista transmisión del dominio y derechos reales, se requiere un *título (contrato de finalidad traslativa)*, seguido del *modo (tradición)*, tal como entiende ambos elementos dicha teoría. Por consiguiente, para que la transferencia de bienes se produzca no basta el solo título o *contrato de finalidad traslativa*, sino que además se requiere el complemento del modo o tradición. Una vez concurren estos dos elementos, se habrá producido un *acto o título traslativo*, que si tiene por objeto el dominio sobre inmuebles o un derecho real sobre los mismos (que implique posesión), tendremos un acto susceptible de *inscripción* en el Registro de la Propiedad, pues en éste, según el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, se inscriben los actos o contratos traslativos, o en que se transmitan el dominio de inmuebles o derechos reales inmobiliarios» (2). «De ello resulta, añade, que para que sea posible la inscripción, es necesario un acto de transferencia, y para que haya transferencia, es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté completado con la tradición».

La teoría del título y el modo rige en nuestro Código civil, pero la Ley Hipotecaria ni la menciona siquiera. Y el artículo 608 del Código civil dice que «para determinar los títulos sujetos a inscripción..., se estará a lo dispuesto en la Ley

(2) *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 163.

Hipotecaria». El artículo 1.º de la Ley Hipotecaria dice que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos y *contratos* relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». El artículo 2.º de la Ley Hipotecaria dice que «son inscribibles los títulos traslativos... del dominio de los inmuebles». Título es jurídicamente el acto o contrato de finalidad traslativo sin tradición, y ese título de finalidad traslativa es un título traslativo. Roca distingue entre título de finalidad traslativo y título traslativo, diciendo que el primero es el simple contrato y el segundo es el contrato con tradición, pero del texto del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria no se puede deducir esa distinción. Las palabras de la Ley Hipotecaria, títulos traslativos, deben interpretarse en el sentido en que se han usado y se usan siempre. No parece que pueda dudarse, por ejemplo, de que una compraventa es un título traslativo. SÁNCHEZ ROMÁN, al señalar los caracteres de la compraventa, dice que es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo, y, «por último, traslativo del dominio» (3). CLEMENTE DE DIEGO dice, estudiando el contrato de compraventa, que «lo que le caracteriza esencialmente es ser el título traslativo del dominio por excelencia» (4). CASTÁN, en su edición de 1956, el tomo IV le dedica a obligaciones y contratos, y la subsección 2.ª la titula «Contratos traslativos del dominio», entre los cuales estudia, en primer lugar, la compraventa. PUIG PEÑA dedica el tomo IV, volumen II, a los contratos, y los capítulos V al VIII los dedica a los «contratos traslativos del dominio», entre los cuales estudia, en primer lugar, la compraventa. PUIG BRUTAU (5), al clasificar los contratos, dice: «Suelen formarse los siguientes grupos: a) Contratos traslativos: donación, compraventa, permuta y cesión de derechos y acciones». VALVERDE, en su *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, dedica el capítulo IX a lo que llama «contratos traslativos del dominio», y estudia, en primer lugar, el de compraventa. ESPÍN CÁNOVAS, en su *Manual de Derecho Civil*, volumen III, el capítulo I lo titula «Contratos traslativos del dominio», entre los

(3) *Derecho Civil*, tomo IV, pág. 552.

(4) *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, pág. 188.

(5) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 1, pág. 399.

cuales estudia, en primer lugar, la compraventa. No se puede aceptar, por tanto, la distinción entre contratos de finalidad traslativa y contratos traslativos, puesto que los contratos de finalidad traslativa son contratos traslativos, como el de compraventa.

Como decíamos en otra ocasión (6). «Roca interpreta mal las palabras del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. Este artículo dice que son inscribibles los títulos y los títulos son los contratos sin tradición. Precisamente, el argumento de Roca demuestra lo contrario de lo que pretende demostrar. Según la teoría del título y el modo, título es el contrato, y el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria dice que son inscribibles los títulos, es decir, los contratos. La palabra «transmitan», no quiere decir que se haya transmitido, sino que se quieren transmitir. Cuando decimos «el solar en que se construya un edificio», no queremos decir el solar en que se construyó, sino el solar en que se puede construir. Esa frase es tan correcta y de un significado tan claro como esta otra. Por la tradición se transmite el dominio. Por la tradición se transmite el dominio, pero no por la sola tradición. Por los contratos se transmite el dominio, pero no por los contratos solos. La palabra «traslativos» tampoco autoriza esa interpretación. La compraventa siempre ha sido considerada como un contrato «traslativo», y nadie ignora que necesita la tradición para que la transmisión se opere. Debe observar Roca que el mismo artículo 2.º dice que son inscribibles los títulos en que se «constituya» la hipoteca, la que llevaría, con su razonamiento, a la consecuencia de que el derecho real de hipoteca tiene que nacer antes de la inscripción en el Registro, lo cual no admite Roca. El verbo «constituyan» está empleado en el mismo tiempo que el verbo «transmitan», y han de tener el mismo significado. De la redacción de este artículo no se puede deducir, por tanto, la necesidad de la tradición como requisito previo a la inscripción».

En la última edición de su obra (7), Roca impugna nuestro punto de vista de la siguiente forma: «Ha quedado demostrado en forma suficiente con anterioridad que el artículo 2.º de la

(6) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1951, pág. 727.

(7) *Derecho Hipotecario*, 5.ª edición, tomo I, pág. 173.

Ley Hipotecaria emplea el concepto de *título traslativo* en el sentido de que por sí mismo opere la transmisión, por contener un título o contrato de finalidad traslativa completada con la tradición cuando ésta sea necesaria». Pero, como hemos visto, no es exacto que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria emplee el concepto de «título traslativo» en el sentido de que por sí mismo opere la transmisión, por contener un contrato de finalidad traslativa completado por la tradición, puesto que contrato de finalidad traslativa y contrato traslativo es la misma cosa, es decir, que el contrato de compraventa, por ejemplo, es un contrato traslativo, como hemos demostrado con las citas de los tratadistas de Derecho civil anteriormente. Nosotros decíamos, como hemos visto anteriormente, que la palabra «transmitan» no quiere decir que se hayan transmitido, sino que se quieran transmitir, y lo razonábamos diciendo que el verbo «constituyan» está empleado en el mismo tiempo que el verbo «transmitan» y han de tener el mismo significado: y Roca nos contesta lo siguiente: «En la hipoteca no sólo la tradición es un elemento extraño, sino que además en ella la inscripción es constitutiva, y por tanto mal puede existir la hipoteca antes de su inscripción, por bien que para poder practicar ésta será preciso que el título contenga un acto constitutivo de hipoteca, en el sentido de acto de disposición, puesto que el contrato en que el titular registral se obligara a hipotecar (cfr. art. 1.862 del Código civil), no sería inscribible por impedirlo el artículo 9.º del Reglamento hipotecario.» Es decir, que no contesta a nuestra argumentación, pues ni siquiera alude al tiempo en que están usados los verbos «transmitan» y «constituyan». En cuanto a la afirmación de que, para poder practicar la inscripción de hipoteca, será preciso que el título contenga un acto constitutivo de hipoteca, en el sentido de acto de disposición, puesto que el contrato en que el titular registral se obligara a hipotecar no sería inscribible por impedirlo el artículo 9.º del Reglamento hipotecario; tenemos que contestar que igual ocurre con los demás contratos traslativos, puesto que un contrato, por ejemplo, en que el titular registral se obligara a vender, tampoco sería inscribible por impedirlo el artículo 9.º del Reglamento hipotecario. Pero ese contrato no es un

contrato de compraventa, sino un contrato de promesa de venta, la misma que en el ejemplo que pone Roca no es un contrato de hipoteca, sino un contrato de promesa de hipoteca. Roca añade que «del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, completado con el artículo 9.º del Reglamento, resulta bastante claro que para que un título traslativo sea inscribible es preciso que lo sea efectivamente; es decir, que sea un título de transferencia, para cuya existencia se precisa la tradición». Pero entendemos que esto tampoco es exacto, puesto que el artículo 9.º del Reglamento hipotecario se refiere a contratos preparatorios de contratos inscribibles, es decir, se refiere a promesas de vender, permutar, constituir, modificar o extinguir el dominio y los derechos reales sobre inmuebles, en los que falta la voluntad de transmitir y de adquirir el derecho real, y son contratos muy distintos de las principales, como la compraventa, la permuta o la donación, en las que hay voluntad de transmitir y de adquirir el derecho real. Roca cree que en un contrato de compraventa, por ejemplo, sin tradición no hay más contenido que el obligacional, error, por lo demás, muy corriente, cuando lo esencial en un contrato de compraventa no son las obligaciones que nacen del mismo, sino la voluntad o consentimiento de transmitir y de adquirir el derecho real por un precio. Por eso dice Roca, citando a MORELL (8), que en una compraventa, por ejemplo, «lo que se inscribe no es la obligación, sino la traslación del dominio, el acto consumado». Pero nosotros entendemos que lo que se inscribe en el Registro, conforme el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, no es la transmisión del derecho real ya realizada, como cree Roca, ni menos la obligación de transmitir, sino el contrato traslativo, en el sentido que dan a las palabras «contrato traslativo» los tratadistas de Derecho civil al principio citados. Y lo que, según el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, se inscribe en el Registro, son los contratos principales, en los que hay voluntad o consentimiento de transmitir y de adquirir, y lo que no se puede inscribir, conforme al artículo 9.º del Reglamento hipotecario, son los contratos preparatorios, en los que no hay voluntad o consentimiento de transmitir y de adquirir el derecho real. El artícu-

(8) Lug. cit., pág. 166.

lo 9.º del Reglamento hipotecario, lejos de apoyar la tesis de Roca, lo que hace es confirmar nuestro punto de vista, puesto que lo que dice es que no son inscribibles las *obligaciones* de constituir, modificar, transmitir o extinguir los derechos reales, *ni la obligación de celebrar en lo futuro* cualquiera de los contratos inscribibles, pero esos contratos *futuros*, si llegan a celebrarse, son inscribibles, según se deduce del mismo artículo, lo mismo si se trata de una hipoteca que de cualquier otro derecho real. Si se inscribe un contrato de compraventa, por ejemplo, se inscribe el contrato, no las obligaciones que nacen del mismo. El artículo 9.º del Reglamento hipotecario dice que las obligaciones no son inscribibles, pero ese mismo artículo dice, *a sensu contrario*, que son inscribibles los contratos traslativos, en el sentido que dan a estas palabras todos los tratadistas citados al principio.

Roca, sin embargo, reconoce que «existe un caso en nuestro Derecho en que, a pesar de faltar la tradición, o, mejor dicho, la transferencia, un acto es inscribible: es cuando concurre una condición suspensiva. Pero esto constituye un defecto de nuestra legislación, ya que lo más propio en este supuesto sería permitir la anotación preventiva del acto sujeto a condición suspensiva» (9). Por nuestra parte entendemos que, lejos de constituir un defecto de nuestra legislación, es la consecuencia lógica de nuestro sistema hipotecario. Se permite inscribir los actos y contratos sujetos a condición suspensiva, porque para inscribir en el Registro no es necesario que haya tenido lugar la tradición, ni la transmisión del derecho real. El precepto del artículo 23 de la Ley Hipotecaria rige desde la primitiva Ley, en la última reforma se modificó su texto (volviendo al texto del párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley de 1861), pero siempre se ha mantenido el precepto de que son inscribibles los contratos sujetos a condición suspensiva. Pero aun cuando se modificase en el sentido que pretende Roca, el resultado sería el mismo, puesto que los efectos de la inoponibilidad y del rasgo hipotecario se producirían desde el momento de la anotación, no desde el momento de la tradición, con todas las importantes consecuencias jurídicas que llevan esos efectos. Obsérvese la diferencia que existe entre una compra-

(9) Lug. cit., pág. 164, en la nota.

venta con condición suspensiva, según se inscriba o no en el Registro. Si no se inscribe, el dominio no se transmite: y si posteriormente el mismo vendedor vende la misma cosa con tradición a otra persona, el segundo comprador adquiere la propiedad de la casa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código civil. Por el contrario, si la venta con condición suspensiva se inscribe en el Registro, y lo mismo sería si se anotase, al comprador con condición suspensiva ya no pueden perjudicarle los títulos no inscritos o anotados anteriormente en el Registro (art. 32 de la Ley Hipotecaria), y, por consiguiente, en cuanto se cumpla la condición, adquiera definitivamente la propiedad de la cosa (artículo 1.473 del Código civil). De modo que la falta de tradición no impide a la inscripción producir a favor del titular inscrito sus radicales efectos.

Entendemos que la doctrina de los actos o contratos con condición suspensiva es también aplicable a los actos o contratos con plazo suspensivo. En este particular, es muy elocuente lo que dice RAMÓN DE LA RICA: «No creo que pueda denegarse la inscripción de una escritura pública de venta de una finca rústica en la que la entrega de ésta se aplaze por cierto tiempo; por ejemplo, hasta la recolección de la cosecha, o de una venta de un piso en la que se pacte que la entrega de éste o de su llave no se efectuará hasta un día determinado, más o menos lejano, a fin de que el vendedor pueda encontrar nueva vivienda en el intermedio. Nadie dirá que estas escrituras no se hallan extendidas con arreglo a las prescripciones legales, y ningún Registrador denegaría su inscripción, a pretexto de que en el mismo título resultaba no haberse hecho la tradición, pues su negativa dejaría indefensa al adquirente frente a una segunda transmisión, seguida de entrega posesoria, y la impediría hacer uso del legítimo derecho de preferencia que le reconoce el propio Código en su artículo 1.473» (10).

El número 3.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria dice que son inscribibles en el Registro «los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales». El único contrato que, con arreglo al artículo 609 del Có-

(10) Lug. cit., pág. 637.

digo civil, produce la transmisión del derecho real sin necesidad de la tradición, es el de donación, que el Código no le considera contrato, sino acto o modo de adquirir, y que por su propia naturaleza es muy poco adecuado para hacer en él adjudicaciones de inmuebles. Todos los demás contratos «en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales», necesitan, según el artículo 609 del Código civil, de la tradición para que la transmisión del derecho real se opere; pero eso no es obstáculo para que el número 3.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria diga que son inscribibles «los contratos» en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales.

Es de observar que Roca, al mantener el criterio de que es requisito imprescindible la concurrencia de la tradición para poder inscribir en el Registro, no alude para nada al artículo 608 del Código civil, que es fundamental en esta materia. Tal vez la explicación sea lo que dijo en su conferencia en el Centro de Estudios Hipotecarios del año 1951: «En el Código civil se hallan cuatro artículos (del 605 al 608), que forman el título VIII del libro II, bajo el epígrafe 'Del Registro de la Propiedad', y de las cuales nadie se acuerda.» No se puede olvidar el artículo 608 del Código civil, porque *es importantísimo* en nuestro Derecho inmobiliario, puesto que *determina la competencia respectiva* de la Ley Hipotecaria y del Código civil, y, en virtud del mismo, para determinar los títulos sujetos a inscripción no hay que estar a lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil, sino a lo que dispone la Ley Hipotecaria.

LA OPINION DE LACRUZ VERDEJO

LACRUZ VERDEJO intenta solucionar el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro en forma muy original. «En el Derecho español de la Edad Moderna, dice, era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto *inter vivos* tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición)». La vigencia del Código civil, continúa, apenas introdujo cambio alguno en esta situación: Sin

embargo, al completar el proceso de espiritualización de la *traditio*, el Código civil aporta, sin alterar los principios, y simplemente por vía de consecuencia, una modificación a la teoría del título y el modo. Hasta entonces, es decir, hasta la publicación del Código civil, «cada adquirente debía cuidar de que su *auctor* fuera realmente poseedor: de lo contrario, el negocio adquisitivo no llegaba a perfeccionarse por falta de modo». Pero desde la promulgación del Código, puede mantenerse que la situación posesoria «ya no tiene importancia desde el punto de vista de la *tradición*: basta, para ello, aceptar que la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código civil, previa, regularmente, a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisivo sin necesidad de posesión en el *tradens*» (11). De esta forma, concluye, se mantiene en nuestro Derecho el carácter declarativo de la inscripción, salvo en la hipoteca, puesto que en toda escritura que se presente en el Registro ha tenido que haber tradición, salvo que en la propia escritura se exprese lo contrario, y entonces tampoco sería inscribible en el Registro (12).

El mayor inconveniente que, a nuestro modesto entender, tiene la teoría de LACRUZ, es que el Código civil da muy poca base para sostenerla. El párrafo 1.º del artículo 1.462 dice que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga *en poder y posesión* del comprador. Y el párrafo 2.º añade que cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la *entrega* de la cosa, es decir, que el otorgamiento de la escritura pública equivale a poner la cosa en poder y posesión del comprador. Y de ahí deduce el Tribunal Supremo, muy acertadamente, que, si el vendedor no tiene la posesión, no puede entregarla. Además, el artículo 1.095 del Código es terminante: «El acreedor tiene derecho a las frutas de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, *no adquirirá derecho real* sobre ella hasta que le haya sido *entregada*», es decir, hasta que le haya sido puesta en su poder y posesión. La palabra *entregar*, jurídica y gramaticalmente, significa poner en poder y a disposición de otra persona una cosa y no creemos po-

(11) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, págs 160 y sigs.

(12) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 16.

sible cambiar su significado. Creemos que LACRUZ cambia la interpretación del Derecho civil sin base para ello, con objeto de resolver un problema de Derecho hipotecario, cuando lo acertado sería buscar una solución al Derecho hipotecario, dejando intacto al Derecho civil.

El segundo argumento en que LACRUZ funda su teoría se basa en la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil, por entender que es lo único «que permite interpretar el artículo 1.473-2.º, sin hacerlo inútil o convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición» (13). Su razonamiento es el siguiente: Según el artículo 1.473, «la propiedad de un inmueble inmatriculado, vendido dos veces, pertenece al adquirente que antes haya inscrito (la transmisión de la propiedad) en el Registro». Por consiguiente, si seguimos la teoría dominante de identificar la tradición con el desplazamiento posesorio, sólo podremos llegar a una de estas dos conclusiones: a) Que la propiedad se transmite sin tradición, pues el precepto legal para nada la menciona y se atiende exclusivamente a la prioridad de la inscripción. Esta tesis es difícilmente conciliable con los artículos 609, 1.095, y con el propio sentido literal del artículo 1.473, que supone la transmisión ya efectuada cuando se va a inscribir. b) O bien que la inscripción presupone una tradición ya efectuada; entonces, el artículo 1.473-2.º, contempla un problema que no puede plantearse nunca, porque, en todo caso, como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores ha realmente adquirido y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente» (14). A nuestro modesto entender, en esa disyuntiva hay una solución más acertada. Ese problema puede resolverse distinguiendo entre inscripciones amparadas en la fe pública registral e inscripciones no amparadas en ella. El artículo 608 del Código civil establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipo-

(13) *Lecciones*, pág. 168.

(14) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 14.

tecaria, y los artículos 1.º y 2.º de ésta declaran inscribibles los contratos sin exigir la concurrencia de la tradición, y el mismo artículo 608 del Código civil establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, por lo que los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y su consecuencia del párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil se producen independientemente de los artículos 609 y 1.095 del Código civil. No es, por tanto, necesaria la tradición para que se produzcan los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y su consecuencia del artículo 1.473 del Código civil. No es, por tanto, necesaria la tradición para la adquisición del derecho real mediante la fe pública registral que esos artículos regulan, es decir, en las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe. Por lo contrario, en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, como son las de inmatriculación, la propiedad no se adquiere por la inscripción, porque los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y, consiguientemente, el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil no juegan a su favor. Es verdad que este último artículo se expresa en términos absolutos, pero como dice VALLET, está supeditado, en virtud del artículo 608 del Código, a lo que dispone la Ley Hipotecaria, y hay que interpretarle conforme a los preceptos de la misma. Entendemos que no es exacto que «el propio sentido literal del artículo 1.473 del Código civil suponga una transmisión ya efectuada cuando se va a inscribir», puesto que la palabra «adquirente» significa gramaticalmente el que está adquiriendo, no el que ya ha adquirido. Y la tesis de que la propiedad se pueda adquirir sin tradición no es difícilmente conciliable con los artículos 609 y 1.095 del Código civil, como cree LACRUZ, puesto que estos artículos son la regla general, mientras que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código son la excepción, sólo aplicables a las inscripciones amparadas en la fe pública registral en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil.

LACRUZ aduce, también, en defensa de su doctrina el siguiente argumento: «Con la teoría dominante, si un propietario vende una finca que no posee, no transmite la propiedad de la misma,

por falta de tradición... En cambio, el adquirente sí recibirá la propiedad si es un donatario: al parecer, el propietario no puede —por falta de medios hábiles— vender, pero sí donar. Como se ve, son muchos más los inconvenientes que las ventajas de la tesis comúnmente aceptada» (15). En realidad, el propietario de una finca que no posee puede venderla, aunque no transmite la propiedad por falta de tradición. En cambio, si transmite la propiedad de la finca mediante donación. Esto no es lógico, pero es el efecto de una contingencia histórica que ha llevado a este resultado. La Comisión que redactó el Código de Napoleón reguló la donación como un contrato. Pero Napoleón entendió que la donación no es un contrato, sino un acto o modo de adquirir, y la Comisión tuvo que regularla en la forma que indicó Napoleón. Y así pasó a nuestro Código, por lo que el artículo 609 no pudo limitarse a decir que la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y tuvo que decir que la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por donación y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Esta es la causa de la diferencia entre la donación y la compraventa. De no haber sido por la intervención personal de Napoleón la donación hubiera seguido la misma suerte que los demás contratos, y en nuestro Derecho se requeriría la tradición para adquirir por donación un derecho real. Pero creemos que una contingencia histórica como ésta no puede motivar un cambio en la interpretación de los artículos 609 y 1.095 del Código civil.

A nuestro modesto entender, el único precepto del Código civil en que LACRUZ puede fundar su teoría es el último párrafo del artículo 1.473, que dice que, faltando la posesión, pertenecerá la propiedad a quien presente título de fecha más antigua: pero este precepto se puede interpretar en el sentido de que, no habiendo posesión, la cosa deberá ser entregada a quien presente título de fecha más antigua, con la cual adquirirá la propiedad de la misma. De aceptarse la teoría de LACRUZ, en vez de un solo conflicto entre la inscripción y la tradición, habría dos conflictos: uno entre la inscripción y la posesión, y otro entre la posesión y

(15) *Lecciones*, pág. 168, y *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1957, pág. 16.

el otorgamiento de la escritura, y tres categorías de medios de adquirir, la inscripción, la posesión y el otorgamiento de la escritura, en vez de dos que hay actualmente, que son la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, y con la posesión se darían las adquisiciones *a non domino*, como ahora con la inscripción en el Registro, pues el artículo 1.473 no deja lugar a dudas, y así lo reconoce LACRUZ (16), lo cual es otro grave inconveniente.

Como hemos visto, el mayor inconveniente de la teoría de LACRUZ es que, para resolver un problema de Derecho hipotecario, cambia toda la interpretación del Código civil relativo a la tradición sin base en los preceptos del mismo; pero, además, no resuelve el problema hipotecario, puesto que el artículo 1.462 del Código civil no regía en Cataluña cuando escribía, año 1957, aun cuando hoy rija ese precepto en Cataluña, en virtud del artículo 277 de la Compilación de 21 de julio de 1960, y no rige, tampoco, en Navarra en la actualidad, con lo cual el problema queda sin resolver en el Derecho actualmente vigente (17). Con la interpretación que nosotros damos, y que LACRUZ rechaza (18), que dan resueltos todos los problemas, y basta para ello con atenerse a lo que dispone el artículo 608 del Código civil.

La generalidad de los comentaristas prescinden del artículo 608 del Código civil. No así LACRUZ. Pero creemos conveniente puntualizar algunos extremos relativos a la interpretación del mismo. Impugnando la opinión de RAMÓN DE LA RICA, dice lo siguiente: «En ninguna parte se dice que los preceptos de la Ley Hipotecaria han de tener categoría superior a los del propio Código, lo cual hubiera sido contradictorio con la significación de este Cuerpo legal. En definitiva: si bien, en principio, como primer cuerpo de Derecho sustantivo, el Código civil podía ser superior a la Ley Hipotecaria; con todo..., por virtud del artículo 608, la Ley debía seguir rigiendo conjuntamente con él, y como si sus

(16) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 10.

(17) Como dice Roca, «en Cataluña y Navarra, por vigencia del Derecho romano, no actuará, si no se pacta, aquella tradición instrumental del artículo 1.462, y, por consiguiente, deberá resultar claramente del propio título presentado que la *traditio* ha sido cumplida en cualquiera de las formas admitidas en aquel Derecho (*constitutum possessorium*, tradición *brevi manu*, acuerdo, etcetera)» (Derecho Hipotecario, año 1948, tomo I, pág. 170).

(18) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 6.

reglas formasen parte del mismo... No hay así problema de precedencia entre el Código y la Ley, por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa, y la colisión de normas ha de resolverse como si se tratase de preceptos que se hallen en un mismo cuerpo legal.» Después añade: «Resulta difícil una duplicidad de textos legales contradictorios. Hay aquí una a modo de distribución de competencia que hace casi imposible el choque: la Ley Hipotecaria disciplina cuestiones de forma, de procedimiento, y sólo cuando determina los efectos de la inscripción, entra de lleno en el Derecho civil: el Código, por su parte, se preocupa de respetar de una manera general—y luego lo repite en particulares preceptos—los derechos del titular inscrito fundados en la Ley Hipotecaria y confirmados por él» (19). Nos parece muy acertada su afirmación de que la Ley Hipotecaria, cuando determina los efectos de la inscripción, entra de lleno en el Derecho civil y que el Código respeta los derechos del titular inscrito fundado por la Ley Hipotecaria y confirmadas por él. Luego no es exacto que no haya problema de precedencia entre el Código y la Ley, ni que ambos cuerpos sean una misma cosa, ni que la colisión de normas haya de resolverse como si se tratara de preceptos que se hallasen en un mismo cuerpo legal. Hay problema de precedencia entre el Código y la Ley, por lo menos cuando la Ley determina los efectos de la inscripción, puesto que entra de lleno en el Derecho civil, y la colisión de normas debe resolverse respetando los derechos del titular inscrito fundadas por la Ley Hipotecaria, es decir, dando preferencia en cuanto a esos efectos a los preceptos de la Ley Hipotecaria sobre las del Código civil. Creemos también que no hay duda de que, en principio, el Código civil es superior a la Ley Hipotecaria; pero el propio Código establece en su artículo 608, no que la Ley debe seguir rigiendo conjuntamente con él y como si sus reglas formasen parte del mismo, sino que «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», por lo que en las materias que ese artículo regula los preceptos de la Ley Hipotecaria tienen

(19) *Lecciones*, pág. 58.

aplicación preferente a los del Código civil, es decir, que por precepto del artículo 608 del Código las normas de la Ley Hipotecaria relativas a esas materias tienen una categoría superior a las del propio Código. Este precepto del artículo 608 es el fundamental para regular las relaciones entre el Código y la Ley y los demás preceptos del Código relativas a la Ley Hipotecaria son aplicaciones del mismo a casos más concretos, pero ninguno lo contradice. Ese precepto entra de lleno en el Derecho civil, no sólo cuando determina los efectos de la inscripción, sino también cuando determina los títulos sujetos a inscripción por cuanto los efectos de la inscripción dependen de los títulos inscritos. Pero son los efectos de la inscripción lo que más recalca ese artículo, puesto que primero dice que «para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» y después añade lo mismo respecto al valor de los asientos del Registro, lo cual es repetir con palabras distintas la misma idea.

LA OPINION DE DON JERONIMO GONZALEZ

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ no sigue un criterio uniforme, lo cual es lógico, puesto que sus escritos están publicados en fechas muy distantes entre sí. Así, por ejemplo, dice: «Suponer que el comprador de una finca mediante escritura pública que le pone expresamente en posesión de la misma necesita la inscripción para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento de la misma, es desconocer la práctica notarial y la vida agrícola española» (20). Este párrafo es citado con gran alabanza por los comentaristas. Así, por ejemplo, LACRUZ (21), quien cita a continuación el siguiente párrafo de VALLET: «Sería un contrasentido que una persona haya vendido a otra su propiedad, le haya traspasado la posesión, y que el adquirente no sea propietario hasta que el título, después de librada la copia, liquidado y esperado el turno, sea inscrito.» Y, sin embargo, entendemos que estos párrafos, tanto uno como otro, carecen de rigor científico. El comprador de una finca no necesita la ins-

(20) *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 352.

(21) *Lug. cit.*, pág. 164.

cripción, ni necesita ser propietario de la misma, para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento de la misma. Le basta y le sobra con ser poseedor de buena fe (arts. 446 al 460 del Código civil). Pero el hecho de que tenga escritura pública, que le pone en posesión de la misma en virtud del artículo 1.462 del Código civil, si tenía la posesión el vendedor, no prueba que el comprador adquiere la propiedad de la cosa, puesto que puede no ser dueño el vendedor, y en este caso la escritura pública y la entrega de la posesión no son suficientes para adquirir la propiedad de la cosa vendida; o puede ser propietario el vendedor y no ser poseedor de la cosa, en cuyo caso la escritura pública no transmite el dominio porque no ha habido tradición, puesto que no hay tradición si no posee el transmitente; y en ambos casos la adquisición del derecho real no se produce hasta que, después de librada la copia, se presenta en el Registro y se inscribe al amparo de la fe pública registral. Claro está que, si el vendedor es el verdadero propietario, y, además, es el poseedor de la finca, la adquisición de la misma por el comprador se produce en el momento del otorgamiento de la escritura pública, siempre que ese otorgamiento no se realizase en Navarra, ni antes en Cataluña. Pero aun en el supuesto que el vendedor sea el verdadero dueño, y, además, el poseedor de la finca, y que la escritura pública no se haya otorgado en Navarra, ni antes en Cataluña, siempre resultará que la adquisición mediante escritura pública y tradición se hace conforme a una realidad jurídica que el adquirente desconoce por completo y no tiene medios de conocer; mientras que, si el comprador adquiere del titular registral de buena fe e inscribe en el Registro, adquiere conforme a las condiciones jurídicas que constan en el Registro, lo que está a su alcance conocer en cualquier momento. No son, por tanto, científicas las afirmaciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ y VALLET.

También es muy citado por los comentaristas el siguiente párrafo de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, de sentido opuesto al anterior: «La inscripción del título adquisitivo transformará la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los textos citados nada digan, mientras que en la tradición, reconocerá el derecho real constituido. Es decir, será constitutiva o declarativa, según

los casos» (22). Es decir, que si ha habido tradición, la inscripción es declarativa porque el derecho real estaba constituido antes de la inscripción; y, si no había habido tradición, la inscripción del título transforma la situación obligatoria en real, por lo que la inscripción es constitutiva. El propio don JERÓNIMO GONZÁLEZ reconoce que en este último supuesto los textos legales nada dicen. Y es que el problema está, a nuestro modesto entender, mal enfocado, pues hay que distinguir entre inscripciones primeras o de inmatriculación, y segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe, es decir, entre inscripciones amparadas o no en la fe pública registral. Las inscripciones de inmatriculación no producen más efecto que la presunción *juris tantum* de que el titular registral es el dueño y poseedor del derecho inscrito a su nombre, conforme el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria, presunción que admite prueba en contrario, y no hay texto legal alguno, ni le había cuando escribía don JERÓNIMO GONZÁLEZ, del cual puede deducirse que el que inmatricula una finca adquiere el dominio por la inscripción si no era dueño antes, es decir, que no hay texto legal alguno en que poderse fundar para afirmar que en la inmatriculación de fincas la inscripción transforma la situación obligatoria en real, como decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Por el contrario, en las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, entrarán en juego los artículos 32 y 34, aunque no haya habido tradición. No es, por tanto, aceptable, tampoco, la doctrina sentada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ en el párrafo anterior.

Pero don JERÓNIMO GONZÁLEZ observa con precisión la distinción entre las inscripciones primeras «y las segundas, que colocan al tercer adquirente bajo la protección del sistema» (23), distinción ésta que es básica en nuestro sistema hipotecario y que con frecuencia se olvida por los comentaristas al estudiar los problemas fundamentales de nuestro Derecho Hipotecario.

Dice también don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Nuestro sistema da un paso trascendental en este camino (el de la fe pública registral). Transforma la autenticidad de los asientos en una verdad casi incontrovertible cuando se trata de asegurar a los terceros que

(22) Lug. cit., tomo I, pág. 370.

(23) Lug. cit., tomo I, pág. 375.

contratan confiados en sus declaraciones... Sienta la presunción *juris et de jure*, según otros autores, la ficción jurídica, que no admite prueba en contrario, de la concordancia entre la inscripción y la realidad... El Registro es exacto por corresponder a la realidad jurídica, e íntegro porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter» (24). Se refiere en estas afirmaciones al que adquiere del titular registral e inscribe en el Registro, y a los derechos reales inscritos o inscribibles, puesto que «el principio de publicidad solamente niega la existencia y priva de efectos contra terceros» a los derechos reales inscribibles y no inscritos, no a los derechos reales exceptuados de inscripción o no inscribibles en el Registro (25). «El principio de publicidad, añade, tiene por ámbito propio los derechos reales y asegura al tercero que los adquiera su existencia y extensión en los términos del asiento principal. Rompe así el sistema con el apotegma jurídico *nemo dat quod non habet* para preceptuar que quien haya contratado con el titular, según el Registro, será amparado en su derecho inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del Registro (26). Estas afirmaciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y otras que no hay por qué citar aquí, son la base de nuestro Derecho hipotecario moderno.

LA OPINION DE SANZ FERNANDEZ

SANZ, en principio, adopta una postura más moderada que la de Roca, pues con respecto a la tradición dice: «Dentro de la tesis de estimar indispensable la tradición para la adquisición del derecho real, la posición más extrema es la que considera que sólo puede obtenerse la inscripción en el Registro cuando la tradición ha sido previamente efectuada en cualquiera de sus formas. Sigue esta posición, que exalta hasta el máximo el valor y la necesidad de la tradición, ROCA SASTRE, que afirma que 'en

(24) Lug. cit., tomo I, pág. 384.

(25) Lug. cit., tomo I, pág. 388.

(26) Lug. cit., tomo I, pág. 385.

nuestro sistema no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo, sin que del título aparezca cumplido el requisito de la tradición.' Y añade que 'normalmente, el título inscribible implicará la tradición, y si de él resultare que ésta no ha tenido lugar, el Registrador no deberá inscribirlo, por carecer de trascendencia real.' Esta doctrina—continúa SANZ—es, a mi juicio, inadmisibile, por ser contraria a las bases fundamentales de nuestro sistema hipotecario. En primer lugar, es preciso recordar que nuestras Leyes hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil. En segundo término, es necesario recordar que nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los artículos 1.º y 2.º de la Ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro, en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación, o extinción de los derechos reales, sino los actos o contratos que sirven de causa a las mismas.» «Puede, en consecuencia, afirmarse—continúa SANZ—que la Ley Hipotecaria no excluye la necesidad de la tradición en los términos establecidos por el artículo 609 del Código civil; pero tampoco le exige como requisito de la inscripción» (27). El razonamiento de SANZ nos parece muy acertado, puesto que, aunque no cita el artículo 608 del Código civil, que dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, lo cierto es que mantiene la misma doctrina que ese precepto.

Pero si en principio SANZ adopta una postura más moderada que la de Roca, después adopta la misma o parecida que la de aquél. Según SANZ, para que se produzca la adquisición del derecho real, en virtud de la fe pública registral, se precisan estos tres requisitos: título, tradición e inscripción en el Registro. Según él, la transmisión del derecho real se produce en virtud de título y tradición, conforme al artículo 609 del Código civil. Pero, como el título y la tradición pueden proceder de un no propietario y la transmisión civil requiere la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, con la inscripción se conva-

(27) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 251 y 252.

lida ese defecto del título y la tradición. Literalmente dice lo siguiente: «Siendo la finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición *a non domino* el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño, es indudable que fuera de esto han de aplicarse en todo los demás requisitos de una adquisición perfecta: título y tradición.» «Ahora bien: la tradición—continúa SANZ—, para que surta plenos efectos reales en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido, y requiere, de una manera indispensable, que el *tradens* sea previamente dueño de la casa, que pueda transferir el dominio. En caso contrario no produce estos efectos. Mas precisamente ese vicio del título, esa falta de preexistencia del derecho en el transferente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública: la tradición, que no podía producir sus efectos traslativos por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función convalidante del Registro. Pero ello no quiere decir que no exista, ni que la inscripción la reemplace, sino, simplemente, que la convalida» (28).

Hemos visto que la doctrina de SANZ relativa a que son inscribibles los contratos sin tradición está de acuerdo con el artículo 608 del Código civil, aunque no le cita, en relación con el 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria. Pero su doctrina sobre los efectos de la inscripción de un título sin tradición no está de acuerdo con lo que dispone el mismo artículo 608 del Código en relación con los preceptos de la Ley Hipotecaria relativos a los efectos de la inscripción. El artículo 608 del Código dispone que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, los efectos de los principios de legitimación y fe pública registral se producen independientemente de lo que dispongan los artículos 609 y 1.095 del Código. En virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, los derechos reales inscritos se presume que pertenecen a su titular. Esta presunción se da a favor de todo titular por el solo hecho de haber inscrito. Si, además, la inscripción está amparada en la fe pública registral, por ser segunda o posterior a título oneroso y de

(28) Lug. cit., págs. 430 y 431.

buena fe, esa presunción de que el titular registral es dueño no se puede destruir ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución de la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (arts. 32 y 34 de la Ley), ni le perjudican los derechos reales no inscritos (art. 13 de la Ley), ni las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, salvo el retracto legal, que no consten en el Registro (art. 37 de la Ley). No creemos que pueda discutirse esto ante un precepto tan terminante como el del artículo 608 del Código civil.

Nos extraña, también, cómo puede afirmar SANZ que el único defecto que convalida la inscripción sea la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente mediante las adquisiciones *a non domino*, cuando los artículos 13 y 37, y en parte los 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, se refieren a situaciones jurídicas que no son adquisiciones *a non domino*.

LA OPINION DE VALLET DE GOYTISOLO

VALLET, para su doctrina general sobre el Derecho hipotecario, parte de unas afirmaciones muy acertadas, por lo menos a primera vista: «Merece mil veces mayor protección—dice—el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente un especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir» (29). Pero su teoría general sobre el Derecho hipotecario no responde a estas ideas, como luego veremos.

Funda su teoría en el artículo 448 del Código civil, que dice: «El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo.» Aduce, para la interpretación de este artículo, las opiniones de los autores, y unos entienden por título el documento que no tiene obligación de exhibir, y otros entienden que es una

(29) *Revista de Derecho Privado*, año 1947, pág. 935.

presunción de dominio lo que establece. VALLET se inclina por esta última opinión. Cita, también, algunas Sentencias que dicen que el artículo 448 establece una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño. Y añade: «Si la *possessio ad usucapionem* incluso perjudica a *tercero*, si éste, antes del año de su adquisición, no la interrumpe, con mayor razón perjudicará a quien no tenga la condición de tercero. Es decir, que quien arrebata la posesión en concepto de dueño al titular inscrito, gozará, plenamente, frente a él, de la posición que al poseedor en concepto de dueño asigne el Código civil. Eso, tan pronto como sea verdadero poseedor; es decir, así que haya transcurrido el plazo de un año, señalado en el número 4.º del artículo 460 del Código civil. En tal supuesto, la presunción del artículo 448 del Código civil se impondrá a la del 38 de la Ley Hipotecaria» (30)

La presunción del artículo 448 del Código civil es una presunción de título, es decir, de título hábil y justo para poseer. Es una presunción parecida, pero no idéntica, a la presunción de dominio. Por mucha interpretación que se le quiera echar, el Código no dice que el poseedor en concepto de dueño se presume que es dueño. Pero supongamos que lo dijese expresamente, por ejemplo, que estuviese redactado en la siguiente forma: El poseedor en concepto de dueño se presume que es dueño mientras no se pruebe lo contrario, u otra redacción parecida. En ese supuesto, la presunción del artículo 448 del Código civil no tiene por qué imponerse a la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Habrá dos personas que tendrán a su favor la presunción legal *juris tantum* de que son dueñas. Y será el Juez quien resolverá quién es el verdadero dueño. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria no deroga al artículo 448 del Código civil, pero tampoco el artículo 448 del Código civil deroga al artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El artículo 608 del Código civil es terminante: «Para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo que dispone la Ley Hipotecaria.» Y la Ley Hipotecaria establece esa presunción del artículo 38, que no tiene por qué derogar el artículo 448 del Código civil. Pero, como hemos dicho anteriormente, el artículo 448 del Código civil solamente establece que el poseedor en concepto de

(30) Lug. cit., pág. 937.

dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, lo cual no es contradictorio con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

VALLET continúa así su razonamiento: «Réstanos ahora sacar las consecuencias de mayor interés a que esta afirmación nos lleva. Estas se refieren al juego de la fe pública... La fe pública tiene como premisa necesaria la legitimación; es decir, su base es la presunción legal *juris tantum* de exactitud del Registro, o sea de titularidad del transferente. Ahora bien: si esta presunción queda contrarrestada, como hemos visto, por otra, concretamente la del artículo 448 del Código civil, que proclama que el poseedor en concepto de dueño realmente es propietario, cae, como base, el posible juego de la fe pública. La consecuencia es, pues, que si existe un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral, quien de este último adquiera no estará protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (31). Ya hemos dicho que el artículo 448 no establece una presunción de propiedad, sino una presunción de justo título, y que, aunque se interpretase el artículo 448 del Código civil como presunción de propiedad a favor del poseedor, no deroga el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que habrá dos personas con presunción *juris tantum* a su favor de propiedad, las dos simultáneamente vigentes hasta que los Tribunales declarasen quién era el verdadero dueño. Pero el razonamiento de VALLET tiene otro fallo aún mayor. Entre los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria hay una relación lógica, pero no una dependencia legal. Antes de la Reforma de 1944 no existía el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ni otro parecido o equivalente; y, sin embargo, existía el artículo 34, con redacción y efectos muy similares al actual. Un futuro legislador puede, aunque es de esperar que no lo haga, suprimir el artículo 38, conservando el 34, y los efectos de este último no cambiarían en nada de los que tiene actualmente. Dispuesto el legislador a proteger al que adquiere del titular registral e inscribe en el Registro, con objeto de proteger el tráfico sobre los bienes inmuebles, es lógico que se establezca la presunción *juris tantum* de que el titular registral es dueño del derecho inscrito a su

(31) Lug. cit., pág. 939.

nombre. Pero el artículo 34 no depende del 38 de la Ley, ni el 38 de la Ley depende del 34 de la misma. Por eso, aunque fuese exacto que la presunción del artículo 448 del Código civil contrarresta la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no tendría la menor influencia sobre el artículo 34 de la Ley.

Obsérvese que ya no se trata de proteger al campesino que cultiva sus tierras contra un especulador que ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión a la tierra que va a adquirir, sino de proteger al poseedor en concepto de dueño que «arrebato la posesión al titular registral», aunque sea con violencia, intimidación o dolo, siempre que haya transcurrido el plazo de un año señalado en el número 4.º del artículo 460 del Código civil, en contra del que adquiere del titular registral, a título oneroso y de buena fe, e inscribe en el Registro. Afortunadamente, la doctrina de VALLET carece de toda base en nuestro Ordenamiento jurídico.

Cosa muy distinta es el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. En él se establece una fuerte restricción a la fe pública registral del artículo 34 de la Ley. Pero esa restricción se establece en beneficio del que lleve más de nueve años poseyendo la finca en concepto de dueño con justo título y buena fe, o más de veintinueve años de posesión sin justo título ni buena fe. Es muy distinto que se enerven los efectos del artículo 34 de la Ley por una posesión en concepto de dueño durante un año sin necesidad de justo título ni buena fe, como pretende VALLET, a que esa enervación se produzca cuando hayan transcurrido más de nueve años de posesión en concepto de dueño con buena fe y justo título o más de veintinueve sin necesidad de buena fe ni justo título, que es lo que establece el artículo 36 de la Ley. Esta última nos parece justa (32), puesto que hay dos intereses legítimos en juego: el del adquirente al amparo del precepto del artículo 34 de la Ley, y el del poseedor en concepto de dueño, a cuyo favor ha prescrito o está a punto de prescribir el derecho inscrito. El adquirente debe poner la diligencia necesaria para saber, antes de perfec-

(32) Nuestra opinión de considerar un acierto esta limitación de la fe pública registral, coincide con la opinión que expuso BENAYAS, con referencia a la legislación anterior, en los anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo III, págs. 475 y sigs., y especialmente en la pág. 491.

cionar su adquisición, si la finca o derecho estaban poseídos de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmitente hacía nueve o más años. Por eso decíamos en otra ocasión: «El artículo 36 de la Ley Hipotecaria impone una fuerte restricción a la doctrina del artículo 34 de la misma en relación con la prescripción. Por ello estimamos que la principal advertencia legal que los Notarios deben hacer a los interesados en los contratos inscribibles, antes del otorgamiento de la escritura, es la del grave peligro que puede haber para el adquirente por la existencia de una prescripción consumada o en curso de consumación, para que antes de decidirse a adquirir la finca pueda hacer una investigación acerca de las circunstancias de hecho de la misma. Esto entorpecerá mucho la contratación sobre inmuebles, pero a eso les obliga la legislación vigente» (33). De esta forma, creemos que no habrá nunca conflicto entre la prescripción y el artículo 34 de la Ley, salvo caso de mala fe en el adquirente, o que no haya cumplido con su deber el Notario autorizante.

También es original la teoría de VALLET respecto a la causa eficiente de la adquisición del derecho real en las adquisiciones *a non domino*, que centra en la buena fe. «En la inscripción—dice—no reside la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública. La inscripción a favor del transferente no concede a éste poder dispositivo alguno... La inscripción del adquirente no es más que una *conditio juris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada. Si la fuerza motriz no reside en el Registro, ha de residir en otro elemento de la adquisición del tercero; es decir, es la buena fe de éste» (34). Y para definir la buena fe «no nos parece—dice—suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe, haciéndolo equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral» (35). Por eso define la buena fe como «aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es el titular real y puede disponer de dicho derecho» (36).

Son varios los errores, a nuestro modesto entender, en que

(33) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1953, pág. 31.

(34) Lug. cit., pág. 948.

(35) Lug. cit., pág. 948, nota 71.

(36) Lug. cit., pág. 948.

incurre VALLET. En primer lugar, en el caso del artículo 34 de la Ley no se trata de un concepto más o menos científico de la buena fe. Se trata de una norma imperativa del párrafo segundo de dicho artículo, que no admite otra clase de mala fe que el conocimiento por el tercero de ese artículo de la inexactitud del Registro. No es necesario, por otra parte, que el adquirente del artículo 34 conozca la inscripción a favor del transferente y crea en ella. Basta con que esa inscripción a favor del transferente exista, aunque el adquirente no la conozca. Así ocurre en la práctica, pues los que se informan de los asientos del Registro no suelen ser los adquirentes, sino los agentes de la propiedad inmobiliaria, los oficiales de las Notarías o los propios Notarios.

Tampoco nos parece exacto que la fuerza motriz o causa eficiente de la adquisición resida en la buena fe, aun cuando ésta fuese la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente. La fuerza motriz o causa eficiente de la adquisición reside en la propia Ley. Esta exige ciertos requisitos para gozar de los efectos del artículo 34, y, cuando se han cumplido estos requisitos, la Ley hace por su propia fuerza que nazca el derecho real. Y de esos requisitos hay uno que es anterior al proceso adquisitivo, que es la inscripción a favor del transmitente. Otro, que es una cualidad del título, que es su carácter de oneroso. Y otro que es un estado psicológico del adquirente de carácter negativo, su ignorancia de la inexactitud registral. Sólo queda otro requisito, que es la inscripción a favor del adquirente. BALMES define la causa diciendo que es «lo que hace pasar algo de no ser al ser» (37). Lo que hace pasar al derecho real del no ser al ser es la inscripción en el Registro; luego la inscripción en el Registro es la causa eficiente del derecho real. Esas otras circunstancias que el artículo 34 de la Ley impone son requisitos que por precepto legal tienen que concurrir con la inscripción a favor del adquirente para que ésta produzca el efecto apetecido. Esos requisitos son *cauditio juris*, y la inscripción es causa, no *conditio juris*. Dice VALLET que en el caso del artículo 34 la inscripción se limita a dar eficacia al derecho real ya existente anteriormente. En el supuesto de que el transmitente no sea dueño,

(37) Citado por DUALDE, *El concepto de la causa de los contratos*, pág. 25.

la inscripción da la existencia al derecho real, porque antes de la inscripción no existía derecho real alguno. La inscripción requiere la existencia previa de un título, que es lo que se inscribe en el Registro. Ese título es la causa de la inscripción. Por consiguiente, las causas del derecho real en las adquisiciones *a non domino* son el título y la inscripción en el Registro.

Hasta ahora hemos disentido de las opiniones de VALLET, pero ahora expondremos su opinión en un importante problema, con la cual estamos plenamente de acuerdo.

Interpretando el artículo 1.473 del Código civil, dice: «El Código civil, en su artículo 608, dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación... y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Pues bien, si el Código se remite a la Ley Hipotecaria en este punto concreto, no hay duda de que el párrafo segundo del artículo 1.473 habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial, y nunca en contraposición a los mismos» (38). Nos parece muy acertada esta interpretación del artículo 1.473 del Código civil. El artículo 608 del Código establece en forma terminante que para determinar los efectos de la inscripción hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; luego la interpretación que hay que dar al artículo 1.473 del Código tiene que ser conforme a lo que dispone dicha Ley.

EL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

ROCA SASTRE (39) explica así este principio: «Nuestro sistema inmobiliario registral, sobre todo en su regulación actual, adopta francamente el principio de *fe pública registral*, en virtud del cual, a fines de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, el contenido del Registro se reputa siempre *exacto* en beneficio del tercero que adquiera en las circunstancias determinadas por la Ley, el cual, por consecuencia, puede estar *completamente seguro* de su adquisición en los términos que el Registro expresa.» «Aunque los asientos estén en desacuerdo con la realidad jurídica, su

(38) Lug. cit., pág. 956.

(39) Lug. cit., tomo I, págs. 348 y sigs.

valor es decisivo en cuanto lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido por el principio de fe pública. En beneficio de este tercero, el contenido jurídico registral se presume verdadero, con presunción *juris et de jure* o se finge por la Ley irrefutablemente exacto, con lo cual se proporciona base firme a las transacciones inmobiliarias.» «El principio de *fides publica* registral es a modo de *ficción* de veracidad de que la Ley inviste a los asientos practicados en la correspondiente hoja registral, que constata la existencia, rango, extensión y titularidad de los derechos reales registrados, y cuya ficción únicamente es mantenida en cuanto se trata de proteger a dicho tercer adquirente que lo sea en virtud de acto jurídico. Este principio de fe pública tiene una doble actuación: 1.º El contenido registral se presume *exacto*, de modo que el tercero que adquiere un derecho confiado en lo que el Registro expresa deviene propietario o titular de tal derecho y con la extensión y contenido con que aparece el mismo registrado, aunque el transferente o titular inscrito no sea propietario o titular del derecho de que se trata, o que éste sea en la realidad de extensión o contenido distinto. Es una presunción *positiva* de veracidad. A este criterio responde el artículo 34 de la Ley. 2.º El contenido registral se presume *íntegro*, de manera que el tercero puede rechazar cuantos derechos, títulos, acciones o hechos no estén inscritos o reflejados en el Registro, los cuales deben considerarse como inexistentes en cuanto puedan perjudicar o afectar al tercer adquirente que contrata fiado en los libros hipotecarios, aunque aquéllos existan en la realidad jurídica, pues ante él el Registro debe reputarse completo, o sea que agota la realidad jurídica. Es una presunción negativa de veracidad. A este criterio responde el artículo 32 de la Ley.» «Así, pues, en el régimen hipotecario vigente rige plenamente el principio de la fe pública registral, en virtud del cual se presume *juris et de jure*, o se reputa o finge *ministerio legis*, que el contenido del Registro es *exacto* tanto en el sentido de verdadero como en el de completo, *en beneficio del tercero*, que adquiere a título oneroso confiado en dicho contenido registral. En consecuencia, no prevalecerán contra este tercero, o sea no le afectarán o no podrán perjudicarlo, *las acciones, derechos, títulos, actos o hechos*, que, con an-

terioridad a la inscripción de su adquisición, no consten en el Registro mediante la correspondiente inscripción, anotación preventiva, cancelación, nota marginal, condición transcrita o causa registrada, pudiendo dicho tercer adquirente considerar tales acciones, derechos, títulos, actos o hechos como *inexistentes*, pues el mismo, única y exclusivamente, ha de atenerse a la que los libros registrales expresen acerca de la situación jurídica de finca o derecho registrado. En estas condiciones, el tráfico o comercio jurídico inmobiliario se halla ampliamente asegurado, y el Registro de la propiedad desempeña una función de alta trascendencia.»

SANZ FERNÁNDEZ explica el principio de fe pública registral (40) en la siguiente forma: «Cuando el titular inscrito es efectivamente dueño o titular de los bienes, porque el Registro y la realidad se hallan en completo acuerdo, los actos dispositivos que realice no encontrarán dificultad alguna en la vida registral ni en la extrarregistral. Mas cuando por cualquier causa no lo sea o su derecho esté sujeto a limitaciones, condiciones o modificaciones que en el Registro no consten, y el verdadero titular o el favorecido por aquellas circunstancias no inscritas no haya pedido la rectificación de la inscripción, si aquél realiza un acto dispositivo en favor de otra persona y ésta inscribe su derecho, se opera *ipso jure* una rectificación de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejaban y la adquisición es perfecta e inatacable. Lo que antes era una simple titularidad aparente fortalecida por la presunción *juris tantum*, se convierte en una titularidad real y efectiva, fortalecida, según la interpretación doctrinal corriente, por una presunción *juris et de jure*.» «La fe pública registral, base de la institución del Registro de la Propiedad, es, pues, la seguridad absoluta dada a todo aquel que adquiera el dominio o un derecho real del titular inscrito, de que su transferente era dueño o titular del derecho correspondiente en los mismos términos que resulten de los asientos, subsanando o convalidando los defectos de titularidad, en caso de que por inexactitud del Registro, no lo fuera verdaderamente, o tuviera su derecho limitado por causas que no re-

(40) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 369 y sigs.

sulten del mismo Registro.» «En sentido positivo, la fe pública registral equivale a la afirmación de que *el Registro es exacto*, es decir, al reconocimiento que, en beneficio del tercer adquirente, se hace de la existencia y subsistencia de los derechos inscritos. En sentido negativo, equivale a la afirmación de que *el Registro es íntegro o completo*, esto es, que agota la realidad jurídica, negando existencia respecto del tercer adquirente a todo aquello que en el Registro no conste o conste como extinguido o cancelado.»

GONZÁLEZ ORDÓÑEZ lo explica en esta forma (41): «El principio de fe pública significa que los datos del Registro constituyen una garantía jurídica para los terceros adquirentes. El principio de fe pública se concreta en una presunción *juris et de jure* de integridad y exactitud del contenido jurídico de los asientos del Registro, que despliega sus efectos en beneficio de terceros adquirentes, cuando concurren determinados requisitos. La presunción de integridad constituye el aspecto negativo de la fe pública. Lo que no está en el Registro no existe en el mundo. En consecuencia, lo no inscrito no perjudica a terceros. Este aspecto negativo de la fe pública se consagra en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.» «La presunción de exactitud del Registro constituye el aspecto positivo del principio de fe pública. El Registro es exacto; en consecuencia, el tercero que adquiere un derecho, confiado en los datos del Registro, debe ser mantenido en su adquisición. Este aspecto positivo es fundamental de la fe pública. Este aspecto positivo de la fe pública aparece consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este aspecto positivo de la fe pública constituye una sólida garantía para el tráfico inmobiliario. Puede decirse que este aspecto positivo de la fe pública encierra toda la razón de ser del Registro de la Propiedad.»

En forma más concisa, MANUEL GÓMEZ y GÓMEZ (42) explica así este principio: «En virtud del principio de legitimación, se reputa exacto el Registro, con presunción *juris tantum*. Pues bien: esta presunción, en méritos del principio de fe pública, se torna *juris et de jure* en beneficio del tercero, que, reuniendo los requisitos determinados por la Ley, contrata y adquiere confiado

(41) *Apuntes de Derecho Hipotecario*, pág. 56.

(42) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1952, pág. 561.

en los pronunciamientos registrales. En consecuencia, el tercero:

a) Adquiere el derecho publicado en el Registro, en la forma y extensión en la misma figuradas. b) Por consiguiente, no le perjudicarán, o no se darán contra él, toda clase de acciones que, pudiendo afectarle según las normas del Derecho civil estricto, no figuren publicadas (su ejercicio o la causa de su posible ejercicio) en el Registro de la Propiedad.

Únicamente tenemos que aclarar que la afirmación de que la fe pública registral protege al que adquiere confiado en el contenido del Registro es una forma de explicar el alcance de la misma, pero no impone la obligación de conocer previamente lo que dice el Registro, pues, como dice Roca, coincidiendo con la generalidad de los comentaristas, «la protección del principio de fe pública actúa independientemente de la circunstancia de que el tercer adquirente hubiera o no *consultado* los asientos del Registro, y de que *conozca* efectivamente su contenido, produciéndose todo como si tal consulta y consiguiente conocimiento hubiera tenido lugar» (43).

JUICIO CRITICO DE LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

Nada tenemos que decir de las cuatro exposiciones del principio de fe pública registral extractadas en el epígrafe anterior, como no sea alabarlas. Son la explicación clara y precisa de lo que es el principio de fe pública registral en nuestro Derecho positivo. Pero en lo que no podemos estar de acuerdo es en las consecuencias que los comentaristas sacan y dejan de sacar de ese principio.

Así Roca (44), después de afirmar que no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo, sin que de la titulación presentada a registro aparezca cumplido el requisito de la tradición, de modo que si de dicha titulación resultare que la tradición no ha tenido lugar, el Registrador deberá negarse a inscribir, añade: «Por consiguiente, existiendo la tradición, sobra la inscripción como

(43) Lug. cit., pág. 372.

(44) Lug. cit., tomo I, pág. 164

factor operativo de la transferencia a inscribir, pues la transferencia ya la ha efectuado la tradición que el título documental inscribible revela» (45). No es que Roca ignore que mediante la inscripción al amparo de la fe pública registral se adquiere *a non domino*, pues lo dice expresamente en la siguiente forma: «El caso típico de aplicación de la fe pública del Registro tiene lugar cuando dicho tercero es adquirente de un titular meramente registral, o sea, de un titular aparente por resultar su título adquisitivo jurídicamente inexistente, nulo, anulado, rescindido, revocado o de otro modo ineficaz. Entonces se opera una adquisición *a non domino*, pues el titular registral, que se produce como transferente, no es en la realidad jurídica verdadero titular del dominio o derecho real que pretendió enajenar o gravar» (46). Pero luego añade: «A pesar de la función específica de la inscripción del título adquisitivo del tercero protegido, no por ello cabe atribuir a la inscripción valor constitutivo, puesto que la adquisición ya se ha operado antes, de modo que dicha inscripción no hace más que *robustecer* esta adquisición en cuanto al concurrir a formar la posición del tercero protegido por la fe pública registral, posibilita la actuación de ésta» (47). Ni siquiera en las adquisiciones *a non domino*, en virtud de la fe pública registral, admite Roca que la adquisición se verifique por la inscripción en el Registro, puesto que en

(45) Parecida opinión mantienen CHICO y BENILLA cuando dicen: «La Ley Hipotecaria debe respetar el sistema que de antiguo viene adoptando el Código civil. Puede sentarse que la Ley Hipotecaria no vino a alterar el régimen existente con anterioridad, a pesar de las múltiples opiniones discordantes... Los derechos reales se forman fuera del Registro, a través del correspondiente título y modo de adquirir, y sólo después de cumplidos estos requisitos pueden ser publicados por los libros del Registro. De aquí resulta que la inscripción no sustituye ni al título formal, sino que lo corrobora, ni al modo de adquirir o tradición, ni aun en el debatido supuesto de la doble venta a que se refiere el artículo 1.473 del Código civil» (*Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, pág. 259).

En forma parecida opina HERNÁNDEZ GIL, cuando afirma: «La adquisición del dominio y demás derechos reales tiene lugar en virtud de título y tradición. La tradición, conforme al artículo 609 del Código civil, es un requisito indispensable para la adquisición del derecho real y lógicamente debe preceder a la inscripción. Aunque la Ley Hipotecaria no regula ni se ocupa de la tradición, no puede desentenderse de ella, porque es un presupuesto para el nacimiento del derecho real. Sin la tradición, aun mediando la inscripción, el derecho real no se constituye y el título, en tal caso, no debe tener acceso al Registro» (*Introducción al Derecho Hipotecario*, pág. 135).

(46) Lug. cit., pág. 159.

(47) Lug. cit., pág. 161.

el primer párrafo copiado dice que «existiendo la tradición, sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia a inscribir, pues la transferencia ya la ha efectuado la tradición», y en el segundo párrafo añade que, aunque la fe pública registral actúe en provecho del tercer adquirente, «la adquisición ya se ha operado antes». Nada más lejos de la realidad jurídica. Cuando en la adquisición del transmitente ha concurrido alguna causa de nulidad, por ejemplo, violencia, intimidación o dolo, el transmitente no es dueño y nada transmite, porque nada puede transmitir, en virtud de título con tradición; pero si el adquirente inscribe en el Registro al amparo del principio de fe pública registral, adquiere el derecho real por la inscripción, en virtud de la fuerza creadora del principio de la fe pública registral, y es la inscripción, no la tradición, el factor operativo o causa eficiente de la transferencia. BALMES dice, como exponemos en otro lugar, que causa eficiente es «lo que hace pasar algo de no ser al ser», y lo que hace pasar al derecho real de no ser al ser es la inscripción, siempre que reúna los requisitos necesarios para estar amparada en la fe pública registral. No es, por tanto, exacto, cómo cree Roca, que existiendo la tradición sobre la inscripción como factor operativo de la transferencia, por haberla efectuado la tradición; ni menos, como cree también Roca, que, cuando actúa la fe pública registral en provecho del tercer adquirente, la inscripción no haga más que robustecer la adquisición ya operada antes.

Añade Roca que «como del conjunto de circunstancias o requisitos exigidos para que entre en juego la protección del principio de *fides publica* del Registro, el último que en el orden al tiempo debe cumplirse es el referente a la inscripción del título adquisitivo del tercero, este hecho de ser el *último requisito* del proceso de formación de los presupuestos de la actuación de tal principio, da la impresión de que aquella inscripción es la que verdaderamente opera la firmeza de la adquisición que tal principio implica. Pero el rigor no es sino un factor más de los que coadyuvan a que la fe pública registral entre en funciones y de ningún modo atribuye a dicha inscripción valor constitutivo» (48). De modo que Roca no concede que la inscripción sea la que opere la firmeza de la adquisición, ni

(48) Lug. cit., pág. 161.

siquiera en las adquisiciones amparadas en la fe pública registral. No hay duda de que para que opere el principio de fe pública registral se necesita la concurrencia de los cuatro conocidos requisitos; pero de esos cuatro requisitos el principal es la inscripción y los otros tres son circunstancias que deben concurrir para que la inscripción esté amparada en ese principio. Por otra parte, Roca atribuye a la tradición ser el «factor operativo de la transferencia», y nos extraña cómo no sigue con ella la misma doctrina que con la inscripción, pues también la tradición necesita cuatro requisitos para que opere la transmisión, que son: primero, la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente; segundo, título oneroso, puesto que, si el contrato es a título lucrativo, donación, la transmisión del derecho real se produce por el simple contrato, sin necesidad de tradición (art. 609 del Código civil); tercero, buena fe, como exige el artículo 1.473 del Código civil en la doble venta de una cosa y los Tribunales la impondrían siempre en todo contrato, y cuarto, título y tradición. Ahora bien, los requisitos más importantes son el título y la tradición, y los demás son circunstancias que han de concurrir con ellos como accesorios de los mismos. Igual ocurre con la inscripción, que los requisitos principales son el título y la inscripción, y los demás son requisitos accesorios de los mismos.

Continúa Roca diciendo: «La inscripción no puede suplir en nuestro sistema a la tradición, por impedirlo la posición básica de absoluto respeto que la legislación hipotecaria adopta ante los modos de adquirir la propiedad, pues procura dejar intocado el sistema que respecto de ellos sigue el Derecho civil, y concreta la misión del Registro a dar publicidad a aquellos modos de adquirir, que, referentes a fincas o derechos reales inmobiliarios, pretendan su inscripción mediante la presentación del correspondiente título o prueba de haberse producido. Y como tratándose de adquisiciones, derivadas de negocio jurídico, y relativas al dominio o derechos reales susceptibles de posesión, no puede haber adquisición sin que el elemento *contrato* de finalidad traslativa (*titulus*) se le una el elemento *tradición* (*modus*), de cuyo conjunto surgirá el acto de desplazamiento patrimonial, que es lo que propiamente es objeto de la inscripción que en su caso se practique, y, como así mismo, tal conjunción de elementos ha de resultar acreditada do-

cumentalmente, o sea, en el título que se presente en el Registro para lograr la inscripción del acto traslativo, de aquí que la inscripción no pueda suplir a la tradición» (49). No hay duda de que la legislación hipotecaria adopta una posición de respeto ante los modos de adquirir y que procura dejar intacto el sistema que respecto de ellos sigue el Derecho civil, pero no en forma absoluta, puesto que establece una importantísima limitación, y es que conforme al artículo 608 del Código civil, para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de la misma se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, por consiguiente, la legislación hipotecaria respeta los modos de adquirir del Derecho civil, en tanto en cuanto no estén en contradicción con los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción. Estimamos que tampoco es exacta la afirmación de Roca, de que la misión del Registro se concreta a dar publicidad a aquellos modos de adquirir que pretendan su inscripción mediante la prueba documental de haberse producido, puesto que la misión de Registro es, como el propio Roca afirma al explicar el principio de fe pública registral, dar completa seguridad al adquirente de adquirir el derecho real y de adquirirlo en los términos que constan en el propio Registro. Añade Roca que, tratándose de adquisiciones por negocio jurídico, no puede haber adquisición sin que al contrato se le una la tradición, de cuyo conjunto surge el desplazamiento patrimonial, que es lo que constituye el objeto de la inscripción. Por nuestra parte, entendemos, como hemos visto anteriormente, que, conforme al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 608 del Código civil, son inscribibles los actos y contratos sin necesidad de tradición, y entendemos que tampoco es exacto que no pueda haber adquisición del derecho real sin tradición, puesto que el propio artículo 608 del Código dice que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, por consiguiente, una vez inscrito un título en el Registro, aunque no haya existido la tradición, produce a favor del titular registral los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; es decir, la presunción de que el titular registral es el dueño del derecho inscrito a su nombre, y, si la inscripción está amparada en la fe

(49) Lug. cit., pág. 167.

pública registral, esa presunción no se puede desvirtuar, ni en virtud de títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución de la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. ¿Es que al adquirente al amparo de la fe pública registral, que no obtuvo la tradición, le puede perjudicar un título no inscrito que obtuvo la tradición? Pues entonces, los títulos no inscritos perjudicarían a los inscritos, y tendrían preferencia el efecto del artículo 609 del Código civil sobre el efecto del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, en contra de lo dispuesto en el artículo 608 del propio Código.

Si para la adquisición del derecho real en las inscripciones al amparo de la fe pública registral, fue imprescindible la concurrencia de la tradición, el artículo 34 de la Ley debió redactarse en la siguiente forma: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya *obtenido la tradición* e inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del transmitente, por virtud de causas que no consten en el Registro.» Y al exponer el principio de fe pública registral, aunque no lo diga el artículo 34 de la Ley, los comentaristas han debido decir que para gozar de la protección de ese principio se necesitan cinco requisitos, incluyendo entre ellos la tradición. Explicar el principio de fe pública registral, diciendo que se necesitan cuatro requisitos y luego exigir otro más, que es la tradición, no parece lógico.

El artículo 34 de la Ley no exige la tradición para gozar de los beneficios de la fe pública registral porque no se necesita. Los efectos de la fe pública registral se producen sin necesidad de tradición. Esos efectos son el efecto *erga omnes* del derecho real, pero mucho más radicales que el efecto *erga omnes* de la adquisición del derecho real por la tradición. No se concibe que produzca efecto *erga omnes* un derecho real que no existe, y es evidente que los efectos de la fe pública registral (art. 32 y 34 principalmente) se producen sin necesidad de tradición, conforme al artículo 608 del Código civil. La Ley considera dueño al que tiene inscrito el derecho real a su nombre en el Registro, aunque no haya obtenido la tradición (art. 38), y esa presunción a favor del que ha adquirido al amparo de la fe pública registral no se puede desvir-

tuar, ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. El artículo 1.473 del Código confirma esta doctrina.

Creemos que está muy acertado LACRUZ cuando dice, con referencia al artículo 1.473 del Código civil, que es una aplicación al caso de la doble venta del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, llevando el argumento al absurdo, lo siguiente: «Como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores ha realmente adquirido, y, en consecuencia ha podido inscribir válidamente» (50). Y es que los artículos fundamentales de la fe pública registral, el 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria, se hunden si se exige la tradición como requisito inexcusable para la adquisición del derecho real. Para adquirir con seguridad un derecho real no bastaría adquirir del titular registral, a título oneroso y de buena fe, e inscribir en el Registro, y haría falta hacer una investigación acerca del estado posesorio de la finca o derecho, cosa *imposible* en nuestro Derecho positivo, puesto que, en virtud del artículo 1.462 del Código civil, la posesión puede cambiar de titular en cualquier momento *en forma secreta* por el secreto del protocolo notarial. Por eso dice RAMÓN DE LA RICA, que, de aceptarse esa doctrina, haría falta establecerse, además del Registro de la Propiedad actual, un Registro de posesiones (51). Pero creemos que en este particular son suficientemente claros los artículos 608 del Código civil y 1, 2, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, como hemos expuesto anteriormente.

LA TRADICION Y LA FE PUBLICA REGISTRAL

Roca se expresa de la siguiente forma: «La tradición, como requisito o presupuesto civil, es, pues, imprescindible para que la traslación de la propiedad exista. Lo que ocurre es que aquélla se halla altamente facilitada, ya que el Código civil... llega a reputarla insita en el mero otorgamiento de la escritura pública

(50) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 14.

(51) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1950, pág. 627.

en la que se otorgue el contrato de finalidad traslativa» (52). Pero «por facilitada que esté la tradición, no por eso constituye una mera formalidad de simple constancia en el título, pues no es suficiente dicha constancia documental, sino que es preciso que la tradición, o sea, el paso de la posesión del transferente al adquirente, se haya producido, ya que, de lo contrario, no habría acto traslativo alguno. Por eso, para que la tradición exista, es necesario que al efectuarla el tradente, éste se halle en posesión de la cosa tradida». En el caso de que el transmitente no tenga la posesión de la cosa, «¿puede, añade Roca, tomarse en consideración este supuesto cuando el adquirente o *accipiens* en la tradición sea un tercero protegido por la fe pública registral? A nuestro entender, no. Y esto simplemente porque en fuerza de este principio de fe pública, el contenido del Registro se presume irrefutablemente exacto en beneficio de dicho tercero protegido, y, conectado con dicha presunción de exactitud, se halla la consecuencia de que el titular registral es considerado así mismo como poseedor del dominio o derecho real inscrito. En virtud del artículo 38, se presume que este titular registral tiene la posesión del derecho inscrito a favor, es decir, es considerado como poseedor o está legitimado como tal para el tráfico jurídico mientras no se demuestre que el Registro es inexacto en cuanto lo proclama como titular del dominio o derecho real de cuya posesión se trata. Y como en virtud del artículo 34 de la Ley, la presunción de existencia y titularidad del derecho deviene inextinguible en beneficio del tercero protegido por la fe pública registral, de modo que en provecho de éste, el Registro inexacto vale como exacto; de aquí que por tener que considerarse que el titular registral, que actúa de transferente, es un propietario-poseedor, o sea, que está legitimado como tal para el tráfico jurídico, precisamente para que los terceros puedan fundarse inatacablemente en la apariencia registral, todo ello trae como consecuencia lógica que la carencia de posesión real o material en el *tradens* sea una circunstancia que no puede repercutir en perjuicio del tercer adquirente protegido por la *fe pública* del Registro».

A nosotros lo que más nos extraña es que Roca no se dé cuen-

(52) Lug. cit., págs. 170 y sigs.

ta de las contradicciones en que incurre respecto a la tradición. Por un lado, dice que la tradición «es imprescindible para que la traslación de la propiedad exista». Por otro, añade que «para que la tradición exista es necesario que al efectuarla el *tradens*, éste se halla en posesión de la cosa», y que «pase la posesión del transferente al adquirente». De modo que para que la traslación de la propiedad exista es imprescindible que pase la posesión del transferente al adquirente. Y después de esta afirmación tan rotunda, añade que no puede tomarse en consideración la falta de posesión en el transmitente cuando el adquirente sea un tercero protegido por la fe pública registral, luego no es exacto que «sea imprescindible para que exista la traslación de la propiedad» «el pase de la posesión del transferente al adquirente». Lo será normalmente, es decir, cuando no intervenga la fe pública registral; pero el propio Roca reconoce que, cuando el adquirente es un tercero protegido por la fe pública registral, no se puede tomar en consideración la falta de posesión del transmitente, y, por tanto, la falta del pase de la posesión del transferente al adquirente. Luego en la adquisición de un tercero protegido por la fe pública registral no se puede tomar en consideración la falta de tradición por no poseer el adquirente. Ahora obsérvese la inexactitud de estas afirmaciones de Roca: «La tradición, como requisito o presupuesto civil, es, pues, imprescindible para que la transmisión de la propiedad exista.» «Existiendo la tradición, sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia a inscribir, pues la transferencia ya la ha efectuado la tradición que el título documental inscribible revela.» Esta última afirmación es exacta sólo en el caso de que el transmitente tuviese la posesión, pues, en otro caso, no ha habido tradición, ni, por consiguiente, transmisión o transferencia del derecho real. Como esa falta de posesión en el transmitente y, por tanto, de tradición, no puede tenerse en consideración en el supuesto de que el adquirente sea un tercero protegido por la fe pública registral, según el propio Roca, resulta que no sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia, puesto que la transferencia no se produce hasta la inscripción en el Registro, ya que no la ha producido la apariencia de tradición que el título documental inscribible revela. Lo mismo ocurre con el párrafo, que copiamos en

otro lugar, en que afirma que, tratándose de adquisiciones derivadas de negocio jurídico, no puede haber adquisición sin que al elemento contrato de finalidad traslativa se una el elemento tradición, de cuyo conjunto surgirá el acto del desplazamiento patrimonial, que es lo que propiamente es objeto de la inscripción. El error consiste en afirmar que no puede haber adquisición del derecho real sin que el elemento contrato se una al elemento tradición, puesto que, como hemos visto y reconoce el propio Roca, no puede tomarse en consideración en perjuicio de un tercero protegido por la fe pública registral la falta de tradición, por no ser el transmitente poseedor de la cosa; luego no es exacto que no pueda haber adquisición sin que al elemento contrato se una el elemento tradición. Lo que puede sostener Roca sin incurrir en contradicción, aunque, como hemos visto anteriormente, no compartimos su opinión; es que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil, no se puede practicar ninguna inscripción sin que del título presentado resulte que hay una *apariencia* de tradición, pero afirmando a continuación que el tercero protegido por la fe pública registral, que no haya adquirido el derecho real por la falta de la tradición, por no ser poseedor el transmitente, adquiere el derecho real por la inscripción en el Registro.

Por consiguiente, aun dentro de la doctrina de Roca de que no se puede inscribir ningún contrato traslativo sin que haya una *apariencia* de tradición (Roca no dice *apariencia*, sino simplemente tradición), resultará que el derecho real se adquirirá por la inscripción al amparo de la fe pública registral en los siguientes casos: 1.º Cuando el transmitente no sea dueño del derecho real transmitido. 2.º Cuando el transmitente no haya podido hacer la tradición, por no ser poseedor de la cosa. Cuando el transmitente es el verdadero dueño y, además, poseedor de la cosa transmitida, no hay duda de que la transmisión se realiza en el momento de la tradición, generalmente el del otorgamiento de la escritura pública, en virtud del artículo 1.462 del Código civil; pero aun en este caso, los efectos que se producen son completamente distintos, según se inscriba o no en el Registro, puesto que, si no se inscribe o en tanto que se inscriba, la adquisición se realiza conforme a unas circunstancias jurídicas que el

adquirente ignora, y, por el contrario, si se inscribe en el Registro, el adquirente adquiere el derecho real en las circunstancias jurídicas que consten en el propio Registro. Y esto no se puede silenciar, tratando de la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, sin mutilar en su esencia nuestro Derecho inmobiliario.

NÚÑEZ LAGOS, citado por ROCA (53), considera peligroso fundar la fe pública registral en la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como hace Roca; sin duda, por entender que la presunción del artículo 38 es una presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario. Y Roca le contesta que no ve en ello peligro alguno, puesto que, lo mismo que la fe pública registral garantiza contra el hecho de que el transmitente no sea dueño, garantiza también contra el hecho de que el transmitente no sea poseedor, por lo que el adquirente, amparado en la fe pública registral, adquiera el derecho aunque el transmitente no tenga la posesión. Por nuestra parte, entendemos que ésa es una forma de resolver el problema muy imperfecto, y, además, peligrosa, como opina NÚÑEZ LAGOS. Se resuelve el problema en forma muy imperfecta, porque, si el transmitente no es poseedor, no hay desplazamiento posesorio, y, por tanto, no hay tradición. De modo que lo acertado es decir, claro y terminantemente, que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, se adquiere el derecho real aunque no haya tradición por no ser poseedor el transmitente. La peligrosidad de la doctrina de Roca está en que se presta a una equivocada interpretación, especialmente por Jueces y Tribunales. No es probable que éstos den a la doctrina de Roca mejor interpretación que CASTÁN y PUIG PEÑA, por ejemplo, y los dos ilustres tratadistas, fundándose en la opinión de Roca, afirman, como luego veremos, que la adquisición de los derechos reales se hace por la tradición y que la inscripción sirve para acreditar la existencia de la adquisición y para dar publicidad a los modos de adquirir ya operados fuera. Otra hubiera sido, seguramente, su opinión si Roca hubiera afirmado, clara y terminantemente, que, en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, el derecho real se adquiere por la inscripción cuando no haya tradición por no ser poseedor el transmitente.

(53) *Derecho Hipotecario*, 1948, tomo I, pág. 172.

ALGUNAS ACLARACIONES HECHAS POR ROCA SASTRE

Roca, en su última edición (de 1954), introduce algunas modificaciones en su texto, que en principio dan la impresión de un cambio importante en su doctrina. Sin duda, esas modificaciones suponen un cambio, pero no todo lo importante que debería ser.

Para que se observen las modificaciones hechas por Roca en su última edición, copiamos a continuación dos párrafos de la edición de 1948 y después los mismos párrafos en la edición de 1954, subrayando las palabras modificadas: «La tradición, como requisito o presupuesto *civil*, es, pues, *imprescindible para que la traslación de la propiedad exista*» (54). «La tradición, como requisito, presupuesto o *conditio juris de la transferencia de bienes*, ha de resultar existente de los documentos o *titulación presentada al Registro para su inscripción*» (55). En la edición de 1948 dice que la tradición es imprescindible para que exista la traslación de la propiedad, mientras que en la edición de 1954 dice que la tradición ha de resultar existente en los documentos presentados a Registro para su inscripción. La diferencia es muy importante, ciertamente. En la edición de 1948 dice: «A pesar de la función específica de la inscripción del título adquisitivo del tercero protegido, no por eso cabe atribuir a tal inscripción valor constitutivo, *puesto que la adquisición ya se ha operado antes, de modo que dicha inscripción no hace más que robustecer esta adquisición, en cuanto al concurrir a formar la posición del tercero protegido por la fe pública registral, posibilita la actuación de ésta*» (56). En la edición de 1954 dice: «A pesar de la función específica de la inscripción del título adquisitivo del tercero protegido, no por ello cabe atribuir a esta inscripción valor constitutivo, *puesto que en la dosis o medida que respecto de la inexactitud registral, entendida ésta en sentido amplio, la fe pública protege la adquisición del tercero; esta adquisición se produce 'ex lege' y no por negocio jurídico de disposición, caso éste*

(54) Edición 1948, tomo I, pág. 170.

(55) Edición 1954, tomo I, pág. 174.

(56) Edición 1948, tomo I, pág. 161

en que precisamente la inscripción es propiamente constitutiva» (57). La aclaración o rectificación es importantísima, como puede observarse. En la edición de 1948 decía que en las adquisiciones en virtud de la fe pública registral, la adquisición del derecho real se había operado antes de la inscripción, mientras que en la edición de 1954 dice que la adquisición del tercero protegido por la fe pública registral se produce *ex lege*, no dice que por la inscripción, pero se sobreentiende. Por nuestra parte, celebramos mucho esta aclaración o rectificación de Roca (58).

Pero esta aclaración o rectificación, a nuestro modesto entender, no es suficiente, pues Roca sigue haciéndose las siguientes afirmaciones: «En nuestro Derecho, tratándose de la adquisición de bienes por negocio jurídico, rige la denominada *teoría del título y el modo*, por virtud de la cual, para que haya, exista o se produzca una transmisión del dominio o derechos reales que impliquen posesión, se requiere la concurrencia de estos dos elementos: *título (contrato de finalidad traslativa*, por ejemplo, un contrato de compraventa), seguido de un *modo* (tradición, es decir, *entrega*), tal y como entiende ambos elementos la referida teoría. En consecuencia, mientras el título o contrato de finalidad traslativa no quede completado con el modo o tradición, no hay transmisión; únicamente existen efectos obligacionales derivados de tal contrato de finalidad traslativa, entre los cuales se destaca la *obligación de transmitir* contraída por uno de los contratantes. Solamente una vez efectuada la tradición, se opera la transmisión. Este sistema de adquirir era el vigente en 1861, al promulgarse la Ley Hipotecaria. Esta le respeta, ya que se limitó a introducir la

(57) Edición 1954, tomo I, pág. 158.

(58) Creemos conveniente hacer aquí una aclaración respecto a si son o no constitutivas las inscripciones en las adquisiciones de derechos reales en virtud de la fe pública registral, problema éste de escasa importancia, pues son siempre convencionales las reglas del lenguaje. Roca entiende que, en las adquisiciones de derechos reales en virtud de la fe pública registral, la inscripción no es constitutiva, sino *sustantiva*. Entendemos que carece de importancia llamarlas de una u otra forma; pero, como dijimos en otra ocasión (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1953, págs. 22 y sigs.), gramatical y técnicamente se pueden y deben llamar inscripciones constitutivas, no sólo a aquellas en que la inscripción es un requisito inexcusable o necesario para el nacimiento del derecho real, como ocurre en la hipoteca, sino también a aquellas otras en que, sin ser la inscripción un requisito inexcusable, son causa eficiente de la adquisición del derecho real, como ocurre en la adquisición del derecho real en virtud de la fe pública registral.

inscripción en el Registro de la Propiedad como elemento de refuerzo, robustecimiento o consolidación de la adquisición ya producida a favor del tercer adquirente antes de practicarse la inscripción» (59). «No puede haber realmente adquisición—añade—sin que al elemento *contrato* de finalidad traslativa (*titulus*) se una al elemento *tradición (modo)*» (60). Aunque la Exposición de Motivos del año 1861 y el artículo 1.473 del Código civil «parezcan prescindir—añade—de la tradición cuando se haya producido inscripción, no obstante, no es así, pues bien leídos presuponen que la inscripción es de una *adquisición ya operada*» (61).

Sigue, por consiguiente, afirmando Roca que para que haya adquisición del derecho real es imprescindible que exista la tradición. Pero, como ha declarado el Tribunal Supremo y reconoce Roca, para que haya tradición es preciso «el pase de la posesión del transferente al adquirente», y para que haya ese pase de la posesión es necesario que «el transmitente se halle en posesión de la cosa». De modo que si el transmitente no se halla en posesión de la cosa, no puede haber ni tradición ni transmisión de la cosa. Pero como, por otro lado, sigue afirmando que no se puede tomar en consideración la falta de posesión en el transmitente cuando el adquirente sea un tercero protegido por la fe pública registral, resulta que hay contradicción en sus afirmaciones y que no es exacto que no haya transmisión hasta que el contrato quede completado por la tradición, ni que la transmisión no se opere hasta que se efectúe la tradición, ni que la inscripción presuponga una adquisición ya operada.

Impugnando nuestra opinión, Roca dice lo siguiente: «Habida cuenta lo facilitada que en nuestro sistema está la tradición, principalmente dado el juego de la de tipo instrumental del artículo 1.462 del Código civil, el Registrador no tiene por qué dudar acerca de si ha habido o no tradición, pues prácticamente le basta con que del título presentado no resulte que la tradición falta» (62). Creemos que no hay duda de que al Registrador le basta, para inscribir, con el artículo 1.462 del Código; pero es porque no es nece-

(59) Edición 1954, tomo I, pág.^o 165.

(60) Edición 1954, pág. 164.

(61) Edición 1954, pág. 168.

(62) Edición 1954, tomo I, pág. 173.

sario acreditar la tradición, pues, si lo fuese, resultaría que, para que haya tradición, es necesario el desplazamiento de la posesión del transmitente al adquirente, y, para que se dé ese desplazamiento, es necesario que el transmitente tenga la posesión de la cosa, y esto no queda probado en la escritura por aplicación del artículo 1.462 del Código civil. Pero lo importante no es lo que haga el Registrador, sino la duda que pueda tener el Juez de si en su Sentencia se debe atener a la afirmación de Roca de que no hay transmisión del derecho real hasta que el contrato quede completado por la tradición, o si en esa Sentencia debe atenderse a la también afirmación de Roca de que la falta de posesión del transmitente y, por tanto, la falta de tradición, no debe perjudicar al adquirente amparado en la fe pública registral. Hay muchas probabilidades de que se atenga a la afirmación de que no hay transmisión del derecho real hasta que el contrato ha quedado completado por la tradición, pues eso es lo que hacen los tratadistas de Derecho civil, como luego veremos, que, aduciendo la autoridad de Roca, afirman que no hay adquisición del derecho real hasta la tradición, sin aludir para nada a la otra afirmación de Roca, contraria a la primera. Seguramente no podrá sospechar que la solución está en el artículo 608 del Código civil, que establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, porque de este artículo, tan importante, *nos olvidamos todos*, como dice Roca, y apenas si es citado por los hipotecaristas y los tratadistas de Derecho civil.

Añade Roca que «si la Ley Hipotecaria se hubiera propuesto eliminar la tradición como elemento constitutivo del acto traslativo inscribible en el Registro de la Propiedad, habría establecido algún precepto que así lo dijera, sobre todo si hubiera querido sustituir la tradición por la inscripción. Pero este precepto no existe, ni en la Ley Hipotecaria de 1861 ni en la actual, ni tampoco en el Código civil» (63). No se trata de que la Ley Hipotecaria se propusiera eliminar la tradición en la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, ni menos de sustituirla por la inscripción. De lo que se trata es de averiguar si quedó o no modificada la teoría del título y el modo, y, más concretamente, el artículo 609

(63) Edición 1954, tomo I, pág. 162.

del Código civil, por la Ley Hipotecaria, y esto nos lo dice el artículo 608 del Código civil al ordenar que, para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de la misma, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. De modo que el artículo 609 del Código civil, y, en general, la teoría del título y el modo, están modificados en tanto en cuanto estén en contradicción con los preceptos de la Ley Hipotecaria relativas a los títulos inscribibles y los efectos de la inscripción. Ya hemos visto anteriormente que para determinar los títulos inscribibles en el Registro hay que estar a lo que disponen los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria, no a lo que dice el artículo 609 del Código civil. De igual forma, para determinar los efectos de la inscripción, hay que estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria, no a lo que dice el artículo 609 del Código civil. Especialmente, hay que atenerse a lo que disponen los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros, antes que a lo que diga el artículo 609 del Código civil. Y más especialmente aún, el principio de fe pública registral derogada, cuando interviene, los preceptos del Código relativos a la tradición.

No se puede plantear el problema diciendo que si la Ley Hipotecaria se hubiera propuesto eliminar la tradición o sustituirla por la inscripción lo hubiera dicho. Es necesario estudiarlo desde el punto de vista del *impacto* que la Ley Hipotecaria, o, más concretamente, la fe pública registral, que es la esencia de la Ley Hipotecaria, ha producido en la teoría del título y el modo o artículo 609 del Código civil. Por nuestra parte, entendemos que, para interpretar acertadamente el Derecho inmobiliario español, hay que empezar afirmando clara y terminantemente, hasta convertirlo en un axioma, que la teoría del título y el modo, contenida en el artículo 609 del Código civil, fue *parcialmente derogada*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del mismo Código, por los preceptos de la Ley Hipotecaria que regulan la fe pública registral. Y mientras esto no se acepte por hipotecaristas, tratadistas en Derecho civil y Tribunales de Justicia, no se habrá llegado a la recepción de la Ley Hipotecaria por no haber comprendido su alcance y significación.

LA PRACTICA DE NOTARIOS Y REGISTRADORES DE CATALUÑA Y NAVARRA

Durante los trece años que estuvimos destinados en el Registro de la Propiedad de Vinaroz, partido judicial lindante con Cataluña, se despacharon allí infinidad de escrituras públicas autorizadas en Cataluña, principalmente en las Notarías del partido judicial de Tortosa y en Barcelona. Sólo en dos o tres escrituras otorgadas en uno de los pueblos de Tortosa se acreditó documentalmente la tradición, puesto que en ellas se pactaba que la tradición se efectuaba por el otorgamiento de la escritura. Todas las demás se presentaron y se despacharon sin acreditar la tradición. Esto nos llevó al convencimiento de que los Notarios de Cataluña prescindían de la tradición a efectos del Registro. Pero, para mayor convencimiento, preguntamos a un ilustre Registrador, hoy jubilado, que llevaba varios años de Registrador en Barcelona, don ANTONIO RÍOS MOSQUERA (todo esto antes de la Ley de 21 de julio de 1960, puesto que don ANTONIO RÍOS MOSQUERA sólo estuvo destinado en Barcelona hasta el año 1959), quien nos contestó que allí se prescindía totalmente de la tradición a efectos del Registro.

Antes de haber sido destinado al Registro de la Propiedad de Estella, preguntamos, también, a dos ilustres Registradores de la Propiedad, que habían estado destinados en Navarra, si allí se exigía la tradición para la inscripción en el Registro, y nos contestaron que en los partidos en que habían estado destinados se despachaban los documentos sin más requisitos formales que los del Derecho común, y, por tanto, sin exigir la tradición. Después fuimos destinados al Registro de la Propiedad de Estella y hemos podido comprobar por nosotros mismos que los cinco Notarios de partido y los demás que envían allí escrituras prescinden de la tradición a efectos de la inscripción en el Registro, salvo uno de los Notarios de Pamplona, que hace constar en todas las escrituras que ha tenido lugar la tradición de la finca. En el Registro se prescindió siempre de la tradición a efectos del mismo.

Esto no es una prueba, pero sí un indicio, de que la mayor parte de los Notarios y Registradores prescinden de la tradición a

efectos del Registro. Con ello no hacen más que atenerse a lo que claramente dicen los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria.

EL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL DE LOS MODERNOS TRATADISTAS ESPAÑOLES DE DERECHO CIVIL

LA OPINION DE CASTAN

Nada más elocuente para convencerse del poco acierto de los hipotecaristas en la exposición de los modos de adquirir en relación con el Registro de la Propiedad que el estudio de los modernos tratadistas españoles de Derecho civil en relación con esta materia.

CASTÁN empieza su exposición con una afirmación muy acertada, que es la siguiente: «Es lástima que (el Código civil) no haya sabido o podido adaptar dicha teoría (la del título y el modo) a las exigencias modernas, como han hecho aquellas legislaciones de tipo germánico—Austria, Suiza, etc.—, que han reconocido todo su valor, como elemento esencial de la constitución, transferencia, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles, a la inscripción en el Registro, única garantía seria de la publicidad de las transmisiones, y, consiguientemente, de la seguridad de los derechos inmobiliarios» (64).

Continúa CASTÁN diciendo, y ya no es tanto su acierto, que «el régimen general de transmisiones imperante en nuestro Código, caracterizado por el *principio de tradición*, de stirpe romana, tiene importantes desviaciones derivadas del *principio de buena fe*», que las refleja el artículo 1.473, y «en los casos a que alude puede no corresponder la propiedad a quien habiendo cumplido los requisitos del artículo 609 (contrato y tradición) sea el primero en la posesión, y se concede preferencia a la prioridad de la inscripción, si se trata de bienes inmuebles inscritos, y a la concurrencia de la buena fe, si se trata de inmuebles no inscritos o de bienes muebles» (65). No es inexacto lo que afirma, pero es muy incompleto, puesto que no dice que el artículo 1.473 es una consecuencia del 32 de la Ley Hipotecaria, y que efectos similares a los

(64) *Derecho Civil Español*, 1950, tomo II, pág. 179.

(65) *Lug. cit.*, pág. 180.

del artículo 1.473 del Código civil en relación con la doble venta de una misma casa, se producen en la doble adquisición de derechos incompatibles en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que rige con preferencia al artículo 609 del Código civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del propio Código civil. Es decir, que lo mismo que afirma que en los casos a que alude el artículo 1.473 «puede no corresponder la propiedad a quien, habiendo cumplido los requisitos del artículo 609 (contrato y tradición), sea primero en la posesión, y se concede preferencia a la prioridad en la inscripción, si se trata de bienes inmuebles inscritos», ha debido afirmar, para no ser incompleto, que en los casos a que alude el artículo 32 de la Ley Hipotecaria puede no corresponder la propiedad a quien habiendo cumplido los requisitos del artículo 609 (contrato y tradición), sea primero en la posesión, y se concede preferencia a la prioridad en la inscripción si se trata de bienes inmuebles inscritos. Omitir esto es cometer un grave error de interpretación. Y tampoco estaba de más añadir que uno y otro artículo (el 1.473 del Código y el 32 de la Ley Hipotecaria) son efectos del principio de fe pública registral, puesto que sin ello no queda completa la doctrina científica en esta materia.

A continuación CASTÁN hace la siguiente pregunta: «¿Puede afirmarse, en nuestro Derecho, que el régimen hipotecario haya verificado una revolución en la doctrina del título y el modo de adquirir?» Y contesta: «En realidad, el influjo de la Ley Hipotecaria sobre la doctrina del título y el modo ha sido grande, aunque no decisivo.» «En ella (en la Ley Hipotecaria) la inscripción no tiene valor absoluto, y sí sólo relativo y en cuanto a terceros. Por ello, la inscripción no ha sustituido a la tradición como modo de transmisión de la propiedad inmueble. Tradición e inscripción tienen órbita de aplicación distinta.» «Aquella sigue siendo el modo de adquirir el dominio y desenvuelve su eficacia entre las partes. Esta es, simplemente, un modo de acreditar la existencia de la adquisición, por más que tome un valor destacado cuando se trata de los efectos de la transmisión con relación a terceros.» Copia, a continuación, la explicación dada por la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, en que se afirma que, «según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad

de tercero, el dominio y demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidas o traspasadas, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no haya inscripción, subsistente el Derecho civil». Y concluye afirmando que «hay que seguir entendiendo que nuestra legislación hipotecaria no ha significado ni significa un golpe de muerte para la teoría del título y el modo, ni ha sustituido el modo por la inscripción, pues para hacerlo así hubiera sido preciso que adaptase francamente el sistema de inscripción sustantiva y constitutiva». Añade que ésta es la opinión que prevalece hoy, y aduce, entre otros, el testimonio de Roca, copiando literalmente varios párrafos, uno aquel en que afirma Roca que no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que de la titulación presentada a Registro aparezca cumplido el requisito de la tradición; otro aquel en que afirma que, existiendo la tradición, sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia; otro en que afirma que la inscripción no puede suplir a la tradición por impedirlo la posición básica de absoluto respeto que la legislación hipotecaria adopta ante los modos de adquirir la propiedad; otro en que afirma que no puede haber adquisición sin que el elemento contrato de finalidad traslativo se le una el elemento tradición, y, finalmente, aquel en que afirma que ni la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, ni el artículo 1.473 del Código civil, contradicen esta tesis, pues ambos textos lo que hacen es presuponer que la inscripción recae sobre una adquisición ya operada. CASTÁN no hace referencia alguna a la afirmación de Roca, en contradicción con las anteriores, como hemos visto, de que mediante la inscripción se puede dar adquisiciones *a non domino*, es decir, adquisiciones no operadas antes de la inscripción; ni a la afirmación, también en contradicción con las anteriores, de que la falta de posesión en el transmitente, y, por tanto, la falta de tradición, no puede tomarse en consideración cuando el adquirente es un tercero protegido por la fe pública registral.

Adopta el mismo punto de vista que la generalidad de los autores, que no conciben que pueda haber un término medio entre sustituir la tradición por la inscripción en el Registro, dando al traste con la teoría del título y el modo, o dar a la inscripción un

valor meramente declarativo de la transmisión hecha anteriormente por la tradición. No conciben que la Ley Hipotecaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil, haya establecido un sistema nuevo en que se mantenga la vigencia de la teoría del título y el modo, contenida en el artículo 609 del Código civil, en tanto en cuanto no esté en contradicción con los efectos que la Ley Hipotecaria atribuya a la inscripción, y que en virtud de ello haya dos clases de inscripciones, las amparadas en la fe pública registral (inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe), a las que son aplicables los artículos 32, 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y las no amparadas en la fe pública registral, que son todas las demás, y a las cuales no son aplicables los artículos 32, 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria. En las primeras, es decir, en las amparadas en la fe pública registral, el derecho real se adquiere mediante la inscripción cuando la adquisición no se hubiere producido por la tradición, bien por no ser dueño el transmitente (adquisición *a non domino*), bien porque no haya habido tradición por no ser poseedor el transmitente (adquisiciones *a non possidente*), o bien porque no haya habido tradición por estar el acto o contrato inscrito sujeto a una condición o plazo suspensivo [art. 23 de la Ley Hipotecaria (66)]. Además, aun en el caso de que la adquisición del derecho real se haya producido antes de la inscripción mediante la tradición, lo que ocurrirá muy frecuentemente en la práctica, no puede omitirse, si se quiere hacer una exposición completa de nuestro Derecho positivo en relación con la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, que mediante la tradición, en el supuesto de que se haya adquirido el derecho real, se ha adquirido en las circunstancias jurídicas existentes en aquel momento, aun-

(66) En el texto nos referimos exclusivamente al Derecho común, y en éste sólo pueden darse, con respecto a la tradición, los tres siguientes supuestos: 1.º Que el transmitente no sea poseedor, en cuyo caso no se produce la tradición por el otorgamiento de la escritura pública, 2.º Que el transmitente sea poseedor, pero que el acto o contrato esté sujeto a plazo o condición suspensiva. En este caso tampoco hay tradición por el otorgamiento de la escritura pública, puesto que de la propia escritura se deduce lo contrario, lo que está previsto en el propio artículo 1.462 del Código. 3.º Que el transmitente sea poseedor y que el acto o contrato no esté sujeto a plazo a condición suspensivas. En este caso la tradición se produce por el otorgamiento de la escritura pública, como establece el artículo 1.462 del Código civil.

que el adquirente las ignore totalmente, mientras que mediante la inscripción, a título oneroso y de buena fe, el adquirente adquiere el derecho real en las circunstancias jurídicas que constan en el asiento o asientos anteriores, por lo que no le perjudican los derechos reales que graven a la misma finca o derecho si no constan en las inscripciones anteriores (art. 13 de la Ley Hipotecaria), ni las causas de nulidad o resolución existentes en la adquisición del transmitente que no consten en el mismo Registro, ni las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias que no consten en el Registro, salvo el retracto legal (arts. 34 y 37 de la Ley Hipotecaria). Silenciar esto es omitir algo esencial en nuestro Derecho positivo.

CASTÁN, en su doctrina, se inspira en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, pero sin incurrir en un error de la misma. Dicha Exposición dice que «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 traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, esto es, aunque medie tradición, será dueño con relación al vencedor; pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción». Este párrafo admite que el dominio se puede traspasar respecto a unos sí y respecto a otros no. CASTÁN no incurre en este error y afirma que la tradición es «el modo de adquirir el dominio y desenvuelve su eficacia entre las partes», mientras que la inscripción «es, simplemente, el modo de acreditar la existencia de la adquisición, por más que tome un valor destacado cuando se trata de los efectos de la transmisión con relación a terceras». De modo que, en opinión de CASTÁN, la inscripción nunca produce la adquisición del derecho real y sólo tiene un valor destacado cuando se trata de los efectos con relación a terceros de la transmisión operada por la tradición. Esta doctrina tiene los tres siguientes defectos: 1.º Ignora los casos en que la adquisición del derecho real se verifica por la inscripción, bien porque el transmitente no sea dueño, bien porque no haya habido tradición, como hemos visto anteriormente. 2.º Emplea la palabra «terceros» en el sentido del derogado artículo 27 de la Ley anterior, olvidándose del tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y de la

Exposición de Motivos de la Ley de 1944, en que el principal tercero es el adquirente inscrito al amparo de la fe pública registral. 3.º No concreta cuáles son esos efectos que produce la inscripción en relación a terceros, con lo cual el estudioso lector se queda sin saber qué efectos produce la inscripción, puesto que la adquisición del derecho real, según su doctrina, no se produce por la inscripción en el Registro.

Añade CASTÁN que «SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO señalan como prueba legal de la integridad actual de la doctrina de la tradición y de que ésta, y no la inscripción, es la causa eficiente del dominio y demás derechos reales, la excepción contenida en el tercer párrafo del antiguo artículo 396 de la Ley Hipotecaria (hoy artículo 315), que acredita la posibilidad legal de que el verdadero adquirente, en virtud de tradición, que no inscribió su título, pueda, justificando la adquisición, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento contrario a aquélla» (67). Como ya dijimos en otra ocasión (68), estimamos inexacta esta doctrina y la afirmación de SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO y CASTÁN demuestra la poca profundidad con que ha sido estudiada la legislación hipotecaria por tan ilustres civilistas. Efectivamente, ni es exacto que la tradición sea siempre la causa eficiente de la transmisión, ni tampoco es siempre posible que el que obtuvo la tradición consiga la cancelación de la inscripción contraria a aquélla. La inscripción es la causa eficiente de la admisión en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, como hemos visto, en los siguientes casos: 1.º Cuando la tradición no ha transmitido el derecho real por no ser dueño el transmitente. 2.º Cuando no haya habido tradición, bien por no ser poseedor el transmitente, bien por estar el acto o contrato sujeto a condición o plazo suspensivos. Y si en el Registro existe algún asiento contrario a la tradición habrá que distinguir (para saber si el adquirente en virtud de tradición, que no inscribió su título, puede obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción) si ésta está o no amparada en la fe pública registral. Las primeras, es decir, las inscripciones amparadas en la fe pública regis-

(67) Lug. cit., 1950, tomo II, pág. 206.

(68) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, 655.

tral no pueden ser vencidas nunca por la tradición (arts. 608 y 1.473 del Código civil y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), y, por consiguiente, el adquirente en virtud de tradición, que no inscribió su título, no puede, aunque otra cosa opinen SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO y CASTÁN, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación del asiento contrario a aquélla. Por el contrario, las segundas, es decir, las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, pueden y deben ser vencidas por la tradición cuando están en contradicción con ésta. Querer aplicar a todas las inscripciones la misma doctrina es desoconocer en absoluto nuestra legislación hipotecaria. Por lo demás, el artículo 315 de la Ley Hipotecaria es un precepto de carácter procesal, y el hecho de que los Tribunales tengan que admitir un documento no implica que necesariamente tengan que fallar conforme al mismo, y en el caso de que ese documento esté en contradicción con alguna inscripción amparada en la fe pública registral, los artículos 608 y 1.473 del Código civil y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria los impedirán fallar conforme al contenido de ese documento, siempre que se interprete rectamente nuestro Derecho positivo. Añade, a continuación, CASTÁN que, «no obstante, La Ley Hipotecaria, al regular los efectos, con relación a terceros, de los derechos reales inscritos (art. 17, 34, etc.), concede a la inscripción una preponderancia que parece absorber los efectos propios y normales de la tradición. Y en el caso de doble venta de una cosa, según el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código, tiene preferencia y se reputa dueño, no el comprador a cuyo favor se ha efectuado la tradición, sino aquel otro que se adelantó a inscribir su título en el Registro» (69). Como dijimos en otra ocasión (70), en las inscripciones amparadas en la fe pública registral el Código civil (arts. 608 y 1.473) y la Ley Hipotecaria (arts. 32 y 34) conceden a la inscripción una preponderancia, no que parezca observar los efectos propios y normales de la tradición, sino que los absorbe totalmente, y, en virtud de esos preceptos, en cuanto se ponen en contradicción la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última. CASTÁN no concreta ni a qué terceros se refiere

(69) Lug. cit., pág. 206.

(70) Lug. cit., pág. 656.

ni qué circunstancias o requisitos se precisan para que la inscripción absorba los efectos propios de la tradición. No concreta más que en el caso del artículo 1.473 del Código civil, y no dice que éste es una aplicación del precepto más general del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y ambos efectos de la fe pública registral. En su última edición (71) rectifica o aclara el párrafo anterior, que redacta de la siguiente forma: «No obstante, la Ley Hipotecaria, al regular los efectos, con relación a terceros, de los derechos reales inscritos (arts. 17, 34, etc.), concede a la inscripción una preponderancia que absorbe, en realidad, los efectos propios y normales de la tradición. Y en el caso de doble venta de una casa...» Pero, aunque con la nueva redacción está más acertado, sigue sin concretar ni a qué terceros se refiere, ni las circunstancias o requisitos que se precisan para que la inscripción absorba los efectos propios de la tradición, ni concreta más que en el caso del artículo 1.473 del Código civil.

En cuanto a la interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, CASTÁN sigue el criterio de NÚÑEZ LAGOS de considerarle como un caso de irreivindicabilidad en beneficio del adquirente a título oneroso y de buena fe en los inmuebles sometidos a publicidad registral, negando que se den en nuestro Derecho las adquisiciones *a non domino* mediante la inscripción en el Registro. Ya dijimos en otra ocasión que la tesis de NÚÑEZ LAGOS no nos parece aceptable (72) por las siguientes razones: Que la reivindicabilidad es una nota esencial en el concepto de dominio, y, por tanto, cuando el Código civil o el de Comercio dicen que una persona puede reivindicar es lo mismo que si dijeran que es dueño, y cuando dicen que no puede reivindicar es lo mismo que si dijeran que no es dueño; que el conflicto en el artículo 464 del Código civil y en el de Comercio se plantea entre el poseedor y el que pretende ser dueño y conceden al poseedor la irreivindicabilidad en contra del que pretende ser dueño, mientras que en el caso del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el titular registral puede no ser poseedor y la irreivindicabilidad de nada le serviría; que en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay adquisición *a non domino* cuando en la

(71) 1964, tomo II, vol. I, pág. 236.

(72) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 721.

adquisición del transmitente ha habido una causa de nulidad absoluta que anule de pleno derecho la adquisición del transmitente; que los casos más frecuentes de adquisición *a non domino* se dan por el juego del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, del cual es una aplicación el artículo 1.473 del Código civil, en que *la propiedad* pertenece al que haya inscrito, aunque su compra la haya hecho cuando el vendedor ya no era dueño por haber vendido la misma cosa a otra persona con tradición, y añadíamos que ante una afirmación tan terminante del artículo 1.473 del Código civil sobraba toda discusión. Lo mismo NÚÑEZ LAGOS que CASTÁN subrayan la palabra «mantenida» del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; pero entendemos que lo que debe subrayarse son las palabras «será mantenida en su adquisición», lo que demuestra que el propio artículo 34 establece la adquisición *a non domino* en todos los casos en que el transmitente no sea dueño. «Pero, como dice Roca (73), además, NÚÑEZ LAGOS ha llegado a reconocer que el artículo 34 de la Ley, en su legitimación sustantiva consagra la transferencia *a non domino*, así como entiende que cuando actúa este artículo 34 el propietario civil o verdadero *pierde la propiedad* de la cosa correspondiente, que queda *desplazada* al tercer adquirente, constituyendo para éste la inscripción un verdadero *modo de adquirir la propiedad*.»

Debe observarse que CASTÁN, de los tres artículos más importantes de nuestro Derecho inmobiliario registral, que son el artículo 608 del Código civil y los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, sólo cita al 34 de la Ley, y éste, siguiendo a NÚÑEZ LAGOS, le interpreta equivocadamente. Sigue, en general, la doctrina de los hipotecaristas, lo que demuestra el poco acierto de éstos al exponer nuestro Derecho positivo en relación con los modos de adquirir.

LA OPINION DE PUIG PEÑA

PUIG PEÑA, al estudiar esta materia, empieza afirmando que «la adquisición *a non domino* constituye una desviación de la regla *nemo dat quod non habet*». «Esta desviación, añade, encuentra una

(73) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 799, nota

de sus manifestaciones, según el sentir de la doctrina, *cuando se trata de cosas muebles*, en el artículo 464 del Código civil, que protege al adquirente de las mismas por la apariencia de titularidad que lleva consigo la posesión de dichas cosas. En cuanto a las *cosas inmuebles*, se enlaza la cuestión de las adquisiciones *a non domino* con el principio de la «fe pública registral», garantizador de la titularidad del adquirente al considerar como exacto el contenido del Registro, fundado en la conveniencia de dar seguridad al tráfico a base de la buena fe del mismo» (74). No cabe duda de que mediante la fe pública registral pueden producirse en nuestro Derecho adquisiciones *a non domino*, pero no explica en qué consiste la fe pública registral y no menciona más requisitos que la inscripción a favor del transmitente, que va implícito en su afirmación de considerar exacto el contenido del Registro, y la buena fe del adquirente. Omite, por tanto, los requisitos de onerosidad y la inscripción del título del adquirente.

Añade PUIG PEÑA que «algún autor ha llegado a decir que la teoría del *título y el modo*, en su valor puro, como la recoge la legalidad vigente en España, sufrió un rudo golpe con el Registro de la Propiedad, considerando que la inscripción registral ha venido a sustituir a la vieja tradición; pero este criterio no puede, en realidad, sustentarse con probidad científica, dado que la Ley Hipotecaria respeta escrupulosamente los modos de adquirir en la forma y valor que determina el ordenamiento común; pues el Registro, hay necesidad de afirmarlo, no tiene, en este sentido, una virtualidad constitutiva, sino simplemente la misión de dar publicidad a los modos de adquirir, ya operados fuera». Por nuestra parte, entendemos que *con probidad científica* no puede sostenerse ni que la inscripción registral haya venido a sustituir a la tradición, ni que «la Ley Hipotecaria respete escrupulosamente los modos de adquirir en la forma y valor que determina el ordenamiento común», ni es exacto que el Registro tenga «simplemente la misión de dar publicidad a los modos de adquirir ya operados fuera». No es exacto que «la Ley Hipotecaria respete escrupulosamente los modos de adquirir en la forma y valor que determine el ordenamiento común», porque el artículo 608 del Código civil

(74) *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, vol. I, pág. 151.

establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de la misma y el valor de los asientos del Registro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. De modo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil, los modos de adquirir del ordenamiento común, concretamente el artículo 609 del Código civil, siguen vigentes en nuestro Derecho positivo en tanto en cuanto no estén en contradicción con las disposiciones de la Ley Hipotecaria. Esta está en contradicción con el artículo 609 del Código civil, puesto que declara inscribibles los actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles sin necesidad de tradición (arts. 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria), y está también en contradicción con el mismo artículo 609 del Código civil, en cuanto a los efectos y valor de la inscripción, puesto que los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros, se producen aunque no haya habido tradición por no ser poseedor el transmitente o por estar el acto o contrato inscrito sujeto a condición o plazo suspensivo (art. 23 de la Ley Hipotecaria). Las mismas adquisiciones *a non domino*, que PUIG PEÑA admite, demuestran que no es exacto que el Registro tenga, simplemente, la misión de dar publicidad a los modos de adquirir ya operados fuera.

Añade PUIG PEÑA, siguiendo a ROCA, que no puede haber adquisición sin que al elemento contrato se le una el elemento tradición, y que tal conjunción de elementos ha de resultar acreditada documentalmente para lograr la inscripción. Entendemos, como hemos dicho anteriormente, que esta doctrina no es exacta; en primer lugar, porque no es exacto que para obtener la inscripción sea necesario que el contrato esté completado por la tradición, puesto que los artículos 1.º, 2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 608 del Código civil, dicen todo lo contrario; y, en segundo lugar, porque tampoco es exacto que para que haya adquisición del derecho real se necesite que al elemento contrato se una el elemento tradición, puesto que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral (las inscripciones segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe) la adquisición del derecho real se verifica por la inscripción cuando ha habido tradición, bien por no ser poseedor el transmitente, bien por estar el acto o

contrato inscrito sujeto a condición o plazo suspensivos (arts. 508 y 1.473 del Código civil y 32, 34 y 23 de la Ley Hipotecaria). Finalmente, PUIG PEÑA acepta la opinión de CASTÁN de que «la Ley Hipotecaria, al regular los efectos con relación a terceros de los derechos reales inscritos, concede a la inscripción una preponderancia que absorbe los efectos propios y normales de la tradición», y cita el artículo 1.473 del Código civil, lo cual hemos examinado anteriormente.

PUIG PEÑA no cita ni explica la doctrina de los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, y, aunque explica, sin citarle, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo hace, como hemos visto en forma incompleta. Tampoco hace referencia alguna a que al que escribe su título al amparo de la fe pública registral (inscripciones segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe) no le perjudican, ni los derechos reales no inscritos (art. 13 de la Ley Hipotecaria), ni las causas de nulidad o resolución de la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), ni las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que no consten en el Registro, salvo el retracto legal (artículo 37 de la Ley Hipotecaria).

La exposición hecha por PUIG PEÑA del Derecho hipotecario en relación con los modos de adquirir es, por tanto, muy imperfecta.

LA OPINION DE PUIG BRUTAU

PUIG BRUTAU estudia con gran detenimiento el problema de si es necesario, para la adquisición o transmisión de los derechos reales, además de la tradición, un contrato causal, o si basta el consentimiento abstracto, y entonces alude al Registro de la Propiedad. Así dice lo siguiente: «Con lo dicho, sin duda, ha quedado patentizado que el llamado negocio dispositive abstracto o *traditio* desligado de su causa es uno de los productos más refinados, pero también más inútiles, del Derecho de profesores. En la actualidad está en franca bancarrota y se preconiza su eliminación en la misma Alemania. Entre nosotros ha tenido cierto auge a impulsos de ciertas traducciones de obras jurídicas alemanas.» «Señalemos,

sin embargo, que tanto por la alcurnia intelectual de los principales divulgadores españoles de la técnica alemana..., como por el tradicional buen sentido patrio, la recepción de los aludidos conceptos ha quedado limitada a los efectos de lograr una mayor precisión de nuestro lenguaje técnico y a leves rectificaciones de nuestra legislación y jurisprudencia. En lo fundamental, la reforma de la Ley Hipotecaria (1944-46) sirvió para demostrar que la doctrina del contrato real abstracto no ha triunfado, ni tan sólo el de la inscripción registral de efectos constitutivos. Sólo elogios merece que nos hayamos librado de mimetismos doctrinales en este punto» (75). Y después añade: «La única atenuación que en nuestro Derecho cabe admitir respecto al carácter causal de la tradición deriva de algunas adquisiciones realizadas por alguien de buena fe y título oneroso, pues la apariencia de derecho del transmitente puede subsanar, no precisamente la falta de causa, sino la falta de poder de disposición por parte del transferente. Así resulta del artículo 464, interpretado en sentido germánico, y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero, en realidad, como hemos dicho, no se trata de que la tradición pueda valer desconectada de la causa, esto es, del acuerdo de las partes por el que ligan el efecto transmitivo a una relación jurídica suficiente para explicar y justificar el cambio sobrevenido, sino que los citados artículos subsanan la falta de derecho por parte del transferente y constituyen una excepción a la regla de que nadie puede dar lo que no tiene» (76).

De modo que para PURG BRUTAU la inscripción no tiene efectos constitutivos, aunque en virtud del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se subsana la falta de derecho por parte del transferente y constituye una excepción a la regla de que nadie puede dar lo que no tiene. No explica los requisitos que se necesitan para que se produzca la adquisición *a non domino*, pues no copia literalmente este artículo, ni dice que es necesaria la inscripción del título de adquisición. No hace referencia alguna al principio de fe pública registral, ni alude al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, mediante el cual pueden darse también las adquisiciones *a non domino*. No es-

(75) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, pág. 188

(76) *Lug. cit.*, pág. 192

tudia el problema de si en virtud de la inscripción puede adquirirse el derecho real aunque no haya habido tradición, si bien puede deducirse de su doctrina que no admite adquisición del derecho real sin tradición, doctrina errónea, como hemos visto. Tampoco alude al artículo 608 del Código civil, ni a los artículos 13 y 37 de la Ley Hipotecaria, y, aunque cita al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo lo hace en el sentido de que mediante este artículo se producen adquisiciones *a non domino*, y no lo estudia como medio de que las causas de anulabilidad y resolución de la adquisición del transmitente no perjudiquen al adquirente si no constan en el Registro.

La doctrina de PUIG BRUTAU respecto a la adquisición de los derechos reales en relación con el Registro de la Propiedad es, por consiguiente, muy incompleta.

LA OPINION DE ESPIN CANOVAS

ESPÍN CÁNOVAS dice lo siguiente: «En definitiva, la adquisición derivativa de la propiedad se opera en Derecho español por los siguientes requisitos: 1.º Negocio jurídico apto para transferir el dominio (negocio causal), el cual comprende tanto la voluntad de crear una obligación (contrato obligacional) como la voluntad de transferir el dominio (contrato real). 2.º La tradición o transferencia de la cosa que se transmite, realizada con ánimo de transmitir el dominio. 3.º Respecto a los inmuebles, para que la adquisición sea inatacable frente a tercero, es preciso que se añada un requisito más: la inscripción en el Registro de la Propiedad en determinadas condiciones». «En relación con los inmuebles, añade, es preciso, además, la inscripción en el Registro de la Propiedad para que la adquisición del dominio sea inatacable frente a tercero, pues si falta este requisito puede ser vencido al adquirente por otro adquirente posterior que haya inscrito su derecho. Así ocurre según el artículo 1.473 del Código civil, según el cual, en el caso de venta de una cosa inmueble tiene preferencia la inscripción sobre la tradición» (77).

(77) *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, tomo I, pág. 95.

No hay duda que es cierto lo que dice Espín. Pero es muy incompleto. Con ello no se puede formar idea de los modos de adquirir en relación con el Registro de la Propiedad. No dice en qué casos, ni con qué requisitos, la inscripción tiene preferencia sobre la tradición. Cita al artículo 1.473 del Código civil, pero no al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, del cual aquél no es más que una aplicación al caso de la doble venta. Tampoco cita el artículo 34 de la Ley, ni al 608 del Código civil, ambos, junto con el 32 de la Ley Hipotecaria, los más importantes de nuestro Derecho inmobiliario registral. No alude al principio de fe pública registral. Tampoco hace referencia a que, aun habiendo adquirido el derecho real por tradición, el que inscribe su título al amparo de la fe pública registral, adquiere en las condiciones jurídicas que constan en el Registro, por lo que entran en juego a su favor los artículos 13, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria.

La exposición de Espín, sin incurrir en error, es, por tanto, muy incompleta.

En su segunda edición hace un estudio más completo del Derecho hipotecario (78), que expone en la siguiente forma: «En relación con los inmuebles, es preciso, además, la inscripción en el Registro de la Propiedad para que la adquisición sea absolutamente firme, pues sin la inscripción el adquirente puede ser vencido por otro adquirente posterior que haya inscrito su derecho. Esta preferencia en favor de la inscripción se basa en el juego de los principios hipotecarios vigentes en nuestro Derecho, ya que éstos implican que el Registro se presume exacto e íntegro (principio de exactitud registral) y, por tanto, quien adquiere del titular registral, adquiere de modo inatacable y puede desconocer todo lo no inscrito (principio de fe pública registral). En efecto, la Ley Hipotecaria sienta la presunción de exactitud registral al disponer que 'a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo' (art. 38, ap. 1] de la Ley Hipotecaria); consecuentemente, si el Registro se presume exacto, se protege, positiva y negativamente, al tercero que adquiera confiado en el Registro: *positivamente* mediante el artícu-

(78) Vol. 2, pág. 108 y sigs.

lo 34 de la Ley, que copia literalmente: y *negativamente* mediante el artículo 23 de la Ley, que copia también literalmente.» «Estos principios resuelven una posible discordancia, continúa, entre el Registro y la realidad extrarregistral, en favor del titular inscrito que merezca la protección del Registro, es decir, del llamado tercero hipotecario. Si, por el contrario, el que adquiere la propiedad del inmueble (o cualquier otro derecho real inmobiliario) no inscribe en el Registro su derecho y otro adquirente posterior lo hace, reuniendo los requisitos para la protección de la fe pública registral; el primer adquirente que no inscribió su derecho, será vencido por el adquirente posterior. El Código hace aplicación concreta de esta doctrina en el típico supuesto de la doble venta de un inmueble, disponiendo que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito (la cosa) en el Registro.» Hasta aquí nada tenemos que oponer a su doctrina.

Pero tenemos que disentir de su opinión respecto a la relación entre la tradición y la inscripción en el Registro. Expone así su criterio: «La necesidad de la inscripción para la plena eficacia *erga omnes* de la adquisición de la propiedad de los inmuebles, no implica que la inscripción supla a la tradición, es decir, que no sea ésta siempre necesaria, ya que la exigencia de la tradición viene impuesta con carácter general por el fundamental artículo 609 y no está suprimida por ningún otro precepto, ni contradicha por la citada disposición del artículo 1.473.» De modo que entiende que la tradición es siempre necesaria para la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles. Cita el artículo 1.473 del Código civil, pero no el 608 del mismo Código, que regula las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria, y por virtud del mismo, para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de ésta hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta dice claramente en los artículos 1.º y 2.º, que son inscribibles los títulos, actos y contratos, relativos a los derechos reales sobre inmuebles, y no dice que esos títulos deban estar completados por la tradición para ser inscribibles en el Registro. El mismo artículo 608 del Código dispone que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, por tanto, una vez inscrito un título en el Registro, aunque no haya habido tradición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley, se pre-

sume que el derecho inscrito pertenece a su titular, y, si la inscripción es segunda o posterior a título oneroso y de buena fe, esa presunción a favor del titular registral no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos (art. 32) ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (art. 34). Todo esto se deduce claramente del artículo 608 del Código civil, sin duda alguna el más importante de nuestro Derecho inmobiliario, puesto que regula las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria.

Sintetiza, después, las opiniones de RAMÓN DE LA RICA, VILLARES y RAMOS, y las impugna de la siguiente forma: «El fundamento legal de esta opinión descansa en el citado artículo 1.473, apartado 2), que da la preferencia a la inscripción sin aludir a la necesidad de haber cumplido previamente con el requisito de la tradición»; sin embargo, dice citando a SANZ, se observa que el artículo citado atribuye la propiedad, no «a la persona que primero inscriba su título, sino al adquirente que primero inscriba su propiedad», adquisición que «habrá de regirse por las reglas generales, o, lo que es lo mismo, necesitará título y tradición». Pero es fácil contestar que el artículo 1.473 no es el que regula las relaciones entre el Código y la Ley Hipotecaria, sino el 608 del Código civil, y, como dice VALLET, «si el Código se remite a la Ley Hipotecaria en este punto concreto, no hay duda de que el párrafo 2.º del artículo 1.473 habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial». Por consiguiente, para saber lo que es o no inscribible en el Registro, hay que estar, no a lo que dispone el artículo 1.473, sino, en virtud del artículo 608, a lo que dispone la Ley Hipotecaria, y ésta dice que lo que se inscribe en el Registro son «los títulos». De modo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código, lo que se inscribe en el Registro en el caso de doble venta no es la *propiedad*, sino *el título de compraventa*. Además, si en la primera venta, que no se inscribe, ha habido tradición, en la segunda venta no puede haber tradición, porque el vendedor ya no es poseedor, y por eso dice LACRUZ que, «como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores ha realmente adquirido, y, en

«consecuencia, ha podido inscribir válidamente». Y es que no se puede fundar la doctrina general del Derecho hipotecario en el artículo 1.473, siendo tan claro el artículo 608 del Código (79).

Añade, después, citando a Roca, que «si en el Registro se inscriben las transferencias reales, la tradición, como requisito, presupuesto o *conditio juris* de la transferencia de bienes, ha de resultar existente de los documentos o titulación presentada al Registro para su inscripción». Pero, como hemos visto anteriormente y se deduce claramente de los artículos 608 del Código y 1.º y 2.º de la Ley, no son las transferencias ya realizadas de los derechos reales lo que se inscribe, sino los títulos, actos o contratos, relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. Espín no recoge la opinión de Roca, en contradicción con la anterior, de que la falta de posesión en el transmitente no perjudica al adquirente amparado en la fe pública registral, y, por tanto, aunque no lo diga Roca, la adquisición del derecho real se verifica por la inscripción en el Registro sin necesidad de tradición en las inscripciones amparadas en la fe pública registral cuando no haya habido tradición por no ser poseedor del transmitente.

Termina Espín su exposición con el siguiente párrafo: «Cree-mos, desde luego, que en nuestro sistema de transmisión de derechos reales es precisa la tradición como requisito previo a la inscripción, aunque la dificultad se obviará, porque la tradición, en la mayoría de los casos, resulta ya de la escritura pública que contiene el negocio jurídico de finalidad traslativa (tradición instrumental, según el artículo 1.462)». Por nuestra parte, entendemos, además de lo anteriormente expuesto en relación con los artículos 608 del Código y 1.º y 2.º de la Ley, que, si fuera necesaria la tradición para inscribir en el Registro, se podrían inscribir los títulos en que el transmitente fuese titular registral, pues la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en unión del juego del artículo 1.462 del Código, establecerían la presunción de que había habido tradición; pero no se podría inscribir ninguna escritura de inmatriculación, tal como ahora se presentan en los Registros,

(79) Todo esto en el supuesto de que la palabra «la» del párrafo segundo del artículo 1.473 del Código se refiera a la «propiedad», como cree SANZ; pero parece más lógico que se refiera a «la cosa» y en este sentido la interpreta el propio Espín en uno de los párrafos copiados anteriormente.

puesto que no hay tradición si no es poseedor el transmitente y el artículo 1.462 del Código civil no demuestra, ni hace presumir, que el transmitente era poseedor de la cosa objeto del acto o contrato que se pretenda inscribir.

El error de interpretación de Espín se debe, fundamentalmente, a que no tiene en cuenta, como hace la generalidad de los expositores, el artículo 608 del Código, que es el que regula las relaciones entre el propio Código y la Ley Hipotecaria.

UNA APLICACION DEL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

Las resoluciones judiciales *que modifiquen* la capacidad civil de las personas, en cuanto a la libre disposición de sus bienes, son inscribibles en el Registro, conforme al número 4.º, del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. El artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior decía: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero.» El sentido de la Ley era bien claro, aunque no se entendiese así por los comentaristas: Una resolución judicial imponiendo la pena de interdicción civil no inscrita ni anotada en el Registro, no perjudicaba al que, ignorando la existencia de esa resolución, adquiría a título oneroso un derecho inscrito a nombre del interdicto e inscribía su título en el Registro. De igual forma, una resolución judicial declarando la prodigalidad, no perjudicaba al que, ignorando la existencia de esa resolución, adquiría a título oneroso un derecho inscrito a nombre del pródigo e inscribía su título en el Registro. El artículo 1.413 del Código civil, antes de la reforma de 24 de abril de 1958, facultaba al marido para enajenar a título oneroso los bienes de la sociedad legal de gananciales sin el consentimiento de la mujer. El artículo 1.433 facultaba a la mujer y al marido para solicitar la separación de bienes. El artículo 1.434 añadía que, acordada la separación de bienes, quedaba disuelta la sociedad legal de gananciales, y, en consecuencia, el marido ya no podía enajenar los bienes de la sociedad legal de gananciales. El artículo 1.437 añadía: «La demanda de separación y la sentencia firme en que se declare, se deberán anotar e inscribir respectiva-

mente en los Registros de la Propiedad que correspondía, si recayera sobre bienes inmuebles.» Lo que decía el artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior era que esa resolución judicial por la que quedaba el marido privado de la facultad de enajenar los bienes de la sociedad legal de gananciales a título oneroso no perjudicaba a tercero si esa resolución no estaba inscrita o anotada en el Registro. La disposición no podía ser más justa: la mujer que tan diligente había sido para pedir la separación de bienes, debía continuar siendo diligente para que la resolución se inscribiese o anotase en el Registro y los terceros que contratasen con el marido no se llamasen a engaño. Y la falta de diligencia de la mujer, que no pedía la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad, se sancionaba en el artículo 23 de la Ley anterior, dejando sin efecto esa resolución judicial en cuanto a tercero, es decir, esa resolución judicial no perjudicaba al que adquiría a título oneroso alguno de los bienes inscritos a nombre del marido, sin tener conocimiento de la resolución judicial, e inscribía su título en el Registro. Es el mismo fundamento de todos los casos del número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en relación con el derogado artículo 23 de la Ley anterior; la persona que hubiese pedido y obtenido del Juez una resolución *modificando* la capacidad civil de una persona en cuanto a la libre disposición de sus bienes, estaba en la obligación de pedir su inscripción o anotación en el Registro para conocimiento de cuantas personas quisiesen contratar con la misma, y, si esa persona faltaba a su deber de hacer que la resolución judicial se inscribiera o anotara en el Registro, a la persona que adquiriese a título oneroso y de buena fe un derecho inscrito a nombre de la persona a que se refiere la resolución y le inscribía en el Registro no le perjudicaba esa resolución. Esto era lo que decía el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 23 de la Ley anterior, y la disposición no podía ser más justa, pues la incuria o mala fe del que obtuvo la resolución y no la llevó a inscribir o anotar al Registro, no debe pagarla quien ignoraba la existencia de esa resolución, por no estar inscrita o anotada en el Registro.

Pero no lo entendió así don JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien llevado por su admiración al Derecho alemán, entendió que, puesto que en Derecho alemán no se inscriben las resoluciones judiciales que

modifiquen capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, tampoco deberían inscribirse en nuestro Derecho, y lo razonó de la siguiente forma:

«Dudosa se presenta en nuestro Derecho la aplicación de la *fides publica* registral a la capacidad del transferente. La Exposición de Motivos no es un modelo de corrección en este punto. 'Si la Ley no atendiera—dice—a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta.' Con este precedente, la doctrina se ha orientado en el sentido de otorgar a la capacidad la categoría de derecho real y considerar protegido al adquirente que se fía en las declaraciones incompletas del Registro. Nada más lejos de nuestra conciencia jurídica. Ni el Registro es órgano competente de publicidad en las cuestiones de estado civil, ni el que contrata con un incapaz puede alegar la ignorancia de la condición del mismo, ni los asientos que se hagan como consecuencia de las prescripciones de los artículos 2.º (número 4.º), y 15 y 42 (número 5) de la Ley Hipotecaria, son suficientes para dar a conocer las restricciones de la facultad de enajenar. Quien compra a un menor de veintitrés años en Aragón, creyendo que por ser mayor de veinte tiene plena capacidad civil, celebra un contrato nulo si el menor es castellano, aunque no constara en el Registro de la Propiedad ninguna referencia a la inscripción hecha en el Registro de vecindad civil, y no puede alegar el principio de publicidad hipotecaria en apoyo de su adquisición» (80). No hay duda de que el que contrata con un menor no puede alegar el principio de publicidad hipotecaria en defensa de su adquisición. Pero no se trata de eso. El artículo 23 de la Ley anterior, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, lo que decía es que las incapacidades *creadas* por resolución judicial no perjudicaban a tercero si esas resoluciones no estaban inscritas o anotadas en el Registro. La minoría de edad es una incapacidad natural, *no creada por resolución judicial*. Y aun cuando una resolución judicial puede declarar que una persona es menor de edad, no por eso crea la incapacidad, sino que ésta existía antes de la resolución judicial. El número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria se refiere *exclusivamente* a incapacidades creadas por resolución, en que lo

(80) *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 386.

constitutivo de la incapacidad es la resolución judicial, y a esas incapacidades se refería exclusivamente el artículo 23 de la Ley anterior. Y añade: «Aplicando, por tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas» (81). No es exacto que, aplicando con todo rigor el artículo 23 de la Ley anterior, las incapacidades no puedan perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas. El artículo 23 se refería solamente a determinadas incapacidades, las del número 4.º del artículo 2.º de la Ley, que son las incapacidades *creadas* por resolución judicial. «Ningún autor discute en serio, continúa, si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción y su determinación legítima de los datos del asiento» (82). En este párrafo, don JERÓNIMO GONZÁLEZ sigue confundiendo y entremezclando las incapacidades naturales con las *creadas* por resolución judicial, sin darse cuenta de que el artículo 23 de la Ley anterior se refería exclusivamente a estas últimas. «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, añade, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada. Si a la inscripción se concediese tal fuerza que no pudiera ser cancelada por lo nulo del título, el árbitro de la propiedad sería el Registrador: todos los títulos para adquirir se reducirán a uno: el asiento en el Registro. ¿Quién entonces podría vivir seguro de su derecho? Un contrato de menores, sin autorización..., cuantas garantías ha acumulado la experiencia de cien generaciones, quedarían vanas e inútiles» (83). No hay duda que un asiento puede ser anulado porque sea nulo el título, por ejemplo, porque el transmitente sea menor de edad. Pero sigue en la misma confusión. La minoría de edad ni se crea por el Juez ni es inscribible, conforme al número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en el Registro. Puede constar la minoría de edad y otras

(81) Lug. cit., pág. 489.

(82) Lug. cit., pág. 490.

(83) Lug. cit., pág. 490

causas modificativas de la capacidad civil, como el matrimonio, pero como circunstancias que se hacen constar para identificación de las personas y como elementos de calificación de los títulos posteriores; pero no se inscriben, especial y separadamente, más que las incapacidades *creadas* por resolución judicial, conforme al precepto citado. Y estas incapacidades *creadas* por resolución judicial e inscribibles, especial y separadamente, son exclusivamente las que no perjudicaban a terceros si no están inscritas o anotadas en el Registro. Con ello no se convierte en árbitro de la propiedad al Registro, ni se reducirían todos los títulos de adquirir el asiento del Registro. Se impedía, simplemente, que el adquirente de un derecho real quedase burlado por una resolución anterior que no conocía, ni podía conocer. Por otra parte, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria establece un principio general, que tenía su excepción en el número 4.º del artículo 2.º en relación con el artículo 23 de la Ley anterior.

Pero como don JERÓNIMO GONZÁLEZ era un gran admirador del Derecho alemán y éste admitía la inscripción de resoluciones judiciales de prohibición de disponer, sienta la siguiente doctrina: «Ante todo, se impone la separación de dos conceptos afines: capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales... El amparo que necesita el incapaz pesa más en el Ordenamiento jurídico que los intereses del tráfico y la protección de la buena fe, por lo cual los acreedores que con ella hubieran procedido no pueden invocarla, aunque el Registro sea incompleto. En cambio, la mayoría de las veces puede ser subsanado el poder dispositivo deficiente por la falta de la mala fe en el tercer adquirente. De aquí la inutilidad de inscribir las unas y la conveniencia de inscribir las otras, sobre todo cuando nacen de circunstancias de escasa publicidad» (84). Dada la gran autoridad científica de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en la reforma de 8 de febrero de 1946 se aceptó su criterio y en sustitución del artículo 23 se redactó el 32 de la siguiente forma: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.»

(84) Lug. cit., pág. 491

Con lo cual se suprimió el precepto del artículo 23 de la Ley anterior relativo a que las resoluciones judiciales que *modificasen* la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, que no estuvieran inscritas o anotadas en el Registro, no perjudicarían a tercero. Pero se mantuvo el efecto respecto a las resoluciones judiciales de prohibición de disponer al establecer que las prohibiciones de disponer o enajenar que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa, producirán efecto mediante su anotación preventiva. Y por eso hemos dicho en otra ocasión: «Y así quedó suprimido, después de ochenta y tres años de vigencia, un precepto tan importante de nuestra Ley Hipotecaria, como era el artículo 23 de la Ley anterior, en cuanto a los efectos de la inscripción de resoluciones judiciales que afectasen a la capacidad civil de las personas: sin ser comprendido por expositores y comentaristas, sin ser alegado por los litigantes, sin ser aplicado por los Tribunales, sin que el legislador se diera cuenta de lo que hacía y sin la menor protesta de nadie. ¡Triste destino el del artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior!» (85).

Roca impugna nuestro punto de vista en la siguiente forma: «Hermida encuentra a faltar la antigua redacción del artículo 32 (antes 23) de la Ley Hipotecaria... Como para dicho autor quien contrata con un incapaz es tercero respecto a la declaración judicial de incapacidad no *inscrita*, rechaza la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ de que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria impide entonces que su inscripción produzca efecto alguno... Es de todo punto insostenible pretender que quien contrata con un declarado judicialmente incapaz sea *tercero* respecto a la declaración judicial de incapacidad no inscrita, pues es una verdad irrefutable que quien contrata con una persona, sea capaz o incapaz, es *parte* en el contrato, y, por tanto, si éste es nulo o, mejor dicho, anulable por ser el transmitente incapaz, declarado judicialmente o no, o concurrir un vicio en el consentimiento, entonces la nulidad del contrato enajenativo afecta al adquirente, puesto que es parte y no es tercero, y al no ser tercero, la Ley Hipotecaria no le protege respecto a dicha nulidad por más que se deba a una

(85) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, pág. 448.

incapacidad del transmitente declarada en resolución judicial no inscrita, pues esto es indiferente» (86). Tenemos que disentir de la opinión de Roca, que no es más que la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que ya hemos impugnado anteriormente. El que adquiría del incapaz e inscribía en el Registro era tercero respecto a la resolución judicial *creando* una incapacidad, *porque así lo disponía el artículo 23 de la Ley anterior*. El artículo a este respecto era clarísimo, y el propio don JERÓNIMO GONZÁLEZ así lo reconoce en los párrafos anteriormente copiados. Y era el propio artículo 23 el que decía que esas resoluciones *creando* una incapacidad no perjudicaban a tercero si no estaban inscritas o anotadas. No hay duda de que el que contrataba con un incapaz era parte en el contrato nulo por falta de capacidad del transmitente; pero si el contrato se inscribía sin que estuviera inscrita o anotada la resolución judicial creando la incapacidad, *el artículo 23 decía que esa incapacidad no le perjudicaba*, y, por tanto, adquiría el derecho real, una vez inscrito su título, como si la resolución judicial no existiera. Eso era lo que decía el artículo 23 de la Ley anterior, en relación con las incapacidades *creadas* por resolución judicial, lo cual era muy justo. Era un precepto claro y terminante de la Ley y contra él no caben razonamientos. Por otra parte, si un Juez dicta, dentro de su competencia, una resolución estableciendo una prohibición de enajenar, los actos de enajenación que se hagan contraviniendo esa prohibición, son también nulos, pero el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, don JERÓNIMO GONZÁLEZ y el propio Roca, admiten que son válidos si no estaba anotada en el Registro esa resolución judicial. Y es que el propio artículo 4 del Código civil, al ordenar que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, añade que «salvo en los casos en que la misma Ley ordene su validez.» Y esto era lo que hacía el artículo 23 de la Ley anterior, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, ordenaba la validez de los actos otorgados por un incapaz cuando la incapacidad hubiese sido *creada* por una resolución judicial y no se hubiera inscrito o anotado. No es, por tanto, exacto, como cree Roca, que si el contrato es nulo o anulable por ser el transmitente incapaz o concurrir un vicio en el consen-

(86) *Derecho Hipotecario*, 5.ª edición, tomo III, págs. 336 y sigs.

timiento, la nulidad del contrato enajenativo afecte en todo caso al adquirente. Ese efecto se produce en las incapacidades naturales y en los vicios del consentimiento, pero no se producía en las incapacidades *creadas* por resolución judicial, si no estaban inscritas o anotadas, *por disponerlo así el artículo 23 de la Ley anterior*, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. Que don JERÓNIMO GONZÁLEZ confundiera las incapacidades naturales con las creadas por resolución judicial, no es motivo para que sigamos confundiéndolas y no veamos la verdad (87).

LA OPINION DE NUÑEZ LAGOS ACERCA DE LOS DOS TERCEROS HIPOTECARIOS

Se ha mantenido por gran número de comentaristas: primero por NUÑEZ LAGOS (88) y últimamente por TIRSO CARRETERO (89), la opinión de que en nuestro Derecho hipotecario existen dos tercetos, el del artículo 32 y el del 34 de la Ley. El primero se refiere a títulos contradictorios del inscrito y el segundo a causas de nulidad o resolución existente en la adquisición del transmitente sin la existencia de título contradictorio del inscrito. Hasta aquí la doctrina parece lógica. Pero de esta posible distinción sacan algunos la consecuencia de que el tercero del artículo 32 no necesita, para tener la plena protección registral, ni haber adquirido del titular anterior, ni tener buena fe, ni ser la adquisición a título oneroso, fundándose en que el artículo 32 no exige expresamente esos requisitos. A nuestro modesto entender, nada más equivocado que esa doctrina.

ROCA SASTRE la impugna (90) con argumentos que aceptamos íntegramente y que resumimos a continuación:

A) El precepto básico del principio de fe pública registral lo constituye el artículo 34, por lo que el artículo 32 rige en función de

(87) Sobre la inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas, en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pueden verse nuestros trabajos en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, pág. 20, y 1955, págs. 2 y sigs.

(88) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 218 y sigs.

(89) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 87.

(90) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, págs. 791 y sigs.

aqué. El artículo 34 regula con carácter general los efectos de la inexactitud registral respecto al adquirente, y el artículo 32 es sólo uno de los varios supuestos de posible inexactitud del contenido del Registro. El artículo 34 dice: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca **con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición cuando haya inexactitud del Registro.**» Estas últimas palabras son del párrafo 2.º del propio artículo 34, lo que demuestra que su alcance es proteger al adquirente de toda inexactitud registral anterior. Los demás artículos que regulan la fe pública registral, y especialmente los artículos 32, 13, 15, 76, 144, 37, 31, 220 y, sobre todo, el 40 de la Ley, no hacen más que desenvolver el principio general del artículo 34. El supuesto del caso a) del artículo 40 de la Ley es casi idéntico al del artículo 32, pues «prevé el supuesto de inexactitud registral proveniente» de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, inexactitud ésta que, según el propio artículo, se rectifica «por la toma de razón del título correspondiente, *si hubiera lugar a ello*», pues el propio artículo, en su último párrafo, dispone que «*en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.*»

B) «El legislador, dada la multitud de preceptos destinados a la fe pública registral, al proclamar ésta en su artículo 34, consideró que estaría falto de elegancia normativa hacer que en los artículos 32, 31 y 37 y demás concordatos de la Ley se repitieran los mismos términos de este precepto en cuanto hacen referencia a los requisitos que el artículo 34, 1, 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 le convierte en el más inexpresivo en este orden, hasta el extremo de silenciar incluso el requisito de haber *inscrito* el tercero su título o adquisición.»

C) El fin del Registro es la protección del tráfico inmobiliario, y por ello, cuando hay una inexactitud registral, la Ley mantiene el contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente, y exi-

ge los mismos requisitos para su protección, cualquiera que sea el supuesto de esa inexactitud. La prueba más terminante de esta doctrina está en el artículo 40 de la Ley, que, ante las diversas causas de inexactitud que pueden ocurrir, exige los mismos requisitos para la protección del adquirente, hasta el punto de que puede considerársele como «el precepto clave que desvanece toda duda» en este particular. Parece evidente que tiene razón Roca, pues el caso a) del artículo 40 en relación con el párrafo final del mismo es como si dijera lo siguiente: «Si no hubiera tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, o, lo que es lo mismo, algún título del dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, su inscripción, caso de que pueda hacerse, no perjudicará a los derechos adquiridos con anterioridad por tercero a título oneroso de buena fe». Es exactamente lo mismo que lo que dice el artículo 32, pero exigiendo los requisitos de título oneroso y buena fe, y partiendo del supuesto de la existencia de la inscripción anterior, que son los requisitos que establece el artículo 34 de la Ley.

Confirmando la argumentación de Roca, podemos añadir lo siguiente:

Para comprobar si el tercero del artículo 32 es distinto del tercero del artículo 34, lo primero que habrá que hacer es interpretar acertadamente esos artículos.

El artículo 34 se refiere a causas de nulidad o resolución del derecho del transmitente. La palabra «anular» no se puede tomar como aplicable sólo a los casos de anulabilidad, sino también a todos los casos de nulidad absoluta en la adquisición del transmitente. Ese artículo se refiere a un «tercero que adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo». Sólo el dueño, o su representante legal o voluntario, tiene facultades para transmitirlo. El titular registral de un derecho tiene a su favor la presunción del artículo 38 de la Ley, de que el derecho inscrito a su nombre le pertenece, y es, por tanto, la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo. Pero la presunción del artículo 38 es una presunción *juris tantum*, y puede darse el caso de que el derecho inscrito a su nombre no le pertenezca y no tenga «facultades para transmitir-

lo», o perteneciéndole y teniendo «facultades para transmitirlo», deje de tenerlas posteriormente. Lo que dice el artículo 34, a nuestro modesto entender, es que «el tercero que adquiriera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo», es decir, del titular registral, «será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho», aunque después resulte que el titular registral no era dueño del derecho real o que lo ha perdido por causas que no consten en el Registro. Lo mismo que la palabra «anulen» no se puede referir sólo a los casos de anulabilidad, sino también a los de nulidad absoluta o inexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente; de igual forma las palabras «anulen» y «resuelvan» no deben interpretarse en un sentido estricto, sino general. La recta interpretación de este artículo es como si dijese: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después *resulte que la persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo, carecía de esas facultades o que las pierda* por causas que no consten en el mismo Registro.» Esta redacción hubiera sido gramaticalmente muy imperfecta, pues la gran riqueza de nuestro idioma nos permite expresar las mismas ideas sin repetir idénticas palabras. Pero lo que dice el artículo 34 es eso: que, si un tercero adquiriera algún derecho de quien le tenga inscrito a su nombre, una vez que haya inscrito su título, será mantenido en su adquisición, aunque después resulte que el titular registral no era el dueño del derecho inscrito a su nombre o que la pierda por causas que no consten en el mismo Registro. Los artículos 38 y 34 están intimamente relacionados y hay que interpretarlos el uno por el otro. La presunción del artículo 38 es una presunción *juris tantum*; pero se convierte en presunción *juris et de jure* en beneficio del adquirente, a título oneroso y de buena fe, que inscribe en el Registro. La presunción establecida en el artículo 38 sólo se puede destruir en perjuicio del tercero del artículo 34 por causas que consten en el propio Registro. El artículo 34 hay, por tanto, que interpretarlo en toda la amplitud del artículo 38, es decir, que se refiere a todos los casos en que el

titular registral no es dueño o deja de serlo posteriormente, si las causas porque no era dueño o dejó de serlo posteriormente no constaban en el Registro. Y no sólo comprende los casos en que el titular registral no sea dueño o deje de serlo, sino también todos los casos en que el derecho del transmitente sufra una limitación por causas que no consten en el Registro. La palabra «resuelva» no sólo comprende el caso de que en la adquisición del transmitente exista una condición resolutoria que no conste en el Registro, sino también los casos en que el titular registral ha dejado de ser dueño, o ha dejado de serlo con la amplitud que consta en el Registro, por actos del propio titular registral. Así, por ejemplo, en el caso de doble venta cuando la primera no ha sido inscrita, el titular registral, una vez hecha la tradición real o fingida, no tiene facultades para transmitir la finca inscrita a su nombre; pero el segundo comprador de buena fe, que inscribe en el Registro, debe ser mantenido en su adquisición, porque la causa de la falta de facultades del transmitente para venderla no constaba en el Registro.

Creemos que ésta es la verdadera interpretación del artículo 34; pero, si alguna duda hubiera, la aclara suficientemente la Exposición de Motivos de la Ley de 1944: «La presunción legitimadora sería insuficiente, dice, para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata, de buena fe, *apoyándose en el Registro*, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles... Los asientos registrales se presumen exactos e íntegros, y al tercero, a título oneroso, sólo le afectan las cargas y condiciones que consten en el Registro.»

Por otra parte, también el artículo 32 requiere una acertada interpretación para determinar si el tercero de ese artículo es el mismo del artículo 34. Los defensores de la tesis dualista se atienen al sentido literal del artículo 32, que no dice que se precise título oneroso, buena fe y adquirir el derecho del anterior titular registral. Pero si nos atenemos a la letra de ese artículo, habrá que estar a ella totalmente. No dice ese artículo que el tercero ha de haber inscrito su título. Por tanto, los títulos de dominio u otros derechos reales que no estén inscritos en el Registro no deben perjudicar a ningún tercero ni hipotecario, ni civil. Según esto, en el

caso del párrafo tercero del artículo 1.473 del Código civil el comprador que sea el primero en la posesión no puede ser preferido a los que sean segundos o posteriores en la posesión, porque de lo contrario, el título no inscrito perjudicaría a tercero. Los únicos títulos que podrían perjudicar a un tercero civil serían los inscritos, y, por tanto, no habría más derechos reales que los inscritos. Fácilmente se comprende que no puede ser ésa la interpretación acertada del artículo 32. Habrá que aceptar que el tercero del artículo 32 tiene que ser un tercero inscrito, como si el artículo 32 dijese: Los títulos de dominio y otros derechos reales, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero «inscrito». Pero si para la recta interpretación del artículo 32 hay que añadir al artículo alguna palabra, no es ésa la acertada, sino la de «hipotecario». Y así el artículo 32 debe interpretarse como si dijese: Los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero «hipotecario». El artículo 32 está dentro de la Ley Hipotecaria y debe referirse al tercero de la Ley. Por tercero hipotecario se entendió casi unánimemente antes de la reforma de 1944 el tercero que reunía los cuatro requisitos, de adquirir del titular registral, a título oneroso, de buena fe e inscribía su título. Por eso el legislador de 1944 no se creyó en necesidad de aclararlo más, porque ese tercero no podía ser otro que el tercero hipotecario, es decir, el que reuniese los cuatro requisitos aludidos. La propia Exposición de Motivos no deja lugar a dudas: «Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de *tercero*, han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la *fides publica*, no se entenderá por *tercero* el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente: es decir, *el causahabiente de un titular registral*, por vía onerosa» (91) (92).

(91) En el mismo sentido se expresa Cossío (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, pág. 130).

(92) Después de hecho este trabajo se han publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (págs. 363, 379 y sigs. de 1966) dos estudios, uno de VILLARES PICO y otro de MANUEL GÓMEZ Y GÓMEZ, defendiendo la opinión de TÍRSO CARRETERO. Es de observar que, a pesar de las numerosas referencias históricas que se hacen en ambos trabajos, no se alude en ninguno de ellos a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, tan clara y terminante en cuanto

LA OPINION QUE NOS ATRIBUYE ROCA RESPECTO A LOS DOS TERCEROS HIPOTECARIOS

En relación con esta materia, ROCA SASTRE nos atribuye la siguiente opinión: «HERMIDA entiende también que la inscripción ha venido a sustituir a la tradición, y en este sentido estima que el tercero del artículo 32 sólo necesita haber inscrito su título adquisitivo» (93). Es bien extraño cómo Roca ha podido atribuirnos esas opiniones, pues ni hemos entendido nunca que la inscripción haya venido a sustituir a la tradición, ni menos que el tercero del artículo 32 sólo necesite haber inscrito su título adquisitivo para gozar de la plena protección registral. No es que demos importancia a una cita equivocada, pero puntualizaremos cuál era y es nuestro pensamiento sobre estas materias para intentar una más acertada comprensión de nuestro Derecho positivo.

En la página que cita Roca nos limitábamos a impugnar la opinión de NÚÑEZ LAGOS, que había afirmado que en Derecho español no hay directamente adquisición *a non domino* por efecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y nuestros argumentos fueron recogidos y citados por el propio Roca en su última edición del Derecho Hipotecario (94). No aludíamos para nada en esa página a si la inscripción ha sustituido o no a la tradición, ni menos a si el tercero del artículo 32 sólo necesita la inscripción para la plena protección registral.

Respecto a si la inscripción sustituye o no a la tradición, hacíamos nuestra la opinión de RAMÓN DE LA RICA ARENAL, de quien copiábamos, entre otros, los siguientes párrafos: «El sistema de tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y el modo, es incompatible con el sistema de Registro público. Si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la

a los requisitos que ha de reunir el tercero hipotecario. Podrá disentirse de su doctrina, pero merece, sin duda, los honores de una impugnación. Para nosotros, mientras no se demuestre lo contrario, la Exposición de Motivos constituye la base de la recta interpretación de la Ley.

(93) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. 1965, pág. 787.

(94) *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 583.

tradición... La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora» (95).

Aún más terminante era nuestra opinión respecto al problema de si el tercero del artículo 32 sólo necesita haber inscrito su título adquisitivo para gozar de la plena protección registral, pues en el mismo trabajo citado por Roca, comentando la opinión de CASTÁN, decíamos: «Es evidente que la Ley Hipotecaria no intentó dar al traste con la tradición. Lo que intentó e hizo fue introducir un sistema nuevo, superponiéndole al antiguo y dándole una categoría superior. Carece totalmente de valor el argumento de que, conforme el artículo 315 de la Ley (anterior), el titular no inscrito, que ha obtenido la tradición, puede obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación del asiento. Efectivamente, hay casos en que se puede obtener esa declaración y consiguiente cancelación de algún asiento. En las inscripciones primeras o de inmatriculación, siempre, puesto que en ellas no juega el principio de publicidad (96), y en las segundas y posteriores cuando no entre en juego ese principio por ser una adquisición a título lucrativo o demostrarse la mala fe del adquirente. Sólo en estos casos puede obtenerse la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de un asiento en favor del titular no inscrito que obtuvo la tradición... No rige, por tanto, íntegramente la doctrina de la tradición, sino únicamente cuando no entra en juego el principio de publicidad (o fe pública registral), pues este principio tiene una categoría superior y preferente a aquélla» (97). Y en otro lugar del mismo trabajo añadíamos: «Las inscripciones primeras o de inmatriculación no pueden estar protegidas por el principio de publicidad. A su vez, los adquirentes a título lucrativo no gozan de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente.. Por otra parte, es necesaria la buena fe en el adquirente... Por consiguiente, se adquiere por el principio de publicidad

(95) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, págs. 726 y 727.

(96) En una nota decimos lo siguiente: «Llamamos principio de publicidad a lo que otros llaman principio de fe pública. Estimamos más conveniente la primera denominación, pues la expresión de fe pública tiene más adecuado uso y más general empleo en la función notarial» (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 652).

(97) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. 1951, págs. 655 y 656.

cuando se inscribe en el Registro, si la adquisición es, a título oneroso y de buena fe, del titular según el Registro» (98).

Y en otro trabajo publicado en la misma REVISTA decíamos: «En las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, una vez transcurridos los dos años desde la fecha de la inmatriculación, el Registro crea la realidad jurídica. El inmatriculante podrá no ser dueño, pero en esas inscripciones segundas y posteriores el derecho real surgirá *ex nihilo* por la sola fuerza creadora del Registro. Ni el título ni la tradición pueden crear *ex nihilo* un solo derecho real sobre inmuebles. Se limitan a cambiar de titular al derecho previamente existente en el transmitente y, si éste no era dueño, nada adquiere el adquirente. En las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, es indiferente que el titular anterior sea o no dueño, pues la sola fuerza del Registro crea el derecho real..... a eso se reduce en esencia toda la parte sustantiva de nuestro Derecho hipotecario: A efectos estáticos, el titular tiene a su favor una presunción *juris tantum* de pertenencia del derecho inscrito a su nombre; y a efectos dinámicos o del cambio de la situación jurídica del derecho real inscrito, una vez transcurridos los dos años de suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación, el Registro establece una presunción *juris et de jure* de exactitud a favor del adquirente a título oneroso y de buena fe que se acoge al sistema de Registro. Esta doctrina es de una claridad y sencillez admirables, y por eso resulta extraño que se haya entendido tan mal y se haya expuesto tan confusamente» (99).

LA OPINION DE TIRSO CARRETERO EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA FUNCION NOTARIAL

TIRSO CARRETERO, buscando en su último trabajo un fin muy plausible, como es el de dar mayor eficacia a la inscripción en el Registro, parte de una premisa extremadamente pesimista: «Nuestra doctrina—dice—pretende mantener un precepto inútil, el del

(98) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 729.

(99) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1953, págs. 30, 31 y 32.

artículo 32, en una Ley Hipotecaria inútil que permita postergar un título inscrito a otro en documento privado o verbal» (100). Y añade: «Inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material» (101). Buena prueba de ese pesimismo es el siguiente párrafo que nos hace el honor de dedicarnos: «Es uno de los autores—dice refiriéndose a nosotros—que más sustancia transmisiva dan a la inscripción; pero... la construcción de HERMIDA, en síntesis, es la de considerar constitutivas las inscripciones amparadas en el principio de publicidad y no constitutivas las no amparadas en él. Y como sólo están amparadas en el principio de publicidad las derivadas de una inscripción previa del transferente, de título oneroso y de buena fe, toda la tesis de HERMIDA se desvía del principio de inoponibilidad latino y de inscripción germánica, al principio de fe pública, y no tiene ninguna consecuencia práctica que no consiga la doctrina dominante con su tesis de la adquisición *a non domino* del tercero protegido por el artículo 34» (102). Nosotros no dijimos exactamente que sean constitutivas las inscripciones amparadas en el principio de publicidad o fe pública registral y no constitutivas las no amparadas en ese principio; sino que lo que decíamos era que hay dos categorías de formas de adquirir, la tradición y la inscripción en el Registro al amparo del principio de publicidad o fe pública registral, siendo la inscripción amparada en ese principio una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que cuando se enfrentan la tradición con la inscripción amparada en ese principio triunfa siempre ésta.

Dice TIRSO CARRETERO que nuestra tesis «no tiene ninguna consecuencia práctica que no consiga la doctrina dominante con su tesis de la adquisición *a non domino*, del tercero protegido por el artículo 34». Pero entre ambas tesis hay la diferencia de que nuestra teoría es una tesis acertada y la otra es una teoría errónea. En nuestro Derecho Hipotecario se dan las adquisiciones *a non domino*, pero la doctrina general no se puede construir sobre ellas.

(100) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 132.

(101) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 136.

(102) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965 pág. 109.

Salta a la vista que, cuando se adquiere una cosa gravada sin que el gravamen conste en el Registro, se adquiere del verdadero dueño; y cuando se adquiere un derecho sujeto a condición resolutoria, que no conste en el Registro, tampoco se adquiere *a non domino*, y no se puede aplicar a estos casos la teoría de la adquisición *a non domino*, ni forzando la argumentación. LACRUZ intenta completar la teoría de la adquisición *a non domino* diciendo que «cuando hablo de adquisiciones *a non domino* entiendo referirme igualmente, salvo cuando del sentido del texto se derive lo contrario, a las adquisiciones *a domino* de derechos anulables, resolubles, etc.» (103). Claramente reconoce que es aplicar la teoría de las adquisiciones *a non domino* a situaciones jurídicas que nada tienen de adquisiciones *a non domino*. Y la breve enumeración que hace es muy incompleta, por lo que ese «etcétera» comprende muchas situaciones jurídicas que ni son adquisiciones *a non domino*, ni derechos anulables ni resolubles. Y es que la tesis de la adquisición *a non domino* es la doctrina dominante, pero no la doctrina acertada sobre nuestro Derecho hipotecario. No hay duda de que puede darse el caso de que el que adquiera al amparo de la fe pública registral adquiera *a non domino*, pero la esencia del Registro de la Propiedad no es ésta, sino garantizar al adquirente de que pueda adquirir el derecho real de quien a todos los efectos legales se presume que es el verdadero dueño y en las condiciones jurídicas que constan en el propio Registro. Es decir, que en nuestro Derecho hay dos formas de adquirir la propiedad inmueble, que son la tradición y la inscripción en el Registro al amparo de la fe pública registral. En la primera se adquiere de un titular que no se sabe si es o no el verdadero propietario y en unas condiciones jurídicas que el adquirente ignora totalmente, puesto que le perjudican todas las causas de nulidad o resolución existentes en la adquisición del transmitente y todos los títulos de enajenación o gravamen otorgados por los anteriores titulares de la misma finca o derecho. Por el contrario, en las adquisiciones al amparo de la fe pública registral la presunción de que se adquiere del verdadero propietario no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del

transmitente que no consten en el Registro, es decir, que se adquiere en las circunstancias jurídicas que constan en el propio Registro. Y ésta es la esencia de nuestro Derecho hipotecario, que el que adquiere al amparo de la fe pública registral adquiere en las circunstancias jurídicas que constan en el Registro. Por eso son dos formas de adquirir distintas, y, al mismo tiempo, dos categorías de formas de adquirir, porque, si se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre ésta, sin excepción alguna.

Además, basar la doctrina general de nuestro Derecho hipotecario en las adquisiciones *a non domino*, como hace la generalidad de los comentaristas, tiene otros graves inconvenientes. En primer lugar, se parte del supuesto de que es fácil saber cuándo se adquiere *a non domino* y cuándo se adquiere *a vero domino*, y la realidad es que eso no se puede saber con seguridad nunca, y la seguridad de la adquisición del derecho real sólo la da la inscripción al amparo de la fe pública registral. El Registro de la Propiedad se creó y existe para tener la seguridad de adquirir del verdadero dueño y las adquisiciones *a non domino* no son más que una posibilidad accidental de que el titular registral no sea el verdadero dueño, y entonces la Ley asegura la adquisición como si el titular inscrito fuera el dueño verdadero. Pero el Registro no se creó para poder adquirir los derechos reales *a non domino*, sino para saber quien es el verdadero dueño y poder adquirir de él el derecho real con toda seguridad. Además, si el transmitente no es poseedor, aunque sea dueño, la adquisición del derecho real no se realiza hasta la inscripción en el Registro al amparo de la fe pública registral, por falta de tradición anterior (adquisiciones *a non possidente*). Y si el acto o contrato inscrito está sujeto a plazo o condición suspensivas, la adquisición del derecho real no se verifica hasta la inscripción al amparo de la fe pública registral. Por consiguiente, el fin del Registro es dar la seguridad al adquirente al amparo de la fe pública registral, de adquirir el derecho real, aunque el transmitente no sea dueño, o aunque no haya habido tradición, bien por no ser poseedor del transmitente, bien por estar el acto o contrato inscrito sujeto a plazo o condición suspensivos, y de adquirirlo en las condiciones jurídicas que consten en el Registro, no perjudicándole ni los derechos reales o cargas no ins-

ciitas (art. 13 de la Ley Hipotecaria), ni las causas de nulidad o resolución existentes en la adquisición del transmitente (art. 34 de la Ley Hipotecaria), que no consten en el Registro, ni las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, salvo el retracto legal, que no consten en el Registro (art. 37 de la Ley Hipotecaria). Centrar la parte sustantiva de nuestro Derecho hipotecario en las adquisiciones *a non domino* es incurrir, por tanto, en un error gravísimo. Esa doctrina podrá ser la acertada en Derecho francés o italiano, pero no en el español (104).

Ya sabemos que hay ilustres juristas que no admiten que mediante la inscripción pueda adquirirse el derecho real, ni siquiera en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, por entender que la adquisición se realiza por la tradición, que, según dichos autores, tiene que preceder necesariamente a la inscripción en el Registro; pero su gravísimo error se debe, en nuestra modesta opinión, a que olvidan que el artículo 608 del Código civil dice que «para determinar los títulos sujetos a inscripción y anotación y los efectos de las mismas se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»; y no dudamos de que, al fin, triunfará la recta interpretación de ese artículo, por lo demás tan claro y terminante.

Por otra parte, con la doctrina dominante de la adquisición *a non domino*, así como con la doctrina de las inscripciones constitutivas, que TIRSO CARRETERO nos atribuye, nuestra doctrina general sobre el Derecho hipotecario es bastante confusa, hasta el punto de que el propio TIRSO CARRETERO dice, con su reiterado pesimismo, que «estamos todos esperando saber cómo es nuestro sistema» (105); mientras que con la teoría de las dos categorías

(104) Además del gran error científico que supone el centrar la parte sustantiva de nuestro Derecho hipotecario en las adquisiciones *a non domino*, esa doctrina tiene otro grave inconveniente puesto de relieve por MANUEL GÓMEZ y GÓMEZ en reciente trabajo (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1966, págs. 391) de la siguiente forma: «Casi no hemos visto en la mecánica registral más que el resultado de la protección de los terceros frente a anteriores derechos legítimos, que quedarían abandonados e inermes, lo que indudablemente deja sentir cierto tuillo de fraude e inmoralidad, que puede predisponer a las almas nobles en contra de la institución». A esa idea responde el símil del *burladero*, que reiteradamente se ha aplicado al Registro de la Propiedad y que es lo más opuesto a la verdadera esencia del mismo, puesto que el fin del Registro no es burlar a nadie, sino evitar por medio de la publicidad que nadie se burle de otra persona, es decir, que el fin del Registro es evitar las burlas y los burladeros, que con tanta frecuencia se producen en régimen de clandestinidad.

(105) Lug. cit., pág. 110.

de formas de adquirir, la tradición y la inscripción al amparo de la fe pública registral, la doctrina general sobre nuestro Derecho hipotecario es tan sencilla y clara que la puede entender un estudiante de los primeros cursos de Bachillerato.

En nuestro Derecho rige, también, el principio de inoponibilidad, no en la forma que en el Derecho francés, pero sí en forma más racional que en aquél, por virtud del juego del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en las inscripciones segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe. De los cuatro requisitos que en nuestro Derecho se necesitan para gozar de la protección registral, uno es común a todos los sistemas de Registro público, que es la inscripción en el Registro. De los otros tres, el requisito verdaderamente importante es el de la previa inscripción a favor del transmitente. Pero ¿es que sería conveniente que gozasen de los beneficios del principio de inoponibilidad las inscripciones de inmatriculación? En principio, y por la misma esencia del dominio, la facultad de disposición sólo puede pertenecer al dueño de la cosa. El Derecho romano no admitió más forma de transmitir el dominio y los demás derechos reales que la voluntad del dueño o la prescripción. Como ha puesto de relieve NÚÑEZ LAGOS (106), se empiezan a admitir en la Edad Media las adquisiciones *a non domino* para favorecer las ferias y mercados dando seguridad a los compradores en las mismas. Es la misma razón de las adquisiciones *a non domine* en los sistemas de publicidad registral: garantizar al adquirente contra enajenaciones o gravámenes ocultos. Y para conseguir esa seguridad en el adquirente se priva al dueño anterior de su propiedad sin su consentimiento y sin indemnización. Es una expropiación forzosa sin indemnización. Esa expropiación sin indemnización sólo puede hacerse cuando lo requiera la seguridad del tráfico mobiliario o inmobiliario o en circunstancias muy calificadas. En los bienes muebles, esa expropiación forzosa sin indemnización se da siempre en circunstancias plenamente justificadas, como son las cosas compradas en venta pública, las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, y las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido (art. 464 del Código civil). Y en los bienes inmuebles, ¿qué menos se puede exi-

(106) *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, págs. 45 y 47.

gir que el derecho esté previamente inscrito a favor del transmitente, que haya pasado cierto tiempo desde la inscripción de inmatriculación y que el adquirente protegido contra el verdadero dueño haya obrado de buena fe? El requisito de la onerosidad es mucho menos importante. En el sistema latino no se ha podido exigir el requisito de la inscripción previa a favor del transmitente porque no había tracto sucesivo y no existía nunca la inscripción a favor del transmitente; pero, en cuanto el Derecho italiano ha establecido el Registro por fincas y el tracto sucesivo, ha privado a las inscripciones primeras de los efectos de la inoponibilidad, a juzgar por lo que dice el propio TIRSO CARRETERO (107). Es más, entendemos que sería mucho más lógico que se prescindiera de los requisitos de la inscripción a favor del transmitente y la buena fe en Derecho alemán que en los sistemas latinos, puesto que en el primero la inscripción constitutiva impide prácticamente que existan adquisiciones contradictorias, mientras que en los latinos las adquisiciones se hacen por simple contrato o por la tradición y las adquisiciones contradictorias pueden surgir constantemente. Por eso los referidos requisitos se empiezan a imponer en las naciones latinas.

Además, la protección que el Derecho francés concede al tercero mediante la inscripción es muy imperfecta. No la negamos eficacia. La tiene, y grande, puesto que priva de valor a los documentos no inscritos que estén en contradicción con el inscrito (108); e incluso su eficacia es excesiva, puesto que no hay la limitación de las inscripciones de inmatriculación, ni la suspensión de efectos durante dos años de las mismas, e incluso no se exigía ni siquiera la buena fe (109). Pero no concede una garantía completa, como el Derecho alemán o el español. En nuestro Derecho en las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, una vez transcurridos los dos años de suspensión de efectos de algunas inscripciones de inmatriculación, el adquirente tiene la seguridad de adquirir el derecho real y de adquirirle en las condiciones jurídicas que consten en el propio Registro. Ese

(107) Lug. cit., pág. 135.

(108) *El Sistema Registral Francés*, de MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1963, págs. 767 y sigs.

(109) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, lug. cit., pág. 771.

efecto, tan importante, no se produce en el Derecho francés (110) y tampoco se conoció en el Derecho antiguo.

TIRSO CARRETERO dice, citando a COLONI, lo siguiente: a) «No hay solución de continuidad entre las formas antiguas y las modernas de publicidad». b) «El fin de la publicidad es siempre el mismo: conseguir una titularidad, dentro de ciertos límites, cierta y notoria en cuanto a los derechos reales, a fin de tenerles enterados a los terceros que tengan interés en ello, garantizándolos de alteraciones ocultas en la consistencia de tales derechos» c) «Los efectos esenciales de la publicidad son casi idénticos después del transcurso de dos mil años.» No dudamos de la autoridad científica de COLONI, pero, a pesar de ello, nos permitimos disentir de su opinión. No hay duda de que el fin de la publicidad ha sido siempre garantizar a los terceros adquirentes de alteraciones ocultas en los derechos reales. Pero los efectos legales de esa publicidad han sido muy distintos los antiguos de los modernos. Hasta hace muy poco no se pensó que el mejor medio para garantizar a los terceros adquirentes contra alteraciones ocultas de los derechos reales era llevar un libro en que en cada hoja se llevase la historia de una finca (folio real), de tal forma que la adquisición del derecho real no se produjese hasta que se anotase en dicho libro y hoja (inscripción constitutiva), por lo que bastaría examinar esa hoja para saber de quién era la finca y el estado jurídico de la misma; pero, como había que admitir algunas transmisiones que se producirían sin la anotación en el referido libro, principalmente las hereditarias, se sentó otro precepto, que a efectos del adquirente no tenía valor alguno más que lo que apareciese del propio Registro (principio de fe pública). Esta es la solución a que se llegó en el Derecho alemán. En el español se llegó a una solución más espiritualizada. Se permitió que se siguieran adquiriendo todos los derechos reales, menos la hipoteca, como hasta entonces, es decir, por la tradición más o menos fingida; pero se estableció que, a efectos del adquirente, a título oneroso y de buena fe, que inscribe su título en el Registro, no hay más dueño del derecho real que el que consta en las inscripciones anteriores, y adquiere el derecho real en las circunstancias jurídicas que constan en el propio Regis-

(110) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *lug. cit.*, pág. 768.

tro. Estos efectos no se produjeron nunca en el Derecho antiguo, ni los conoce el Derecho francés (111) ni el portugués (112). Luego no es exacta la afirmación de COLONI de que «los efectos esenciales de la publicidad son casi idénticos después del transcurso de dos mil años».

Y no puede ser de otra forma en un sistema de Registro como el portugués, que admite la inscripción de los documentos privados, aunque sean legalizados por Notario (113). Para que el legislador pueda conceder a la inscripción los radicales efectos de la fe pública registral, es necesario que los documentos inscribibles estén autorizados por funcionario técnico que juzgue *de visu* y técnicamente la capacidad de los otorgantes y responda de su identidad. Sólo así puede darse a la inscripción tan importantes efectos como los del principio de fe pública registral. Claro está que si se admitiesen a inscripción los documentos privados entrarían en régimen de publicidad muchos documentos que hoy viven clandestinamente; pero tiene que ser, necesariamente, privando a la inscripción de su principal efecto y retrocediendo técnica y prácticamente a un sistema muy similar a la antigua Contaduría de Hipotecas.

Aún es peor, si cabe, el sistema francés, que, siendo ahora necesaria la escritura pública para los actos sujetos a inscripción (114), se priva al adquirente, por una defectuosa organización del Registro de la Propiedad, del principal efecto que la escritura pública debe producir, como es la adquisición del derecho real al amparo del radical efecto del principio de fe pública registral. Por ello estimamos que están íntimamente unidas la fe pública registral y la función notarial. No es que creamos que los efectos del principio de legitimación se puedan conceder a los documentos privados, pues no se debe conceder ese efecto a documentos que carecen de toda garantía de legalidad y autenticidad; pero el principio de legitimación es incomparablemente menos importante que el de fe pública registral, hasta el punto de que creemos que

(111) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *lug. cit.*, pág. 768.

(112) *El Registro de la Propiedad en Portugal*, de ANGEL DE LA FUENTE JUNCO, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 336. En forma no muy clara parece que admite alguna fe pública registral en pág. 338.

(113) ANGEL DE LA FUENTE, *lug. cit.*, pág. 35.

(114) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *lug. cit.*, pág. 746

la verdadera esencia del Registro de la Propiedad la constituye este último, y por eso estimamos que lo que une inseparablemente al Registro de la Propiedad con la función notarial es el principio de fe pública registral.

Respecto a la interpretación del artículo 1.280 del Código civil, nosotros dimos una interpretación algo parecida a la dada después por TIRSO CARRETERO (115); pero, a pesar de lo favorable que era para la escritura pública, no tuvimos éxito alguno, por lo que no le auguramos tampoco éxito en su interpretación. Eso no será obstáculo para que, tanto TIRSO CARRETERO, como nosotros, sigamos manteniendo nuestras respectivas opiniones sobre el artículo 1.280 del Código civil.

LAS OPINIONES DE ROAN, RAMOS FOLQUES, VILLARES AZPIAZU Y NART

Expondremos ahora las opiniones de algunos ilustres comentaristas, que tienen de común que son muy favorables para el Registro de la Propiedad.

Así, Roán dice lo siguiente: «Los autores, recordando solamente el artículo 609 del Código civil, se olvidan del artículo 1.473 del mismo Cuerpo legal. Pues bien, el artículo 1.473... dispone en su célebre párrafo segundo: Si fuese inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro. A la vista de este precepto puede darse el supuesto de que no pueda verificarse la tradición, ni siquiera la instrumental, y que, a pesar de todo, el titular inscrito sea dueño. Luego es que la inscripción suple a la tradición. Se nos pueden hacer principalmente dos objeciones: a) Que esa función de la inscripción es sólo en cuanto a terceros, y b) Que ese resultado se obtiene a través de la presunción posesoria del artículo 38. A la primera cabe replicar que la falta o no de la tradición no está amparada por el Registro; es la carencia de un requisito del acto translativo en que el tercero mismo interviene, que no puede ser suplido por la *fides publica*. Esta funciona a expensas *nemo dat quod non habet*, fija los pre-

(115) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1953, págs. 629 y sigs.

supuestos del acto transmisivo, no garantiza la propia consistencia del mismo. La falta de tradición no puede ser suplida por la *fiâes publica*. En cuanto a la segunda, su admisión, siendo sinceros en el razonamiento, nos llevará a convertir, cuando se trata de un tercero, la presunción posesoria en irrefutable (*juris et de jure*), conclusión contraria a toda técnica y a la indudable realidad social. Por tanto, rechazadas todas estas posiciones, no cabe otra opción que considerar sustituida la tradición por la inscripción» (116).

Como hemos dicho repetidas veces, el artículo 608 del Código civil establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta determina en sus artículos 1.º y 2.º que son inscribibles los títulos, actos y contratos relativos a los derechos reales sobre inmuebles. Por consiguiente, son inscribibles los títulos relativos a los derechos reales sobre inmuebles sin necesidad de tradición. El mismo artículo 608 del Código establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, todo titular registral, por el solo hecho de serlo, tiene a su favor la presunción, que admite prueba en contrario, de que es el dueño del derecho real inscrito a su nombre. Y si la inscripción es segunda o posterior, a título oneroso y de buena fe, esa presunción de que el titular registral es el dueño del derecho inscrito a su nombre no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos ni por causas de resolución o nulidad en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Y esos efectos se producen sin necesidad de que el titular registral haya obtenido la tradición. Toda la doctrina anterior se deduce claramente de los artículos 608 del Código civil y 1.º, 2.º, 38, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. El artículo 1.473 del Código civil es una simple aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria al caso de la doble venta de una misma cosa a dos compradores distintos. El perjuicio que un título anterior causa civilmente a otro posterior es impedirle adquirir el derecho real, si son totalmente incompatibles, o tener que adquirirlo con una carga, cuando los dos títulos no son totalmente incompatibles. Si el dueño de una finca, por ejemplo, inscrita o no

(116) *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 737.

inscrita, constituye sobre ella un censo o un usufructo y después la vende, el comprador tiene que soportar ese censo o ese usufructo. Si ese mismo dueño la vende con tradición primero a una persona y después a otra, el segundo comprador nada adquiere, porque tiene preferencia la venta anterior. Pero, si la finca estaba inscrita a nombre del vendedor y el adquirente del censo o usufructo no inscribe su título en el Registro, ese título no perjudica a un comprador posterior de buena fe, que inscribe su título en el Registro y, por tanto, adquiere la finca libre del censo o usufructo. Si ese mismo titular registral vende la finca con tradición a una persona que no inscribe, y luego el mismo vendedor la vende a otra persona de buena fe, que inscribe en el Registro, a ésta no la perjudica la primera venta, y adquiere la finca como si la primera venta no existiese. Esta doctrina se deduce claramente del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y la parte relativa a la doble venta es lo mismo que establece el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código. Y, naturalmente, esos efectos se producen sin necesidad de tradición, porque el artículo 608 del Código establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción y sus efectos se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y ésta no exige la tradición, ni para inscribir, ni para que la inscripción surta todos sus efectos. Lo interiormente expuesto no es contrario a la doctrina de RoÁN, salvo que, a nuestro modesto entender, usa una expresión poco apropiada, puesto que dice que la inscripción suple a la tradición, cuando lo apropiado será decir, como hemos visto, que la inscripción no necesita la tradición, ni para practicarse, ni para surtir todos sus efectos.

RAMOS FOLQUÉS, en su conferencia del Centro de Estudios Hipotecarios del año 1951, expuso así su doctrina: Hay dos modos, dice, de adquirir la propiedad: imperfecto o *inter partes* y perfecto o *erga omnes*, siendo el primero la tradición y el segundo la inscripción en el Registro. La tradición ha perdido el carácter publicitario, de efecto *erga omnes*, que tuvo antiguamente, siendo la Ley Hipotecaria la que mantiene la eficacia del goce y disposición sobre la cosa, en lo que consiste el derecho de propiedad. Por encima de la tradición existe otro modo que, conviviendo con ella, la absorbe y anula en los casos de concurrencia de una y otro y por ello el derecho no es eficaz hasta el momento de la inscripción,

que es el modo decisivo de adquirir. Reputa que el modo de adquirir es aquel requisito al que la Ley confiere virtud bastante para que se tenga por traspasada la propiedad respecto de todos, ya consista en un hecho jurídico, en un acto, en un negocio, una solemnidad o una formalidad. Por eso entiende que la teoría del título y el modo virtualmente subsiste, en el sentido de que los negocios de trascendencia real, en el amplio sentido de la palabra, adquieren su eficacia *erga omnes* por la inscripción registral. No otra, continúa, es la declaración de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley en aquel pasaje en que se parangonan las adquisiciones con tradición, sin ella y con inscripción. Esa Exposición, en el último apartado, apunta con toda precisión la existencia de dos categorías del modo de adquirir: una para los terceros, esto es, para la convivencia jurídica, revestida de eficacia *erga omnes*: este modo es la inscripción. Según la terminología del legislador de la época, a partir del momento de la inscripción la propiedad se reputa traspasada *erga omnes*; antes, no. Es decir, que mientras no haya inscripción, la propiedad de las cosas sólo se entenderá traspasada respecto de las partes. Dicho párrafo adolece de una imprecisión técnica, puesto que admite la existencia de dos dueños totales de una misma cosa a virtud de diferentes modos, lo que no puede darse jurídicamente por la impenetrabilidad del concepto; pero precisamente esa imperfección léxico-jurídica es lo que pone más de relieve que el supuesto a que alude no es de dobles propietarios, sino de *doble modo de adquirir* en cuanto a sus efectos, declarando sustancialmente que la tradición es un modo *inter partes*, y la inscripción o inmatriculación el modo *erga omnes*. Ese tercer párrafo de la Exposición de Motivos, en su última parte, es el precedente legislativo del artículo 1.473 del Código civil (117).

Por su indudable interés científico hemos hecho un amplio extracto de la doctrina de RAMOS. Anteriormente había expuesto VILLARES PICO ideas parecidas a las de RAMOS (118).

A nuestro modesto entender, la doctrina de RAMOS tiene dos defectos: Primero, que no distingue entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella. No hay duda

(117) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, págs. 225 y sigs.

(118) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 289 y sigs.

de que las amparadas en la fe pública registral vencen siempre a las adquisiciones hechas por tradición, sin excepción alguna, como se deduce de los artículos 608 del Código y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Pero las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, como son las de inmatriculación, pueden ser vencidas, aunque otra cosa opine RAMOS, por la adquisición hecha por tradición sin necesidad de inscripción en el Registro, puesto que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no juegan a favor suyo y el artículo 38 de la misma sólo establece una presunción que admite prueba en contrario. Segundo, que entiende que en nuestro Derecho vigente no se adquiere el derecho real por tradición nada más que *inter partes*, lo cual no puede admitirse, puesto que aun la propiedad inscrita se puede transmitir por tradición con eficacia *erga omnes*, si bien esta eficacia *erga omnes* sólo se produce mientras no se ponga en contradicción con alguna inscripción amparada en la fe pública registral. En Derecho romano, el efecto *erga omnes* del derecho real era absoluto, es decir, respecto a todos absolutamente. En nuestro Derecho vigente, el derecho real adquirido por tradición sólo produce efectos *erga omnes* en tanto en cuanto no se ponga en contradicción con alguna inscripción amparada en la fe pública registral, que pueden ser innumerables. Piénsese, por ejemplo, en un moderno edificio con cientos de viviendas, en que en pocos meses pueda haber cientos y hasta miles de adquirentes amparados en la fe pública registral, aunque es suficiente con uno solo que se oponga al derecho real adquirido por tradición. Por eso dice VILLARES, muy acertadamente, que el verdadero efecto *erga omnes* sólo se produce por la inscripción en el Registro.

AZPIAZU dice, citando a RAMÓN DE LA RICA, que «con relación a la propiedad inscrita, basta y sobra el título y la inscripción para que la transmisión sea perfecta y produzca efectos para todos» (119). Por nuestra parte, entendemos que, conforme al artículo 38 de la Ley, toda inscripción produce a favor de su titular la presunción *juris tantum* de que le pertenece el derecho inscrito a su nombre. Pero la aplicación de la fe pública registral (arts. 32 y 34 de la Ley principalmente) requiere, además de las inscripcio-

(119) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, págs. 204 y 205.

nes a favor del transmitente y adquirente que el título sea oneroso y la buena fe del adquirente. Entendemos, por ejemplo, que una donación hecha por el titular registral o inscrita en el Registro no puede prevalecer sobre una venta anterior con tradición hecha por el mismo titular y no inscrita en el Registro. Lo que quisieron decir, sin duda, tanto uno como otro, es que en las inscripciones segundas y posteriores no se necesita la tradición para la adquisición del derecho real, en la cual están muy acertados; pero omitieron dos requisitos necesarios para que entre en juego la fe pública registral.

NART mantiene una doctrina bastante parecida a la de RoÁN, y así, dice lo siguiente: «Si el vendedor no tiene la posesión de la cosa, como no puede entregarla, la escritura aparentará una tradición que era imposible, y será ineficaz para causar la transferencia: será un mero «título» para adquirir, pero no el «modo», porque en el negocio no ha funcionado, ni una posesión real, ni una presunción legal de ella. Ahora bien: desde la reforma 1944-46, que inventó el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, el titular registral del dominio de una finca tiene la presunción de que posee «a todos los efectos legales», con el carácter *juris tantum*, que para el comprador de buena fe se convierte en *juris et de jure* desde que inscribe, por lo que «será mantenido en su adquisición» (artículo 34 de la Ley Hipotecaria). Es la inscripción de su título, y no el otorgamiento de la escritura, lo que funciona como tradición; y se trata, pues, de una tradición registral: no ficticia, aparente ni equivalente, sino real y efectiva por obra del Registro» (120). Por nuestra parte, entendemos que no hay precepto en que fundarse para sostener que la inscripción es una forma de tradición. El artículo 38 de la Ley establece la presunción de que el titular registral es el verdadero dueño, y, por tanto, de que ha adquirido el derecho real, pero esto no es dar a la inscripción carácter de tradición. Además, como hemos visto, la inscripción no necesita de la tradición para producir plenos efectos, como se deduce de los artículos 608 y 1.473 del Código civil y 1.º, 2.º 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, según hemos explicado anteriormente.

(120) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1954, pág. 500.

LOS EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES DE INMATRICULACION

Hemos llegado a la conclusión de que las inscripciones de inmatriculación no producen los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Qué efectos producen entonces? Exclusivamente los de los artículos 38 y 35 de la Ley Hipotecaria, es decir, producen una presunción *juris tantum* a favor del titular registral de que el derecho inscrito a su nombre le pertenece y las facilidades para la prescripción que señala el artículo 35 de la misma Ley (121). Pero la presunción de que el derecho inscrito pertenece a su titular admite prueba en contrario, por lo que el verdadero dueño, que no ha inscrito su derecho, puede y debe triunfar en juicio contra el titular inscrito, si aporta pruebas suficientes de que él es el dueño y no el titular inscrito, en tanto la prescripción no haya venido a consolidar la supuesta adquisición de éste. Y el litigio que se suscite entre el titular registral y el supuesto dueño no inscrito deberá decidirse por las normas del Derecho civil, excepto la presunción del artículo 38 de la Ley, que el litigante contrario tiene que destruir, y el artículo 35 de la misma ley relativa a la prescripción. Por consiguiente, el litigante no inscrito tiene que demostrar: 1.º Que adquirió del verdadero dueño. 2.º Que el título de adquisición era suficiente para adquirir el derecho real. 3.º Que obtuvo la tradición. 4.º Si se trata de una doble venta, que él tiene preferencia con arreglo al artículo 1.473 del Código civil y que había obrado de buena fe. Y tendrá que demostrar, además, que al litigante inscrito le falta alguno de esos requisitos, sin los cuales el derecho no le pertenece. Claro está que todo esto puede suplirlo demostrando que el derecho real había prescrito a su favor. El que ha inmatriculado una finca en el Registro, se presume que le pertenece, y, por tanto, se presume que

(121) En el texto nos referimos a los efectos sustantivos de la inscripción, puesto que parece evidente que las inscripciones de inmatriculación producen todos los efectos adjetivos y, entre otros, los del artículo 41 de la Ley. Como dicen ROCA y CABELLO DE LA SOTA, la suspensión de efectos de algunas inscripciones de inmatriculación (art. 207 de la Ley) se refiere a un adquirente posterior, a título oneroso y de buena fe, que inscribe en el Registro, el cual no goza de los beneficios de la fe pública registral hasta los dos años de la fecha de la inmatriculación (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, páginas 591 y sigs.).

adquirió del verdadero propietario, que el título era suficiente para la adquisición, que había obtenido la tradición y que obró de buena fe, pero estas presunciones se pueden desvirtuar mediante prueba en contrario. El que inmatriculó a su favor una finca debe ser vencido en juicio, si no adquirió del verdadero propietario, o si el título no era suficiente para la adquisición, o si no había obtenido la tradición, o si había obrado de mala fe, siempre que el otro litigante demuestre que en él concurren los cuatro expresados requisitos, o bien demostrando que el derecho real ha prescrito a su favor. Si el litigante no inscrito no demuestra todo esto, no ha podido destruir la presunción del artículo 38 de la Ley a favor del titular registral y debe ser vencido en juicio. En resumen, el litigante no inscrito tiene que destruir la presunción del artículo 38 de la Ley mediante la prueba de que él es el verdadero propietario, y, en tanto no lo demuestre, no hay más dueño que el titular inscrito. La inscripción de inmatriculación no suple, por tanto, ninguno de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho real, pero se presume que se han cumplido en tanto no se demuestre lo contrario. Claro está que en la inmensa mayoría de los casos ocurrirá que el que inmatricula una finca es, además, el verdadero propietario; pero siempre queda a salvo que se pueda demostrar lo contrario.

EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES AMPARADAS EN LA FE PUBLICA REGISTRAL. DOS CATEGORIAS DE FORMAS DE ADQUIRIR

Empecemos por sentar una afirmación por todos conocida y que no discute nadie, y es que la inscripción no convalida la nulidad intrínseca del propio título del adquirente. Si en el título ha habido violencia, intimidación o dolo, por ejemplo, el título es nulo. y después de la inscripción sigue siendo tan nulo como antes. La Ley entiende, con muy buen acuerdo, que el adquirente debe poner en la adquisición toda la diligencia necesaria para que no haya causas de nulidad en el acto de adquisición en que ha intervenido como parte, por lo que, si las hubiese, la inscripción no debe convalidarlas.

Pero por ninguna otra causa puede ser anulada o perjudicada la adquisición del que inscribe al amparo del principio de la fe pública registral. Respecto a él, tienen plena vigencia los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria. Si en la adquisición, real o aparente, del transmitente inscrito había habido una causa de nulidad o resolución que no conste en el Registro, esa nulidad o resolución no puede perjudicarlo. Para él es como si no existiesen esas causas de nulidad o resolución. El transmitente inscrito tenía a su favor la presunción de que era dueño en virtud del artículo 38, y esa presunción no se puede destruir en perjuicio del subadquirente inscrito nada más que por causas de nulidad o resolución que consten en el propio Registro. Y si esas causas de nulidad o resolución no constan en el Registro, no se puede discutir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34, que el subadquirente, a título oneroso y de buena fe, inscrito en el Registro, ha adquirido del verdadero propietario.

Claro está que el titular registral ha podido hacer más de una transmisión o gravamen, pero al adquirente amparado en la fe pública registral no le perjudican nada más que los actos o contratos de enajenación o gravamen que estén previamente inscritos en el Registro. Los no inscritos es como si no existiesen a efectos del adquirente amparado en la fe pública registral. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria no deja lugar a dudas. Y es indiferente que el titular haya obtenido, o no, la tradición. El título no inscrito, con tradición o sin ella, no puede perjudicar al título inscrito al amparo de la fe pública registral. Y es, también, indiferente que el titular inscrito haya obtenido, o no, la tradición, puesto que el artículo 608 del Código civil establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y el artículo 32 de ésta no admite excepciones. Si admitiésemos que el título no inscrito con tradición puede perjudicar a un título sin tradición inscrito al amparo de la fe pública registral, admitiríamos que el título no inscrito puede perjudicar al inscrito al amparo de la fe pública registral, lo cual es totalmente opuesto a lo dispuesto por los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Hay quienes pretenden que el artículo 32 sirve para eliminar todos los títulos no inscritos, aun cuando la inscripción sea de inmatriculación, lo cual es un grave error, como hemos visto;

pero, cuando la inscripción es segunda o posterior, a título oneroso y de buena fe, una vez transcurrido el plazo de suspensión de efectos de algunas inscripciones, la inscripción elimina sin excepción todos los títulos no inscritos, sin tener para nada en cuenta que haya habido o no tradición en alguno de ellos. Eso es lo que dicen los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, y para cambiar esta doctrina habría que derogar primero esos dos artículos, cuyos preceptos son tan claros y terminantes.

Y no se alegue en contra que la Ley Hipotecaria no dice, ni en los artículos 32 y 34, ni en ningún otro, que por la inscripción se adquiere el derecho real; porque, aparte de que lo diga el artículo 1.473 del Código, el artículo 38 de la Ley establece la presunción de que los derechos reales inscritos pertenecen a su titular, y esta presunción juega, también, a favor de las inscripciones amparadas en la fe pública registral, y esa presunción a favor de estas últimas no se puede destruir ni en virtud de títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. De modo que la Ley Hipotecaria no dice expresamente que mediante la inscripción se adquiere el dominio o el derecho real, pero establece la presunción de que se ha adquirido, presunción que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral no se puede destruir ni en virtud de títulos no inscritos ni en virtud de causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Esos efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral son los efectos *erga omnes* propios de la adquisición del derecho real, pero incomparablemente más eficaces que en la adquisición del derecho real por tradición, de tal forma que si se enfrentan una adquisición del derecho real hecha por tradición con una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna. Y no es posible que un derecho real que no existe produzca unos efectos *erga omnes* tan eficaces que dejen sin efecto la adquisición del derecho real hecha por tradición. Hay que admitir, por consiguiente, que las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real cuando no se hubiese producido esa misma adquisición por la tradición anterior. Una aplicación de esta doctrina es el artículo 1.473 del Código civil,

que establece que, si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro; y, cuando no haya inscripción, la propiedad pertenecerá a quien sea primero en la posesión o tradición; de modo que, si ha habido inscripción en el Registro amparada en la fe pública registral y la tradición en contradicción con ella, vence la inscripción en el Registro.

Por lo demás, entendemos que el legislador hizo muy bien en no decir que mediante la inscripción se adquiere el derecho real, puesto que si lo dijese, habría que entender que, también, mediante la inscripción de inmatriculación se adquiría el derecho real, lo cual sería dar a las inscripciones de inmatriculación más valor del que realmente deben tener, salvo que se sustituya la tradición por la inscripción en el Registro, como defiende MARÍN PÉREZ (122). En la legislación vigente, y en virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, el que ha inmatriculado una finca tiene a su favor la presunción de que le pertenece, es decir, que tiene el dominio sobre ella, pero cabe la prueba en contrario sin limitación alguna. Por lo contrario, el que ha inscrito al amparo de la fe pública registral, tiene a su favor esa misma presunción de que el derecho inscrito a su nombre le pertenece; pero esa presunción no se puede destruir ni en virtud de títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Claro está que esa presunción puede destruirse por actos del propio titular registral, pues, si, por ejemplo, ha vendido la finca, es evidente que ya no es suya. Pero estos actos del titular registral, si no están inscritos, no perjudican a otro adquirente que inscriba su título. Al que adquiere al amparo de la fe pública registral le basta y le sobra con la presunción del artículo 38 de la Ley, unida a los preceptos de los artículos 32 y 34 de la misma, sin necesidad de que la Ley diga que el derecho real se adquiere por la inscripción.

Puede darse el caso, aunque no es frecuente, que al practicar una inscripción amparada en la fe pública registral, hubiese títulos inscritos bajo otro número, por existir doble inmatriculación. En este caso, los títulos inscritos bajo otro número con anterior-

(122) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1948, págs. 688 y sigs.

ridad le perjudican por tratarse de títulos previamente inscritos en el Registro.

No se pueden englobar, por tanto, en una misma doctrina todas las inscripciones, como se hace generalmente al estudiar la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, puesto que no tienen el mismo trato legal las inscripciones de inmatriculación que las amparadas en la fe pública registral. Las inscripciones amparadas en la fe pública registral son un medio, forma o manera de adquirir, porque los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el 1.473 del Código civil se producen aunque no haya habido tradición y aunque el transmitente no fuese dueño en el momento de la inscripción. En las inscripciones de inmatriculación no se producen esos efectos, por lo que no son medio, forma o manera de adquirir y sólo producen el efecto del artículo 38 de la Ley.

Por consiguiente, la inscripción al amparo de la fe pública registral es un medio, forma o manera de adquirir, no sólo en las adquisiciones *non domino*, sino también cuando la tradición no haya existido anteriormente. Es, además, una forma de adquirir de naturaleza distinta a la de la tradición, puesto que en ésta, en el supuesto de que se adquiriera el derecho real, se hace conforme a la situación jurídica existente en el momento de la tradición, mientras que con la inscripción amparada en la fe pública registral la adquisición se hace en las condiciones jurídicas que consten en el Registro, cualquiera que sea la realidad jurídica existente en ese momento. Son, por tanto, la tradición y la inscripción amparadas en la fe pública registral dos formas o maneras distintas de adquirir el derecho real, con medios y con efectos completamente distintos. Con otra particularidad muy importante, y es que, aunque se haya adquirido el derecho real por la tradición, si después se practica la inscripción del mismo título que sirvió para adquirir por tradición, al amparo de la fe pública registral, los efectos de la adquisición, no son los de la tradición, sino los de la inscripción amparada en la fe pública registral, que son incomparablemente más ventajosos para el adquirente que los de la tradición.

Y llegamos a nuestra conclusión última (123). La tradición y la

(123) Conclusión a que habíamos llegado en otra ocasión, como puede verse en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 650

inscripción al amparo de la fe pública registral son, no sólo formas o maneras distintas de adquirir, con efectos también distintos, sino que son dos categorías de formas o maneras de adquirir, porque, si se enfrentan la tradición y una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna. La fe pública registral tiene una importante excepción en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria en relación con la prescripción; pero la superior categoría de la inscripción amparada en la fe pública registral sobre la tradición no tiene excepción alguna. Absolutamente siempre que se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa esta última. Por eso la inscripción amparada en la fe pública registral es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición.

SINTESIS DEL DERECHO INMOBILIARIO ESPAÑOL

Se han intentado dos síntesis de nuestro Derecho hipotecario. Una por RAMÓN DE LA RICA ARENAL y otra por MORELL y TERRY.

Una síntesis de una rama del Derecho no puede ser una recopilación de ese Derecho. Basta con expresar su nota más característica. Así, al Derecho inmobiliario alemán se le suele calificar como Derecho de inscripción constitutiva, porque es lo más característico del mismo, a pesar de que hay en él también algunas inscripciones declarativas. Al Derecho hipotecario francés se le suele llamar sistema de transcripción, sin duda por ser ésta su característica más acusada.

RAMÓN DE LA RICA sintetiza nuestro Derecho inmobiliario diciendo que hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita; la primera se transmite por la inscripción y se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria, y la segunda se transmite por tradición y se rige por el Código civil. MORELL opina, aunque en forma algo confusa, que hay dos categorías de forma de adquirir, la inscripción y la tradición, sin distinguir entre las inscripciones amparadas o no en la fe pública registral (124).

Estas dos síntesis no son contrarias entre si, sino que, por lo contrario, se completan mutuamente; por lo que, con alguna modificación en las mismas, podríamos sintetizar el Derecho inmobiliario español de la siguiente forma. En Derecho español hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria, y la segunda exclusivamente por el Código civil (síntesis de RAMÓN DE LA RICA). La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción (síntesis reformada de MORELL).

Creemos, por consiguiente, que ésta es la verdadera síntesis del Derecho inmobiliario español.

Una última observación: Es muy frecuente en los comentaristas pedir la reforma de nuestra legislación hipotecaria. Por nuestra parte, entendemos que, antes de pedir su reforma, es necesario interpretarla acertadamente, pues no se puede pedir la reforma de una legislación que no se acierta a interpretar; y para ello, lo primero es atenerse a lo que claramente dispone el artículo 608 del Código civil, y de esa forma, nuestra legislación hipotecaria necesita muy pocas reformas, y ninguna sustancial, salvo que, como defiende MARÍN PÉREZ, se sustituya la tradición por la inscripción en el Registro, lo que estamos muy lejos aún de poderlo conseguir, por lo que, como dice CABELLO DE LA SOTA, debemos intentar sólo lo posible e ir adelantando poco a poco, si diere resultado (125).

MARIANO HERMIDA LINARES,
Registrador de la Propiedad.

(125) *Anales de la Universidad de Murcia*, volumen XIX, págs 251 y sigs.



Estudio crítico del artículo 1.110 del Código civil (*)

SUMARIO: I. Precedentes históricos. 1) Derecho Romano. 2) Las Partidas. 3) Precedentes inmediatos.—II. Análisis del precepto desde el punto de vista sistemático.—III. Fundamento del precepto. 1) Armonización del artículo 1.110 con las normas relativas a la imputación de pagos. a) ¿Dónde y cómo ha de hacerse la reserva? b) La cuestión del pago parcial. c) ¿Cómo ha de entenderse la expresión «último plazo»? 2) ¿Cuál es la razón concreta que sirve de fundamento al precepto?—IV. Eficacia.

El artículo 1.110 del Código civil dice que «el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos. El recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciere reservas, extinguirá la obligación en cuanto a los plazos anteriores». La disposición, dado el sentido literal del artículo, produce en el lector una extraña sensación de asombro, pues, como decía MUCIUS SCAEVOLA, no parece justo que sin razón ninguna se decida un derecho de fondo por una cuestión de forma (1). Sin embargo, a primera vista, esa parece ser la significación del referido artículo.

Tratando de encontrar el sentido íntimo del precepto, es necesario dar una solución, una respuesta, a un serie de cuestiones, de interrogantes, que la interpretación del mismo plantea. En efecto, ¿cuál es la razón que justifica la disposición? ¿Se trata efectivamente de una disposición injusta? ¿Será posible darle una inter-

(*) Este trabajo, así como otros del mismo autor, se ha realizado con la ayuda de una beca de investigación de la Comisaría de Protección Escolar.

(1) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*. Tomo XIX. Madrid, 1902, pág. 589.

pretación armónica y coherente, de modo que la primera sensación de asombro se trueque por otra que exprese comprensión y justificación? Este estudio trata de dar una respuesta a tales interrogantes. Para conseguir tal finalidad, se realizará, en primer lugar, un análisis de los precedentes históricos del precepto, para estudiar después la interpretación que del mismo hacen la doctrina y jurisprudencia.

I

PRECEDENTES HISTORICOS

Como el precepto tiene dos partes perfectamente diferenciadas, la primera relativa al recibo del capital sin reserva alguna de los intereses y la segunda referente al recibo del último plazo sin reserva de los anteriores, es preciso tratar de encontrar los precedentes de ambas. Sin embargo, la investigación en este punto no resulta excesivamente fructífera, en especial en lo que al apartado segundo del artículo se refiere. Puede decirse que si del apartado primero es posible encontrar al menos precedentes próximos, del segundo ni siquiera éstos son abundantes. En efecto, el precedente próximo y común de ambas partes del precepto se encuentra en el artículo 1.127 del anteproyecto del Código civil, teniendo este último artículo una redacción idéntica a la del 1.110 del Código (2). Sin embargo, en el Proyecto de 1851 se pierde ya la pista del apartado segundo del artículo 1.110 del Código (3); por consiguiente, tal apartado parece ser creación del legislador del 89. No sucede así con el apartado primero, ya que de él se encuentran antecedentes en el artículo 6.º de la Ley de 14 de marzo de 1856, ley que inauguró en nuestra patria el sistema de amplia libertad en cuanto al tipo de interés en el préstamo, y también en el artículo 1.653 del Proyecto de 1851. Además, de este apartado pri-

(2) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El anteproyecto del Código civil español* (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Sección IV. Fuentes y Bibliografía. Volumen I. Madrid, 1965, pág. 349.

(3) Algún autor ha querido ver un precedente en part. 5, 14, 10; pero lo cierto es que, como observa MUCIUS SCAEVOLE, tal Ley se refiere a la imputación de pagos (*op. y loc. citados*, pág. 586).

mero parecen encontrarse ciertas huellas en algunos textos romanos y también en las Partidas.

1) *Derecho Romano.*

Suelen citarse como precedentes romanos del artículo 1.110, apartado 1.º del Código civil, los textos siguientes: D. 19, 1, 49, 1, 46, 3, 43 y 46, 3, 5, 2 (4). No puede negarse que en los textos indicados se encuentran enunciados algunos criterios que parecen constituir los antecedentes más remotos del precepto contenido en el artículo 1.110, 1.º, de nuestro Código; por ello, conviene examinarlos detenidamente.

El primero de los textos citados, D. 19, 1, 49, 1, referente al pago del precio en la compraventa después de haberse incurrido en mora, dispone lo siguiente: «*Pretii sorte, licet post moram, soluta usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur.*» Por consiguiente, lo que se dice es que los intereses que se deben por haber incurrido en mora en el pago del precio no pueden reclamarse cuando se ha pagado el importe de éste después de la mora. La disposición se justifica en virtud de que tales intereses no se hallan en la obligación, sino que se pagan por ministerio del juez.

En D. 46, 3, 43 se recoge una disposición del libro II de las Reglas de Ulpiano. Se dice que en todas las especies de liberaciones se liberan también las acciones, si bien entre las acciones no se mencionan los intereses, ya que se habla sólo de «*adpromissores, hypothecae, pignora*». Cabe plantear la cuestión de si en el espíritu del texto, y dentro del concepto de acciones, hay que estimar comprendidos también los intereses; sin embargo, parece más apropiado considerar que no, pues, a pesar de que empieza diciendo que «*in omnibus speciebus liberationum etiam acciones liberantur...*», sin embargo, por lo que se afirma a continuación, debe estimarse que el concepto de acciones se circunscribe a las garantías dadas en cumplimiento del crédito.

(4) Cfr. GARCÍA GOYENA, que cita los textos referidos como precedentes del artículo 1.653 del Proyecto de 1851 (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* Madrid, 1852, t. IV, pág. 80).

En D. 46, 3, 5, 2 se afirma que en un rescripto del emperador Antonio se resolvió que si se pagaban intereses que no se habían estipulado se debían aplicar al capital. Pero luego se añade en el mismo rescripto: «quod generaliter constitutum est, prius in usuras numum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur...» Por consiguiente, lo pagado se aplica primero a los intereses que el deudor se obligó a pagar, pero si no se habían pactado intereses se imputa al capital.

Recapitulando lo anterior, pueden hacerse las siguientes afirmaciones: 1.ª) La disposición relativa al pago del precio en la compraventa, después de haberse incurrido en mora, establece que en tal caso no pueden reclamarse los intereses. Es evidente que se refiere sólo a los intereses derivados de la mora en el precio de la compraventa, no a los pactados; por consiguiente, el valor de esta disposición como antecedente del apartado 1.º del artículo 1.110 del Código es muy escaso. 2.ª) Menor valor tiene todavía la disposición contenida en D. 46, 3, 43, donde se afirma que en todas las especies de liberaciones se liberan también las acciones, entendiéndose por acciones, según parece, sólo a las garantías. En consecuencia, parece tratarse de una cuestión totalmente distinta de la que aquí se estudia. 3.ª) En D. 46, 5, 5, 2 se contiene una regla sobre imputación: lo pagado se aplica, en primer lugar, a los intereses, salvo que no se hubieran pactado, pues en tal caso se aplica o imputa al capital.

En conclusión, puede decirse que no se encuentran unos precedentes directos del apartado 1.º del artículo 1.110 en el Derecho Romano; sin embargo, cabe sugerir la hipótesis de que de la unión de la regla relativa a la imputación de lo pagado a los intereses pactados con aquella otra referente a los intereses de la mora en la compraventa, a la cual se la extrae de su marco estricto y concreto y se le da un alcance general, haya surgido el precepto contenido en el repetido apartado 1.º del artículo 1.110.

2) *Las Partidas.*

Las Partidas no arrojan mucha luz sobre la cuestión; sin embargo, en Part. 5, 11, 13 aparece una disposición semejante a la que se ha visto en el Derecho Romano sobre los intereses deriva-

dos de la mora en el pago del precio en la compraventa. En ella se dice que no sólo se ha de pagar lo que se prometió dar o hacer, sino que el promitente también «deue pechar demas desto, todos los daños, e los menoscabos que rescibio el otro, por razón que le non cumplio en aquel lugar, lo que le prometio», afirmándose a continuación que «si aquel a quien fué fecha la promission, rescibiesse de su voluntad del otro, lo que auia prometido de dar, o de fazer; e entonce non le demandassen los daños, nin los menoscabos, nin la pena que fuesse puesta, nin fiziesse enmiente de ninguna destas cosas; dende adelante non gelas podría demandar, maguer la paga non fuesse fecha en el lugar do era prometida de fazer». Por tanto, si el acreedor recibe lo que se le había prometido y no hace reserva de los daños que se le debían por razón de cumplimiento defectuoso, en adelante no los podrá demandar. La regla tiene un alcance limitado, pues lo que después del pago no se podrá demandar, por no haberlo exigido en el momento oportuno, son los daños, «nin los menoscabos, nin la pena que fuesse puesta».

3) *Precedentes inmediatos.*

Se ha visto que ni en el Derecho Romano, ni en las Partidas, aparece una regla enunciada con el mismo alcance que la contenida en el artículo 1.110 del Código civil. Es muy posible que, en nuestro Derecho, surgiera en el Proyecto de 1851 por inspiración del artículo 1908 del Código francés. Este último artículo forma parte de las normas que regulan el préstamo a interés y prescribe que «la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le payement, et en opère la libération». El Proyecto de 1851 dió, en su artículo 1.653, un carácter más categórico al precepto. En efecto, en el referido artículo se eliminó la referencia contenida en el Código francés respecto al hecho de que el recibo sin reserva de los intereses hace presumir el pago, y se estableció sin paliativos la extinción de la obligación respecto de los mismos, pues textualmente afirma que «el recibo del capital dado por el acreedor sin reserva en cuanto a intereses extingue la obligación del deudor respecto de ellos». Lo mismo que en el Có-

go francés, el artículo se sitúa también entre los que regulan el préstamo a interés.

Dos son las innovaciones fundamentales, además de otras que sólo afectan a la redacción del precepto y cuya trascendencia se irá examinando al tratar de la interpretación del mismo, que aparecen en el artículo 1.110 del Código civil. La primera consiste en la introducción del apartado 2.º, apartado que parece ser creación del legislador del Código, aunque sobre éste pudo pesar la influencia del artículo 746 del Código civil argentino (5). La segunda, de carácter sistemático, estriba en un cambio en la colocación del precepto. En efecto, el artículo ya no se sitúa, como sucedía con el 1.653 en el Proyecto de 1851, junto con los que regulan el préstamo a interés; sino que aparece en el libro IV, título I, capítulo II del Código civil, capítulo que lleva el siguiente epígrafe general: «De la naturaleza y efecto de las obligaciones».

II

ANALISIS DEL PRECEPTO DESDE EL PUNTO DE VISTA SISTEMATICO

¿Qué razones pudieron inducir al legislador del Código a situar el artículo 1.110 en el lugar que ocupa? No es fácil dar una contestación a esta cuestión. Por ello, parece conveniente examinar previamente las críticas que los autores han hecho al respecto, así como las opiniones que han mantenido sobre el lugar que debía de ocupar. Es evidente que, procediendo de este modo, se podrá obtener una primera aproximación, unos indicios previos, sobre el significado y alcance del precepto.

SÁNCHEZ ROMÁN dice que el artículo 1.110, más que a la doctrina de la indemnización de daños y perjuicios, se refiere a los

(5) El artículo 746 del Código civil argentino dice textualmente que «cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales, y en periodos determinados, el pago hecho por el último periodo hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario». Más adelante se hará referencia al artículo 624 de este mismo Código, que coincide casi literalmente con el apartado primero de nuestro artículo 1.110.

efectos jurídicos del pago (6). MUCIUS SCAEVOLA afirma que el Código civil ha errado en la colocación del artículo 1.110, pues estima que no es propio de la materia general de las obligaciones. Especificando, señala que el apartado 1.º enlaza con el artículo anterior, el 1.109; pero el 2.º—continúa diciendo—no tiene atadero posible con el principio del precepto ni con nada de lo establecido en todas las demás disposiciones de esta Sección. Concluye afirmando que la materia del apartado 1.º habría que tratarla en el capítulo dedicado al pago de las obligaciones, y la del 2.º en el referente a las obligaciones a plazo (7). Sin embargo, no justifica esta disociación, la cual parece un tanto caprichosa, pues a primera vista es evidente que las mismas razones que existen para incluir el apartado 1.º dentro del pago existen también respecto del 2.º. MANRESA estima que, determinando el artículo una forma especial de extinción de obligaciones, está íntimamente relacionado con los del capítulo que el Código dedica a esta materia, y más especialmente con los relativos al pago y a la condonación (8). Finalmente, ALBALADEJO expone el artículo 1.110 al tratar del pago (9).

Por consiguiente, parece que, en general, los autores consideran que el marco donde debía haberse situado el artículo 1.110 es el relativo al del pago. Sin dejar de reconocer lo que de acertado tiene tal criterio, parece conveniente apuntar, en orden a la colocación sistemática del precepto, algo que no han resaltado debidamente, salvo ciertas excepciones, los autores patrios: se trata de las indudables conexiones que el artículo en cuestión tiene con las normas que rigen la prueba en materia de obligaciones. La doctrina francesa, por el contrario, ha señalado que la prueba del

(6) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed. Madrid, 1899, pag. 338.

(7) MUCIUS SCAEVOLA: *Op. y loc.* citados, págs. 588 y 589 No parece acertada la sentencia de 17 de octubre de 1925 cuando afirma, basándose—según dice—en la claridad del texto legal y en el lugar que ocupaba el párrafo primero en el Proyecto de 1851, que el artículo 1.110, 2.º tiene por objeto exclusivo determinar los efectos que para una obligación de pagar *deuda de capital con intereses* ofrece la exhibición por el deudor de un recibo del último plazo. (NICOLAU C. MUNTANÉ, en *Jurispr. civ.*, t. 168, págs. 120 y ss.).

(8) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, 2.ª ed. Madrid, 1907, pag. 109.

(9) ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil*, t. I. «Parte General y Derecho de Obligaciones». Barcelona, 1960, págs 541 y ss.

pago de los intereses se rige, en principio, por las mismas normas que regulan la del capital, implicando el artículo 1.908 una derogación de tales normas (10).

Es posible concluir de todo lo anterior que el artículo tiene conexiones evidentes con las normas que regulan el pago y también con aquellas otras que se refieren a la prueba de las obligaciones. Sin entrar en la cuestión de cuál sería su colocación más apropiada dentro del Código, no obstante, parece evidente que el legislador estuvo acertado al separar el precepto de las normas relativas al préstamo; por lo demás, la inclusión del apartado 2.º le obligaba a ello. Sin embargo, no tuvo el mismo acierto al situarlo donde lo hizo. En efecto, no parece suficiente para justificar tal colocación la estimación de que el apartado 1.º se refiere no sólo a los intereses pactados, sino también a los derivados de la mora y, en general, a cualquier tipo de interés; lo cual, dada la redacción del precepto, resulta evidente. Tal argumento, aparte de que sólo proporciona una débil justificación en relación con el apartado 1.º del artículo, deja sin resolver el problema respecto al apartado 2.º, el cual nada tiene que ver con la mora ni con la indemnización de daños y perjuicios. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que para desentrañar el sentido del artículo es muy pobre la ayuda que proporcionan los preceptos contiguos; siendo necesario, por el contrario, interpretarlo en relación con la doctrina del pago y, muy especialmente, con la relativa a la prueba de las obligaciones.

III

FUNDAMENTO DEL PRECEPTO

Vista la crítica que la doctrina hace a la colocación del precepto, es conveniente desentrañar las razones que le sirven de

(10) LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XXVI, 3.ª ed. Bruxelles-Paris, 1878, pág. 538. *Répertoire de Droit civil Dalloz*, t. II. Paris, 1952, página 1.108, núm. 83. También en nuestro Derecho, BONET ha puesto de relieve, refiriéndose al artículo 1.110, que el precepto alude al recibo como prueba de la extinción de la obligación (apartado 2.º) o del pago de intereses (apartado 1.º) (*Código civil comentado*. Madrid, 1962, págs. 829 y ss.)

base para la misma, razones que se encuentran, como es lógico, en lo que estiman es el contenido o sentido del artículo. En principio, puede decirse que la interpretación que los autores hacen del artículo 1.110 gira alrededor de dos cuestiones fundamentales: 1) ¿Cuál es la razón en que se basa el precepto para establecer la extinción de los intereses y plazos anteriores al último por el solo hecho de que no se haga reserva? 2) ¿Se trata efectivamente de extinción o, por el contrario, el precepto no establece más que una presunción que puede ser destruida mediante prueba en contrario? Con la solución de la primera cuestión, de la que se va a tratar a continuación, se intenta encontrar el fundamento del precepto; la segunda trata de dar respuesta al problema de su alcance o eficacia. Sin embargo, ambas cuestiones se involucran y condicionan mutuamente.

En general, la doctrina científica suele considerar que el pago de los intereses es previo al del capital y que la satisfacción del último plazo supone la de los anteriores. Por ello, BORSARI, interpretando el artículo 1.834 del Código italiano de 1865, que sólo se refería a la cuestión de los intereses, decía que nadie recibe el capital sin hacer reserva de los intereses (11).

Más explícitamente, SÁNCHEZ ROMÁN, interpretando los dos apartados del artículo 1.110 de nuestro Código, dice que «se fundan en la presunción racional de que el acreedor que no hace esas reservas en el resguardo que expide a favor del deudor, ya respecto del pago de intereses, ya de los plazos del principal, es porque reconoce que están satisfechos o porque tiene voluntad de renunciarlos o remitirlos en beneficio de aquél» (12).

Algunos autores interpretan el precepto relacionándolo con las reglas de la imputación de pagos. Así, MUCIUS SCAEVOLA fundamenta el primer apartado del artículo 1.110 relacionándolo con el artículo 1.173, el cual establece que «no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses». Deduce de ello lógicamente el ilustre comentarista que si aparece un recibo del capital de una deuda se da por supuesto que

(11) BORSARI: *Commentario del Codice civile italiano*, vol. IV, parte 2ª Torino. Utet. 1881, pág. 161.

(12) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. y loc. citados*, págs. 338 En sentido parecido, CASADO PALLARÉS, citando a PUGLIESE (*La prescripción de los intereses*, R. C. D. I., 1930, pág. 580).

los intereses estaban pagados, pues hay que estimar que el acreedor había utilizado el derecho del artículo 1.173 o que no había querido hacer uso del mismo. De igual manera dice, respecto al apartado 2.º, que nadie ignora que el pago de los plazos se debe hacer sucesivamente; por tanto, si se ha dado un recibo por el último plazo sin hacer reserva de los anteriores, hay que suponer que éstos han sido pagados o perdonados (13). Parece, por tanto, que el fundamento del precepto se encuentra, según el autor referido, en la suposición de que los intereses o plazos han sido pagados o remitidos (14).

Hay autores que relacionan también el artículo 1.110 con las reglas de la imputación de pagos; pero no se preocupan de señalar la razón por la cual se produce la extinción de los intereses o plazos anteriores, si bien queda sobreentendida en su pensamiento. En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER estiman, respecto del apartado 2.º del artículo, que el pago se ha de entender imputado a los plazos más antiguos, salvo que el acreedor expida recibo expresamente por el más reciente sin la salvedad que prevé el propio artículo (15). Naturalmente que si no se hace la referida salvedad se producirá el efecto que el propio precepto señala.

BORREL SOLER expone gráficamente el problema de la armonización del artículo 1.110, 1.º con el 1.173, y señala el dilema en que se encuentra el acreedor en los siguientes términos: «... hay que atender a si el acreedor recibió el importe del capital sin hacer reserva alguna referente a los intereses pendientes, en cuyo caso se entiende que los condona. Pero si da a entender que no renuncia a su derecho a los intereses, ha de imputar el pago a éstos, con preferencia al pago de capital, lo recibido del deudor» (16). Por

(13) MUCIUS SCAEVOLA: *Op. y loc. citados*, págs. 589 y ss.

(14) Orientación idéntica es la que sigue MANRESA, el cual parece estimar que el precepto se basa en «la presunción fundada de que cuando el resguardo se da ha precedido el pago, o si no, ha sido condonada la deuda por el acreedor» (*Op. y loc. citados*, pág. 109). ALBALADEJO dice que, como el recibo prueba el pago del capital o los plazos posteriores de una deuda, hay que presumir que ya están extinguidos los intereses y los plazos anteriores, ya que el pago de aquéllos es posterior al de éstos (*Op. y loc. citados*, pág. 557).

(15) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, t. II, vol. I. Barcelona, 1933, pág. 310. En el mismo sentido, BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO: *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, pág. 387.

(16) BORRELL SOLER: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*. Barcelona, 1954, pág. 61.

tanto, el acreedor debe imputar en el recibo el pago a los intereses con preferencia al capital o hacer reserva respecto de ellos, pues de otro modo se entiende que hay condonación de aquéllos. Sin embargo, el autor estima que el párrafo segundo no fundamenta la extinción en presunción alguna (17); no obstante, no parece que haya inconveniente para repetir la misma argumentación que hace respecto del apartado 1.º

También hay autores que hacen referencia al carácter accesorio de los intereses; así, OYUELOS señala que siendo el capital lo principal, y derivados de él los intereses, extinguida la obligación en cuanto al primero, se extiende la extinción a los segundos, a no constar mención especial en orden a dicho punto o particular. Respecto al segundo párrafo del artículo afirma que el pago del último plazo lleva consigo la idea o presunción de estar abonados los anteriores (18).

Como se ha visto, la interpretación doctrinal acerca del fundamento del artículo 1.110 gira alrededor de dos cuestiones principales: a) relación del precepto con las reglas de la imputación de pagos; b) la razón de ser de las dos disposiciones contenidas en el artículo se encuentra en una presunción de pago o de condonación de los intereses o plazos.

1) *Armonización del artículo 1.110 con las normas relativas a la imputación de pagos.*

Respecto a las relaciones del artículo 1.110 con las reglas de la imputación de pagos, y en especial con el artículo 1.173 del Código civil, las argumentaciones de los autores pueden resumirse del siguiente modo: si el acreedor recibe el capital o el último plazo y no hace reserva de los intereses o de los plazos anteriores es porque éstos ya estaban pagados o porque, no estándolo, al no imputar lo recibido a los mismos, tiene el propósito de condonarlos. Tal interpretación resulta un tanto simplista, tiene el defecto de dar una explicación excesivamente general; pero sobre

(17) BORRELL SOLER: *Op. cit.*, pág. 61.

(18) OYUELOS: *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, t. V. Madrid, 1928, pág. 72. En esta misma línea se había manifestado ya GARCÍA GOYENA: *Op. y loc. cit.*, pág. 80.

todo donde quiebra y se manifiesta defectuosa es en el deslinde de las distintas esferas de aplicación del artículo 1.110 y de las normas de la imputación.

Para completar y precisar la interpretación doctrinal resulta conveniente el análisis de la jurisprudencia. En este sentido, es interesante la Sentencia de 20 de marzo de 1896. El supuesto de hecho era el siguiente: El actor se había constituido fiador de un préstamo que la madre del demandado había hecho a un tercero. Dicho préstamo, según escritura de 16 de marzo de 1883, era de 6.000 pesetas, que se devolverían el 15 de junio siguiente, y, si no se hacía así, a partir de tal fecha devengarían el 2,5 por 100 mensual. Según un recibo de 8 de julio de 1884, el demandado—a ruego de su madre—confiesa haber recibido 3.000 pesetas del actor, el cual se obligaba a pagar las 3.000 restantes en un plazo de tres meses. En un recibo posterior, de 12 de febrero de 1885, firmado por el demandado, se decía que había recibido las 3.000 pesetas restantes de que el actor era fiador, y se añadía que le daba el recibo hasta el día siguiente, en que se «cancelaría la escritura». El actor presentó demanda afirmando que había fallecido la prestamista y no se había «otorgado la cancelación». Alegaba que la obligación estaba extinguida por la novación y remisión de los intereses a que se refería el documento de pago. El demandado se oponía alegando que los recibos se suscribieron bajo el supuesto de que, al hacerse «la cesión de la escritura» al actor, se pagarían los intereses correspondientes. Las dos instancias estimaron la demanda y condenaron al demandado a otorgar la correspondiente «escritura de cancelación» a que aludía el documento privado. El demandado recurrió, pero el Tribunal Supremo no estimó el recurso, considerando, muy acertadamente, que «el acreedor recibió la cantidad de 6.000 pesetas, que importaba el capital prestado, dando por *liquidada la deuda* sin reserva alguna respecto a los intereses, lo cual extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos, según previene el artículo 1.110, *cuya cantidad no fue pagada a cuenta de la obligación sino para liquidarla y extinguirla conforme a la novación, por lo cual no puede tener aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1.173 del mismo Cuerpo legal* (19).

(19) *Fernández c. Fra* (20 marzo 1896), en *Jurispr. Civ.*, t. 79, primera parte, págs 680 y ss.

Conviene resaltar que el fallo se basa en una distinción entre las entregas a cuenta, a las cuales parece que se les aplicará el artículo 1.173, y las que se hacen para liquidar la obligación, supuesto que debe regirse por el artículo 1.110. Bien es verdad que la referencia a la novación, con la remisión de los intereses, parece empañar el valor de tal distinción; pero, no obstante, hay que tenerla en cuenta, pues ella parece implicar un punto de vista que puede servir de fundamento para un deslinde apropiado entre los dos preceptos referidos.

En la Sentencia de 8 de julio de 1909 también aparece una cuestión de novación; sin embargo, no se mezcla con el problema que aquí interesa. Se trataba de una escritura pública en la que el demandado confesaba haber recibido 35.000 pesetas del actor, cantidad que le pagaría en el término de cuatro años, abonando un interés del 8 por 100. Además existía un documento privado posterior en el que se decía que el demandado debía 35.000 pesetas, que pagaría en plazos de 5.000 pesetas anuales a partir de 1901, no haciendo este documento ninguna referencia a los intereses. El actor alegaba que, al firmar el documento privado, el demandado no había pagado nada a cuenta del capital, debiendo las 35.000 pesetas, más los intereses, si bien de éstos había que deducir lo que el demandado había entregado. Este último sostenía que no se debían intereses, pues el primer contrato había quedado extinguido en virtud de la novación total que implicaba el documento privado. Además decía que los recibos de 1902 extinguieron —según el artículo 1.110, 2.º— la obligación respecto de los plazos anteriores, ya que no se había hecho reserva de ellos. Las instancias estimaron que el documento privado sólo modificaba a la escritura pública en cuanto a la concesión de plazos para pagar la deuda, pero que no implicaba extinción de los intereses. El demandado fue condenado a pagar la cantidad correspondiente a seis plazos, con los respectivos intereses, estimándose, además, que los recibos de 1902 no extinguieron más obligación que la del plazo a que se referían. El demandado recurrió, pero el Tribunal Supremo no estimó el recurso, pues mantuvo los mismos criterios respecto a la novación y afirmó que el artículo 1.110 era inaplicable «por razón del contexto del recibo de 18 de octubre de 1902, porque este recibo sólo acredita la entrega parcial de lo debido entregar en plazo

determinado a cuenta de suma de mayor cantidad prestada, y con esto es *manifiesto que no refiriéndose el recibo al capital ni aun al último plazo debido entregar para su total pago*, dicho artículo 1.110 es inadecuado a los efectos pretendidos por el recurrente, ni, por tanto, ha sido infringido por la Sala, que *compensa los pagos parciales con acertada aplicación del 1.173—tratándose de deuda que produce interés—y no de un préstamo gratuito»* (20).

Por consiguiente, esta sentencia sienta el mismo criterio que la anterior; pero respecto al apartado 2.º del artículo 1.110, el cual no se estima aplicable cuando el recibo no se refiere al capital, ni al último plazo debido entregar para su total pago.

De gran interés es el supuesto resuelto por la Sentencia de 6 de junio de 1911. El actor exigía el pago de los legados establecidos a su favor, para satisfacerle la legítima, en los testamentos de sus padres, y los intereses hasta la presentación de la demanda. Afirmaba que había recibido 500 pesetas en satisfacción de tales derechos y que, además, los herederos habían pagado las costas a que había sido condenado en el pleito que había perdido con ellos sobre alimentos; pero que, tanto una cantidad como otra, debían de aplicarse a los intereses, pues éstos eran superiores a las referidas cantidades entregadas. El actor recurrió contra el fallo de la Audiencia, alegando aplicación indebida del artículo 1.110, por estimar la Sala que tal precepto le niega derecho al abono de intereses, y error de hecho y de derecho por considerar que de los dos pagos realizados se infiere la satisfacción del capital total, siendo así que de los documentos acreditativos no resulta otra cosa más que el pago de parte de la deuda. También aludía a la infracción del artículo 1.110 porque la sentencia decía que el actor recibió la cantidad referente a las costas sin hacer reserva alguna; sin embargo, tal pago se hizo por cuenta suya, pero sin su intervención directa. El Tribunal Supremo estimó el recurso considerando que no era de aplicación, por lo que se refiere al recibo de la cantidad de 500 pesetas, lo dispuesto en el artículo 1.110 del Código civil, «porque el expresado precepto se refiere *al recibo del capital completo y no a parte del mismo*». Respecto a la cantidad entregada en pago de las costas, dice el Tribunal Supremo que, no

(20) Juan c. Aracil (8 julio 1909), en *Jurispr. Civ.*, t. 115, págs. 700 y ss.

habiéndola recibido el recurrente, sino que se puso a disposición del Juzgado por el sucesor del heredero deudor, no puede estimarse que por ella quedase dicho legitimario pagado íntegramente y extinguido el derecho para reclamar intereses conforme al artículo 1.110, «porque, siendo entonces deudor el heredero de los intereses vencidos, al pago de éstos debió aplicarse, en primer término, la cantidad expresada conforme a lo dispuesto en el artículo 1.173 del citado Código..., que por inaplicación ha sido infringido...» (21).

La Sentencia de 12 de junio de 1916 no sigue la misma orientación que las anteriores, sino que, por el contrario, parece interpretar el artículo 1.110 en un sentido rigurosamente literal. Se había demandado pidiendo una cantidad en concepto de suplemento de legítima y los intereses de tal cantidad desde el fallecimiento del causante. Encontrándose los autos en el trámite de conclusiones, actor y demandado, en el año 1909, acordaron, por vía de transición, que el último entregaría al primero una casa y la cantidad de 5.500 pesetas. Como el demandado sólo entregó las 5.500 pesetas, el pleito continuó. La Audiencia de Barcelona condenó a la parte demandada al pago del suplemento de legítima, pero respecto de los intereses sólo estimó exigibles los devengados desde la contestación de la demanda. El actor recurrió exigiendo los intereses desde el fallecimiento del causante. El Tribunal Supremo no estimó el recurso, basándose en que en Cataluña, si se reclama suplemento de legítima, sólo se deben intereses desde la fecha de reclamación, porque se entiende que el heredero es poseedor de buena fe de los bienes hereditarios. Por consiguiente, la cuestión de los intereses debidos se resuelve sin tener que recurrir al precepto contenido en el artículo 1.110; sin embargo, el tercer considerando hace referencia a dicho precepto, si bien parece que la argumentación en él basada no tiene más valor que el de hacerse a mayor abundamiento. No obstante, de la misma se desprenden unas conclusiones que no son congruentes con los criterios mantenidos en otras sentencias. En efecto, se dice que don R. Lloréns, el actor, «al recibir durante la tramitación del pleito la cantidad de 5.500 pesetas a cuenta del capital reclamado, sin reserva alguna respecto de los intereses, extinguió toda obligación del deudor

(21) *Carbonell c. Marich y Carbonell* (6 junio 1911), en *Jurispr. Civ.*, t. 121, páginas 606 y ss.

en cuanto a éstos, según la prescripción del artículo 1.110 del Código civil» (22).

Resulta evidente que la aplicación que del artículo 1.110 hace el Tribunal Supremo en esta Sentencia no concuerda con la que se ha visto en las anteriores, ya que la entrega que el demandado hizo de las 5.500 pesetas no era más que parte de la obligación que había asumido por vía de transacción, pues no había entregado la casa prometida. En consecuencia, no había recibo del capital, es decir, no se había recibido todo el capital y, por consiguiente, no era aplicable el precepto del artículo 1.110, 1.º

No obstante, en principio puede admitirse la existencia de una tendencia jurisprudencial que, salvo en algunos casos como el de la última Sentencia analizada, distingue entre las entregas a cuenta, o pagos parciales, y aquellas otras cuyo fin es liquidar la obligación. Las primeras se sitúan fuera de la esfera de aplicación del artículo 1.110: una entrega a cuenta se imputará a los intereses (art. 1.173 del Código) o al plazo correspondiente, quedando la obligación subsistente en lo no satisfecho. Por consiguiente, en este supuesto se aplican las normas de la imputación de pagos. Por el contrario, cuando la entrega no se hace a cuenta, sino para liquidar la obligación, la norma aplicable será el artículo 1.110 del Código. En consecuencia, si no se hace la reserva de los intereses o plazos anteriores, éstos quedarán extinguidos.

La interpretación anterior, basada en la tendencia jurisprudencial referida, viene también justificada por el examen del artículo en cuestión atendiendo a su faceta de norma dirigida a favorecer al deudor la prueba de la extinción de la obligación. En efecto, según el artículo 1.214 del Código civil, la prueba de la extinción de las obligaciones incumbe al deudor. Desde este punto de vista, el artículo 1.110 no es más que una norma dirigida a aligerar la carga del deudor consistente en probar el hecho extintivo de la obligación. Ahora bien, esta aligeración de la carga de la prueba que incumbe al deudor sólo tiene lugar cuando se dan circunstancias de las que se pueda lógicamente deducir que la obligación está total y efectivamente extinguida. Es decir, si se acredita el recibo del capital o el del último plazo, lo cual quedará probado

(22) *Lloréns c. Pujol* (12 junio 1916), en *Jurispr. Civ.*, t. 137, págs. 105 y ss.

siempre que se justifique una entrega hecha para liquidar el capital o último plazo debido entregar para el total pago, el deudor, en caso de que se le reclamen intereses o plazos anteriores, no estará obligado a probar su satisfacción, ya que existen razones suficientes para estimar que la misma ha tenido lugar. Tal situación privilegiada la pierde el deudor, como es lógico, cuando en el recibo se hace reserva de los intereses o plazos anteriores.

a) *¿Dónde y cómo ha de hacerse la reserva?*

MUCIUS SCAEVOLE dice al respecto que el acreedor puede hacer la reserva en el mismo momento del cobro ante testigos, en cartas al deudor, etc.; pero que todo ello sería inútil ante lo terminante del precepto; «si el acreedor olvidó hacer la reserva—afirma textualmente—en el momento mismo del cobro, y en el documento mismo de recibo, su derecho a los intereses se habrá perdido para siempre». Sin embargo, añade que, como eso sería injusto, y debe procurarse que la Ley no conduzca al absurdo, resulta más aceptable estimar que la reserva a que se refiere el artículo 1.110 no es necesario que esté contenida en el mismo recibo, y que ni siquiera se trata—lo cual parece cierto—del recibo como documento, sino como acto. Concluye diciendo que «de cualquier manera que se demuestre que el acreedor se reservaba su derecho, la deuda de los intereses seguirá subsistiendo» (23).

La doctrina anterior es, sin duda, aceptable, pues resulta evidente que el artículo 1.110, cuando habla de recibo, se refiere, no sólo al recibo como documento, sino también al recibo como acto y aún podría decirse que el precepto apunta directamente al último, aunque también deba incluirse el primero. Así resulta del tenor literal del artículo, siendo muy significativo al respecto que el Proyecto de 1851 hiciera referencia al «recibo del capital *dado* por el acreedor...», con lo cual se mencionaba, sin duda, al documento; sin embargo, en el Código se suprimió el término «*dado*» y se habla sólo del «*recibo del capital por el acreedor...*», con lo cual es evidente que se apunta al recibo como acto.

(23) MUCIUS SCAEVOLE: *Op. y loc. citados*, pág. 589. En el mismo sentido, MANRESA: *Op. y loc. citados*, pág. 110, y MARTÍNEZ RUIZ: *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, t. VII. Madrid, 1909, pág. 137.

El Tribunal Supremo no parece haber tenido ocasión de manifestarse sobre este punto, pues las afirmaciones que en uno u otro sentido se encuentran en algunas sentencias, no pueden tomarse en consideración por hacerse sólo «obiter dicta». Así sucede con la Sentencia de 16 de marzo de 1962, en la cual se estima que cuando en el artículo 1.110 se habla de recibo se está haciendo referencia al documento. En efecto, se habla en la misma de «pago voluntariamente aceptado de alguna renta sólo acreditable con el oportuno recibo, que firmado por el arrendador o por su representante, extingue el pago de todas las vencidas hasta su fecha...» (24).

b) *La cuestión del pago parcial.*

De todos modos, ya se trate del recibo como acto, ya como documento, para que entre en juego el artículo 1.110 es preciso que del mismo se derive la liquidación de la obligación. Por consiguiente, no será aplicable el precepto cuando el «recibo» se refiera sólo a un pago parcial. Parece incluso que no hay inconveniente en admitir que si, por ejemplo, del «recibo» se deriva que la entrega se hizo sólo para satisfacer el último plazo, y sólo éste, no apareciendo que con ello quedara liquidada toda la obligación, si el acreedor reclama luego algún plazo anterior, el deudor no tendrá a su favor la norma del artículo 1.110. Es decir, todo pago parcial que no vaya acompañado de las circunstancias apropiadas para que pueda considerarse su realización como liquidación total

(24) *Gaubeca c Sociedad «Esmeriles Roca, Sociedad Limitada»* (16 marzo 1962), en *Jurispr. Civ.* (edic. of), t. 107, págs. 434 y ss. En realidad, el problema que tuvo que resolver esta sentencia era el de si la consignación de la renta correspondiente al mes de mayo de 1959, la última vencida antes de interponer el recurso de apelación, suponía—como pretendía la parte recurrente—la conformidad del apelado con el pago o consignación de todas las anteriores. El Tribunal Supremo declaró que la consignación, aunque sea aceptada, es ineficaz para la absolución de otras rentas que las debidas por el periodo de tiempo al que la imputa el deudor, ya que, efectuada para llenar un rito procesal, carece de valor liberatorio, pues como forma esencial del juicio queda plenamente observada con consignar lo que se pagaba en el momento de presentar la demanda y no íntegramente lo real y jurídicamente debido. Hay que tener en cuenta que la referida consignación se había realizado en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en las normas correspondientes de la L. A. U.

de la obligación es inoperante para provocar la aplicación del artículo 1.110 del Código.

Refiriéndose al artículo 1.908 del Código francés—equivalente al primer apartado de nuestro artículo 1.110—, decía LAURENT que dicho precepto supone que el deudor paga toda la deuda en capital y que el acreedor da recibo del capital sin que se haga cuestión de los intereses, derivándose de tales circunstancias la presunción de pago de los últimos. Pero añadía que tal presunción se venía abajo en el caso de un pago parcial (25).

En relación con esta cuestión, el autor argentino SALVAT señala que en el caso de pago parcial, dando el acreedor recibo a cuenta del capital, sin reserva alguna de los intereses, se produciría la extinción de los últimos en la proporción correspondiente a la parte de capital pagada (26). No parece que tal solución sea acertada; por el contrario, si hay una entrega que se imputa expresamente a parte del capital, habrá que estimar que quedan subsistentes todos los intereses, así como el resto del capital. Esta última solución parece la más armónica y coherente con la tendencia del Tribunal Supremo, consistente—como se ha visto—en estimar que la aplicación del artículo 1.110 supone que se entrega una cantidad en concepto de liquidación o pago total. En consecuencia, si la entrega es parcial y se imputa expresamente a una parte del capital, como no se da el supuesto de liquidación o pago total, hay que estimar que sólo se produce la liberación respecto del capital satisfecho, no de la otra parte, ni tampoco de los intereses, ni totales ni parciales.

Los criterios anteriormente expuestos sobre el pago parcial encuentran apoyo en ciertos argumentos que se pueden extraer del análisis del precepto desde el punto de vista de su finalidad, la cual no es—como se ha dicho—más que la de favorecer al deudor concediéndole una presunción de extinción total cuando se dan determinadas circunstancias de las que se puede inferir que ha tenido lugar la liquidación total de la obligación. En consecuencia, parece lógico que tal privilegio no se le conceda al deudor cuando sólo existen pagos parciales, de los que de ningún modo puede

(25) LAURENT. *Op. y loc. citados*, págs. 539 y ss.

(26) SALVAT: *Tratado de Derecho civil argentino (Obligaciones en general)*. Buenos Aires, 1923, págs. 204 y 205.

deducirse la liquidación total. En este último caso, no cabe duda de que si el acreedor reclama intereses o algún plazo, el deudor sólo quedará liberado cuando pruebe, de manera concreta y precisa, que los intereses o plazos reclamados estaban ya satisfechos.

c) *¿Cómo ha de entenderse la expresión «último plazo»?*

Considerando de este modo las cosas, es posible encontrar solución a algunos de los problemas que se plantean alrededor del artículo 1.110 del Código. Uno de ellos se refiere al apartado 2.º del mismo, y es el relativo a cómo ha de entenderse la expresión «último plazo». Algún autor ha dicho al respecto que, aunque del artículo parece deducirse que únicamente el recibo del plazo último extingue la obligación respecto de los anteriores, «no puede dudarse que el mismo efecto surtirá, en cuanto a los plazos con anterioridad vencidos, el recibo de cualquiera de los que constituyen el todo de la obligación, ya que el fundamento legal es la presunción de que las deudas escalonadas en plazos se cobran, racional y ordinariamente, por el orden correlativo de los respectivos vencimientos...» (27).

¿Cómo ha resuelto el problema la jurisprudencia? Ya se ha visto que la Sentencia de 8 de julio de 1909 no consideró aplicable el apartado 2.º del artículo 1.110 en un supuesto en el que aparecía un recibo que no era el correspondiente al último plazo debido entregar para el total pago del capital (28). Del mismo modo, cabe estimar que todas las sentencias citadas anteriormente, las cuales sólo consideran aplicable el artículo 1.110 a los casos en que se han realizado entregas para liquidar el capital, no a aquellos otros en que sólo hay pagos parciales, encierran un criterio del que parece derivarse que la expresión «último plazo», contenida en el apartado 2.º del referido artículo, ha de entenderse con referencia sólo al que efectivamente es el último plazo, es decir, a aquel cuya satisfacción parece implicar liquidación total de la obligación.

Sin embargo, las Sentencias de 16 de marzo de 1962 y 25 de

(27) MARTÍNEZ RUIZ: *Op. y loc. citados*, pág. 136.

(28) *Juan c. Aracil*. Esta sentencia se expuso ampliamente al tratar de las relaciones del artículo 1.110 con las normas de la imputación de pagos. (Cfr. *supra* nota 20).

febrero de 1963 se separan de la referida tendencia e interpretan el segundo apartado del artículo 1.110 con mayor amplitud, dando a entender que «último plazo» es todo aquel que aparece como posterior a otros, aunque no sea último en sentido estricto. Prescindiendo del análisis de la primera de ellas, que no es decisiva al respecto, ya que las afirmaciones que hace sobre este punto no tienen más valor que el de simples «obiter dicta», conviene recordar que la de 1963 resolvió un recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de la Audiencia que la había condenado a entregar a la actora una cantidad en concepto de pago del suministro de energía eléctrica durante un período de tiempo. El Tribunal Supremo estimó el recurso considerando que la obligación del deudor había quedado plenamente extinguida, ya que el actor (acreedor) había aceptado, sin reserva, el pago de 45 abonos o entregas, y «en el contrato de suministro de energía eléctrica, como de tracto sucesivo y pago periódico de precio, cada recibo, especialmente si contiene el detalle de los que se trata, constituye una rendición de cuentas o liquidación mensual, que, aceptada por ambas partes, libera al deudor del pago por el consumo realizado hasta ese momento, según se infiere del artículo 1.110 del Código civil...» (29).

Es posible que la solución que la Sentencia expuesta dio al caso concreto fuera acertada; sin embargo, la fundamentación es susceptible de una crítica aguda. Aunque en los contratos de suministro cada recibo constituya una liquidación mensual, de ello no puede inferirse, por aplicación del artículo 1.110, la liberación del deudor en cuanto a todo lo consumido hasta ese momento. En principio, un recibo no prueba más que el pago de lo consumido durante el período de tiempo a que se refiere, de modo que si el período anterior no estaba satisfecho, el deudor tendrá que cumplirlo. Lo único que sucede es que el recibo del último plazo, pero sólo del último—lo cual implica, cuando se trate de una relación jurídica duradera, que la misma ha cesado y que con el referido pago se ha satisfecho lo debido por el último período de vigencia de la misma—, tiene una especial significación, ya que, además de

(29) «Hidroeléctrica Ibérica Iberduero» c. «Alberdi y Compañía, S. L.» y «Compañía Vascongada de Abrasivos, S. A.» (25 febrero 1963). Aranzadi, tomo XXX, vol. I, pág. 735, núm. 1.188.

la liquidación del período u obligación a que se refiere, parece llevar consigo el reconocimiento de que los plazos anteriores han sido satisfechos adecuadamente; por consiguiente, ese «último recibo» es, en cierta manera, expresión de que todos los plazos que constituían la obligación han tenido satisfacción adecuada. Pero del mismo modo que parece lógico que el recibo del último plazo, por su especial significación, sea indicio de que los anteriores estaban satisfechos y que se estime como prueba de que así es, hay que reconocer también que el recibo de los otros plazos no tiene ese especial significado y, por consiguiente, ni pueden servir de prueba por si solos del pago de los anteriores, ni el deudor se libera de pagar éstos por el solo hecho de presentar un recibo posterior, si tal recibo no es el último en sentido estricto (30).

2) *¿Cuál es la razón concreta que sirve de fundamento al precepto?*

Ya se señaló oportunamente que la interpretación doctrinal sobre el fundamento del artículo 1.110 giraba alrededor de dos cuestiones principales: la relativa a la armonización del precepto con las normas de la imputación de pagos y la que hace referencia a la razón de ser de las dos disposiciones contenidas en el artículo. Después de haber examinado la primera, y las cuestiones que guardan con ella alguna conexión, es conveniente hacer referencia a la segunda.

Se recordará que—según se exponía al principio—la doctrina suele estimar que la razón de ser del artículo 1.110 se encuentra en una presunción de pago o de condonación. Sin rechazar tal criterio, es necesario, sin embargo, hacer algunas observaciones al respecto, tratando de determinar sobre todo si el artículo se basa indistintamente sobre una u otra presunción o si, por el contrario, está fundamentándose especialmente en una de ellas, de tal manera, que la otra no tenga más que un carácter excepcional.

(30) El artículo 1.621 del Código civil parece que podría dar pie para impugnar la interpretación propuesta en relación con el apartado segundo del 1.110. Sin embargo, aquel precepto hay que entenderlo como una disposición peculiar establecida para un caso concreto: los censos; por ello, y por el carácter de excepción que respecto al 1.110, 2.º le dió el legislador, no es aconsejable interpretar al último con argumentos extraídos del referido artículo 1.621.

Como se ha dicho en líneas anteriores, el precepto se aplica cuando de la satisfacción del capital o último plazo se puede inferir la liquidación total de la obligación. En consecuencia, el artículo establece la extinción de los intereses o de los plazos anteriores sobre la base de que existan circunstancias suficientes para estimar que la obligación ha sido liquidada en su totalidad y, por consiguiente, si se ha extinguido el todo, también se ha extinguido lo que sólo es parte de ese todo, es decir los intereses y los plazos anteriores. Por tanto, el fundamento del precepto se encuentra en la presunción de liquidación, de pago total de la obligación. Ahora bien, aunque en principio no cabe duda que el precepto se basa en una presunción de pago o liquidación, ya que en virtud de que ha sido pagado el capital o el último plazo se estiman también satisfechos y, por tanto, extinguidos los intereses o plazos anteriores; no obstante, no puede rechazarse la posibilidad, aunque tenga un carácter excepcional, de que tales intereses o plazos anteriores hubieran sido condonados. Pero evidentemente la condonación no es el supuesto de hecho normal que se ha tomado en consideración para establecer lo que en el artículo 1.110 se prescribe. En consecuencia, debe estimarse que, en razón de lo dispuesto en el referido precepto, el deudor tiene a su favor una presunción de pago de los intereses o plazos anteriores.

Lo dicho últimamente tiene interés para solucionar algunas de las complicaciones que pueden presentarse; así puede suceder que se dude si los intereses o plazos han sido pagados o condonados, lo cual es posible que tenga gran importancia, ya que, si se trataba de condonación, ésta puede ser inoficiosa. MANRESA estimaba que, para solucionar estos problemas, podría aplicarse el criterio del artículo 1.188 del Código, que impone al deudor la prueba de que hubo pago y no condonación. Sin embargo, no le satisfacía totalmente la aplicación de tal punto de vista, en especial en relación con el recibo del último plazo, pues consideraba que en este caso parecía más verosímil el pago que la condonación, de la cual le parecía forma rara el cobro del último plazo (31). Desde luego, las últimas observaciones de MANRESA son acertadas, pero no sólo en relación con el problema de los plazos, sino también con el de

(31) MANRESA: *Op. y loc. citados*, pág. 110.

los intereses. El deudor, habiendo pagado el capital o el último plazo, tiene a su favor, como se ha dicho antes, por virtud del artículo 1.110, la presunción de que los intereses o plazos anteriores han sido también pagados, y aquel que alegue que no hubo pago, sino condonación, tendrá que probarlo.

IV

EFICACIA

Respecto de la eficacia del artículo 1.110, la doctrina ha dedicado gran atención a la cuestión de si el referido precepto establece la extinción de la obligación de pagar los intereses o los plazos anteriores, de manera que no resulta admisible ninguna prueba dirigida a invalidar tal extinción, o, si por el contrario, se trata sólo de una simple presunción de extinción que puede combatirse mediante prueba en contrario.

Discusión parecida se ha sostenido en Francia (32). La cuestión en nuestro Derecho se presenta más difícil, pues si bien es evidente que el artículo 1.908 del Código francés influyó de manera decisiva en el Proyecto de 1851 y, a través de éste, en nuestro actual Código; sin embargo, lo cierto es que se introdujo alguna modificación que parece apuntar en el sentido de que, cuando se da el supuesto de hecho legal, se produce inevitablemente la consecuencia jurídica que el precepto establece: la extinción. Resulta muy significativo que tanto en el Proyecto de 1851 como en el artículo 1.110 del Código, se haya suprimido aquel inciso del artículo 1.908 francés, donde se dice que «en fait présumer le payement». Es cierto que tal inciso no indica más que la razón en virtud de la cual se establece la extinción de la obligación de pagar los intereses, pero también es verdad que da pie para que, destruyendo tal presunción, no se produzca el efecto de la extinción. Sin embargo, nuestro artículo 1.110 se limita a preceptuar

(32) Cfr. al respecto LAURENT: *Op. y loc. citados*, pág. 539. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 1ª ed (con la colaboración de RIPERT), t II. París, 1926, pág. 703.

la extinción sin indicar la razón de ello, aunque quede sobreentendida, con lo cual parece que se le quiere dar una fuerza inamovible.

Decía MUCIUS SCAEVOLA, respecto de la cuestión que aquí se trata, que no se establecía en el precepto una presunción *juris tantum*, sino una prescripción ineludible. Si bien—como ya se ha visto—propugnaba una interpretación flexible del artículo, de modo que de cualquier manera que el acreedor demostrara que se había reservado su derecho, la deuda de intereses seguiría subsistiendo (33). También MANRESA estima que el precepto no debe tener otro carácter que el de una presunción (34). Finalmente, ALBALADEJO considera que el artículo 1.110 no encierra en sí una causa extintiva, basada en la expedición del recibo sin hacer en él reserva alguna, sino que se limita a establecer una presunción de extinción que admite prueba en contrario (35).

Aunque sólo sea para que sirva de contraste conviene recordar que en Derecho argentino, interpretando el artículo 624 del Código de aquel país, que coincide casi literalmente con el apartado 1.º de nuestro artículo 1.110 (36), algunos autores han llegado a conclusiones muy dispares respecto a las que—se ha visto—son habituales en la doctrina patria. Así, SALVAT y CORDEIRO ALVAREZ afirman que el artículo 624 establece una presunción absoluta, *juris et de jure*, estimando el primer autor citado que «sería inútil la prueba que el acreedor produjese para demostrar que los intereses estaban impagados; recibido el capital sin reservas, ningún reclamo puede ya formular sobre ellos» (37).

Volviendo a nuestro Derecho, y recordando todo lo dicho al tratar del fundamento del precepto, parece que la solución más acertada es la de admitir, como hace la generalidad de la doctrina y a pesar de los términos categóricos con que se manifiesta el precepto, que la extinción de la obligación de pagar los intereses o

(33) MUCIUS SCAEVOLA: *Op. y loc. citados*, pág. 589.

(34) MANRESA: *Op. y loc. citados*, págs. 110 y 111. En el mismo sentido, MARTÍNEZ RUIZ: *Op. y loc. citados*, pág. 137.

(35) ALBALADEJO: *Op. y loc. citados*, págs. 557 y 558.

(36) El artículo 624 del Código civil argentino dispone que «el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos».

(37) SALVAT: *Op. y loc. citados*, pág. 204. CORDEIRO ALVAREZ: *Tratado de Derecho civil. Parte General. Obligaciones*. Buenos Aires, 1959, pág. 515.

plazos anteriores pueda ser combatida mediante prueba en contrario. Tal prueba consistirá en destruir las bases sobre las que se funda la aplicación del precepto. En efecto, si se ha dicho que el artículo establece la extinción de los intereses o plazos anteriores, en virtud de que ha tenido lugar el pago del capital o del último plazo, y ello hace suponer que ha habido liquidación o pago total de la obligación, el acreedor que quiera exigir el pago de los intereses o plazos anteriores podrá y, sobre todo, tendrá que demostrar que, a pesar de haberse pagado el capital o el último plazo, no ha habido liquidación total y, en especial, que no se han satisfecho los intereses o plazos que reclama.

El problema estriba en determinar cómo se podrá realizar tal prueba. En efecto, el artículo 1.110 concede al deudor el privilegio de que, presentando el recibo del pago del capital o del último plazo, se estimen extinguidos los intereses o plazos anteriores, sin que el deudor esté obligado a probarlo mediante la presentación de los recibos referentes a los mismos. En consecuencia, el acreedor no podrá limitarse a alegar la falta de recibo. Ahora bien, no siendo suficiente la alegación de la falta del recibo justificativo del pago de tales intereses o plazos, el único resquicio que le queda al acreedor para probar que no ha habido satisfacción de los mismos es el de demostrar—como ya se ha dicho—que el pago del capital o del último plazo no implica liquidación total de la deuda, y ello sólo lo puede conseguir probando que ha realizado la reserva de los mismos en cualquiera de las formas en que ésta es posible. De todo lo anterior resulta que la reserva, más que requisito indispensable para que no se produzca la extinción de los intereses o plazos anteriores, es, sobre todo, el medio de prueba que se constituye el acreedor para demostrar que tal extinción no ha tenido lugar. Ahora bien, como es prácticamente el único medio de prueba de que dispone el acreedor, resulta que la falta de reserva se identifica con la extinción; por ello, es lógico que el artículo 1.110 preceptúe que el recibo sin reserva «extingue la obligación».

ORENCIO-VICENTE TORRALBA SORIANO,
Doctor en Derecho.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1. *Ley sobre Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social: antecedentes y finalidad.*—2. Campo de aplicación.—3. Inscripción en el censo y nacimiento del derecho a las prestaciones.—4. Acción protectora. 5. Régimen econónimo-financiero.—6. Gestión.—7. Faltas y sanciones.—8 Disposiciones finales.—9. Disposiciones transitorias.

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 2 de junio de 1966 publicó la Ley número 38, del 31 de mayo, sobre Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Tiene sus antecedentes inmediatos en la Mutualidad Nacional de Previsión Nacional Agraria de 1961 y en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963.

Prácticamente, la Mutualidad no satisfacía las exigencias mínimas de la Seguridad Social Agraria.

Su régimen de financiación adolecía de las siguientes deficiencias: las cotizaciones de los trabajadores y las complementarias de los patronos no se pagaban; la aportación del Estado resultaba insuficiente en relación con el coste de las pretensiones, y la escasez de recursos originaba que los facilitados por el sector industrial tuvieran que cubrir el déficit de un cincuenta por ciento de las cantidades abonadas a los beneficiarios.

Las consecuencias inevitables de tal régimen financiero se acusaban en la modestia de las prestaciones y en que éstas se solicitaban y otorgaban sin un mínimo de garantías, por el simple hecho de la inclusión, no fiscalizada, en los censos laborales.

Para poner remedio a esta situación, teniendo en cuenta las peculiaridades de la Seguridad Social Agraria, la Base 3.^a de la Ley de 1963 ordenó: que los trabajadores dedicados a actividades

agrícolas, forestales y pecuarias y los empresarios de pequeñas explotaciones que cultiven, directa y personalmente sus fincas, se beneficiarán de un Régimen Especial Agrario de Seguridad Social sobre la base de la solidaridad nacional, estableciéndose un adecuado sistema de compensación, al que contribuiría el Estado mediante las necesarias aportaciones; que el Régimen Especial tendría a la paridad de derechos y prestaciones con el Régimen General, y que, a tal efecto, antes del 31 de diciembre de 1964, el Ministro el Trabajo elevaría al Gobierno el correspondiente proyecto de Ley.

La Ley ahora promulgada cumple fielmente lo ordenado en dicha Base, estableciendo el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social con las debidas garantías.

Se exige, como requisito previo, que los beneficiarios estén incluidos en el censo y que dicha inclusión lleve anejo el deber de cotizar en forma permanente y continuada, desapareciendo la distinción entre trabajadores fijos y eventuales y atendiendo solamente al carácter habitual de su trabajo en el campo, cuya remuneración o compensación constituya el medio fundamental de subsistencia del trabajador y su familia.

Se suprime la cotización complementaria de los empresarios, quienes contribuirán con una cotización global de la parte que corresponde a las empresas en la cuota total del Régimen Especial. Fijada dicha cotización global, su importe se distribuirá entre los empresarios en proporción a la base imponible asegurada a los mismos a los efectos de la Contribución Rústica y Pecuaria.

También la aportación estatal se calculará periódicamente en función de las bases de cotización del colectivo censado, si bien, por exigencias presupuestarias, se fijará una cuantía uniforme para los ejercicios comprendidos en cada periodo de reparto.

El mismo criterio se aplicará para el cálculo de la contribución de la Seguridad Social General, contribución justificada por razones de solidaridad nacional.

Se procurará, dentro de lo posible, la equiparación del sector agrario con los sectores industriales y comerciales.

2. Quedarán incluidos en el Régimen Social Agrario todos los trabajadores españoles, cualquiera que se sea su sexo y estado civil,

que en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional, a excepción de los que estén comprendidos en el Régimen General.

A los efectos de la Ley, se dividen en dos grupos: trabajadores por cuenta ajena mayores de catorce años, fijos o eventuales; y trabajadores por cuenta propia.

Entre los primeros se comprenderán aquellos que como elementos auxiliares presten servicios no propiamente agrícolas, forestales o pecuarios, en forma habitual, con carácter exclusivo y retribución permanente en explotaciones agrarias, siempre y cuando no los alternen con trabajos que tengan carácter industrial, ni los ejecuten por cuenta propia o satisfagan impuesto industrial o licencia fiscal por razón de los mismos.

Los trabajadores por cuenta propia deberán reunir las siguientes condiciones: ser titulares de pequeñas explotaciones agrarias; realizar la actividad agraria en forma personal y directa en estas explotaciones, aun cuando se agrupen permanentemente con otros titulares para la ejecución de labores en común u ocupen trabajadores por cuenta ajena, sin rebasar los límites que reglamentariamente se determinen, y reunir los demás requisitos complementarios que reglamentariamente se fijen.

Estarán igualmente protegidos como trabajadores por cuenta propia y en las condiciones reglamentarias que se determinen el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, inclusive, del titular de una explotación agraria, incluido en la Ley, y asimismo los pastores que custodien ganado de distintos propietarios, sin dependencia laboral de los mismos, y tengan libertad para celebrar contratos de igual naturaleza con otros particulares.

Se considera empresario, a los efectos de la Ley, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que sea titular de una explotación agrícola, y, en cualquier caso, se reputará empresario a quien ocupe trabajadores por cuenta ajena en labores agrícolas.

3. La inscripción de los trabajadores en el censo del Régimen Especial será obligatoria para todos los incluidos en su campo de aplicación.

La obligación de cotizar en dicho Régimen, así como de inscribirse en el censo, nacen desde el momento en que el trabajador reúna las condiciones que determinan su inclusión en el campo de aplicación de la Ley.

La obligación de cotizar sólo se extingue por la baja del trabajador en dicho censo, siempre que la misma sea procedente con arreglo a la Ley.

La inclusión del trabajador en el censo no producirá por sí misma el nacimiento de su derecho al disfrute de prestaciones. Para ello, además de los requisitos exigidos para cada una de ellas, es indispensable el de estar al corriente en el pago de las cuotas, sin perjuicio de los plazos y excepciones señalados por la Ley.

En el censo figurarán inscritos todos los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial, separados en Secciones, según sean por cuenta ajena o por cuenta propia, y sin distinción, dentro de los primeros, entre fijos y eventuales.

La obligación de inscribir en el censo habrá de ser cumplida dentro del plazo y en la forma que reglamentariamente se determine.

El cumplimiento de la obligación de solicitar la inscripción en el censo corresponderá: a los empresarios respecto a los trabajadores por cuenta ajena, y, en su caso, y en defecto de las obligaciones anteriores, a las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos, de oficio o a petición de los trabajadores y previa la comprobación de las condiciones que determinen su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial.

Si las personas o entidades a quienes incumbe el cumplimiento de la obligación de inscribir en el censo no lo hicieren, deberán los interesados instarla directamente, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquéllas hubieren incurrido.

La entidad gestora del Régimen Especial suplirá de oficio, en ciertos casos, el incumplimiento de la obligación de solicitar la inscripción en el censo.

No podrán inscribirse en el censo los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, salvo que lo hubieren estado antes del cumplimiento de dicha edad y sin que hayan transcurrido los plazos y dentro de las condiciones que reglamentariamente se determinen. Esta limitación no será aplicada cuando se justifique que

el trabajador había venido cotizando con anterioridad en otros regímenes de la Seguridad Social durante los plazos y en las condiciones que se fijan reglamentariamente.

La exclusión de los trabajadores inscritos indebidamente en el censo determinará la pérdida de todos los derechos que habrían devengado en el supuesto de que la inclusión hubiera sido procedente, e incluso la pérdida de las cuotas indebidamente pagadas.

Las personas que después de constituido el censo inicial reúnan las condiciones requeridas deberán ser asimismo inscritas.

La baja en el censo tendrá lugar en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen en los casos siguientes: cuando el trabajador deje de reunir cualquiera de las condiciones exigidas por la Ley para estar incluido en su campo de aplicación, y cuando se compruebe que la persona censada lo fue indebidamente. Ahora bien, las situaciones de desempleo que no afecten a las condiciones exigidas para que el trabajador esté incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial no motivarán la baja en el censo.

Están obligados a solicitar la baja los propios interesados, y la entidad gestora suplirá la omisión de dicha solicitud.

Los trabajadores inscritos que no se encuentren al día en el pago de sus cuotas perderán, en principio, el derecho a cualquiera de las prestaciones establecidas en la Ley.

4. El Régimen Especial cubrirá las contingencias y concederá las prestaciones que para cada clase de trabajadores se determinan en la Ley.

Dichas prestaciones no podrán ser objeto de retención por ningún concepto y tendrán la misma naturaleza y caracteres y gozarán de las mismas exenciones tributarias y beneficios de todo orden que se atribuyan a las prestaciones del Régimen General. Las normas reguladoras de éste se aplicarán a la información, certificaciones y demás documentación que hayan de facilitar las entidades gestoras y Organismos administrativos propios o ajenos u Organismos judiciales en relación con dichas prestaciones.

A los trabajadores que ingresen fuera de plazo cuotas pertenecientes a periodos en los que figuraron inscritos en el censo se les computarán a los efectos de completar los periodos de caren-

cia para aquellas prestaciones que los tengan establecidos, y a los de determinar el porcentaje de la pensión de vejez en función de los años de cotización, sólo las cuotas correspondientes al período inmediatamente anterior a la fecha del pago, y hasta un máximo de seis mensualidades.

A los trabajadores por cuenta ajena y, en su caso, a sus familias o asimilados, se les concederá en la extensión, términos y condiciones que se establecen en la Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, las prestaciones siguientes: asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo; prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria; prestaciones por invalidez; prestación económica por vejez; prestaciones económicas por muerte y supervivencia; prestaciones económicas de protección a la familia; indemnizaciones a tanto alzado por lesiones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional que no causen incapacidad, y prestaciones y servicios sociales en atención a contingencias y situaciones especiales.

A los trabajadores por cuenta propia, y, en su caso, a sus familiares beneficiarios, se les concederán asimismo las siguientes prestaciones: asistencia sanitaria, prestaciones por invalidez, prestación económica por vejez; prestaciones económicas por muerte y supervivencia; prestaciones económicas de protección a la familia; indemnizaciones a tanto alzado por lesiones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional que no causen incapacidad, y prestaciones y servicios sociales en atención a contingencias y situaciones especiales.

5. El sistema financiero del Régimen Especial será de reparto, revisable periódicamente para mantener la necesaria adecuación entre los ingresos y las obligaciones del mismo.

Se constituirán los correspondientes fondos de nivelación mediante la acumulación financiera de las diferencias anuales entre la cuota media y la natural prevista.

Sus bienes, derechos, acciones y recursos constituirán un patrimonio afecto a sus fines.

Los recursos económicos serán los siguientes: las cotizaciones de los trabajadores por cuenta propia o ajena; la cotización em-

presarial; la aportación del Régimen General de la Seguridad Social; las aportaciones del Estado, que se consignarán en sus Presupuestos Generales, o cualquiera otros ingresos.

El importe global del cómputo de los recursos económicos se determinará en forma que proporcione al Régimen Especial los ingresos necesarios para hacer efectivas, durante los periodos de tiempo para los que se calcula la cuota de reparto, las obligaciones a su cargo establecidas por la Ley, excepto las relativas a accidentes de trabajo y enfermedad profesional, para cuya financiación se efectuarán cotizaciones independientes por cuenta exclusiva de cada empresario y de conformidad con las tarifas de primas que se establecerán reglamentariamente.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, fijará la cuantía total de los tipos de cotización relativos a trabajadores por cuenta ajena y a trabajadores por cuenta propia, los que, aplicados a las respectivas cuotas globales de cotización de los trabajadores de una y otra clase inscritos en el censo, garanticen la obtención de los fondos necesarios. Asimismo, el Gobierno, también a propuesta del Ministro de Trabajo y con el informe previo de la Organización Sindical, distribuirá los indicados tipos de cotización, determinando: la parte de ellos que haya de aportar el sector agrario y su distribución entre empresarios y trabajadores, distinguiendo dentro de éstos los que sean por cuenta ajena o por cuenta propia; la parte de tipo que sobre las indicadas bases globales representa la aportación del Régimen General de Seguridad Social, y la parte de tipo que se atribuya para determinar la aportación del Estado.

La determinación de la cuantía total de los tipos de cotización y su distribución entre los respectivos recursos tendrá vigencia durante el periodo para el que se haya calculado la cuota de reparto, revisándose a su terminación para cada periodo sucesivo.

Las cuotas mensuales de cotización de los trabajadores se calcularán aplicando la fracción a su cargo al tipo de cotización sobre bases tarifadas, que, de acuerdo con las categorías profesionales, serán aprobadas por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, para su aplicación específica al Régimen Especial. La base mínima de la tarifa que corresponde a trabajadores mayores de dieciocho años deberá

coincidir en todo momento con el salario mínimo aprobado para los mismos, a cuyo efecto, previo informe de la Organización Sindical, se readaptará la tarifa cuando se altere dicho salario.

La cuantía de la cotización global de las empresas, así como la aportación del Estado, guardará relación con el número de trabajadores censados y con las bases tarifadas de cotización que le sean aplicables. A tal efecto, la base global se determinará multiplicando el número total de trabajadores censados por las bases individuales de tarifa que para todo el año y de conformidad con sus categorías profesionales les sean aplicables. A la base así determinada se aplicarán los tipos de cotización que resulten, respectivamente, a cargo de las empresas y del Estado.

La recaudación de la cuota de los trabajadores se efectuará mediante ingresos individuales y directos de los mismos en los organismos recaudadores reconocidos al efecto.

El importe global de la contribución empresarial se hará efectivo inicialmente distribuyéndolo entre todos los sujetos pasivos de la Contribución Rústica y Pecuaria, en proporción a la base imponible de la misma que a cada uno corresponda para la determinación de la cuota fija o, en su caso, para la cuota proporcional. A este respecto, se fijará por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, oído el de Hacienda, el porcentaje que habrá de aplicarse a la base imponible. Dicho procedimiento de reparto podrá sustituirse por otro método objetivo que, a propuesta de la Organización Sindical, eleve el Ministro de Trabajo a la aprobación del Gobierno. La cotización empresarial se recaudará conjuntamente en la Contribución Rústica y Pecuaria. Los propietarios que tengan fincas rústicas cedidas en arrendamiento, aparcería o sistema análogo, podrán repercutir en los explotadores de las mismas el importe de las cuotas pagadas al Régimen Especial, totalmente, en el primer caso, y proporcionalmente en los demás.

La aportación del Régimen General de Seguridad Social se cifra para el primer periodo de reparto en dos mil millones de pesetas anuales, y la del Estado se consignará periódicamente en sus Presupuestos Generales.

6. La gestión del Régimen Especial se efectuará bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo por una Mu-

tualidad Nacional con plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines, que gozará de beneficio de pobreza a efectos jurisdiccionales, así como de exención tributaria absoluta, incluidas las tasas y exacciones parafiscales y de franquía postal para todos sus órganos nacionales, provinciales y locales.

Corresponderá al Ministro de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, dictar las disposiciones relativas a la constitución del régimen orgánico y funcionamiento de dicha Mutualidad Nacional, la cual estará orgánicamente adscrita al Instituto Nacional de Previsión, y en la gestión que le es propia utilizará los órganos, servicios y medios de aquél en el ámbito nacional y provincial, con la colaboración concentrada de la Organización Sindical en el ámbito local.

Los órganos de Gobierno de la Mutualidad serán los siguientes: en el ámbito nacional, la Asamblea General, la Junta Rectora y la Comisión Delegada de la Junta Rectora; en el ámbito provincial, la Asamblea Provincial y la Comisión Provincial, y en el ámbito local, las Comisiones Locales.

La composición de dichos órganos de gobierno será: dos tercios de sus miembros representativos de empresarios y trabajadores, y el tercio restante se compondrá de miembros natos de la Organización Sindical de los Departamentos interesados y de las Organizaciones Colegiales Sanitarias, y de miembros de libre designación del Ministerio de Trabajo. Los miembros representativos serán designados mediante la oportuna elección, y los miembros natos y de libre designación, así como el número de unos y otros, se determinará reglamentariamente, previo informe de la Organización Sindical y de los Departamentos ministeriales interesados.

Las cuentas y balances del Régimen Especial, aprobados por el Ministerio de Trabajo, serán presentados por éste al Gobierno y publicados seguidamente en el *Boletín Oficial del Estado* dentro del año siguiente a aquel a que se refieran.

7. En materia de faltas y sanciones se estará a lo que se disponga reglamentariamente, en consonancia con lo previsto en el artículo 60 del texto articulado 1.º de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

8. La Ley contiene diez disposiciones finales y cuatro transitorias, de excepcional importancia, por la profunda modificación de que ha sido objeto el Régimen vigente, lo que exige una implantación por etapas.

Las disposiciones finales son las siguientes:

Reglamentariamente, se establecerán las normas precisas para constituir el nuevo censo de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la Ley, y, en su caso, el de Empresas, en relación con los actualmente existentes.

El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, y previo informe de la Organización Sindical, aprobará antes del 31 de diciembre de 1966 el Reglamento o Reglamentos generales para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Ministerio de Trabajo para dictar las demás disposiciones reglamentarias y de desarrollo de la misma.

La aportación del Estado para el primer cuatrienio en que contribuye a la financiación del régimen establecido en la Ley será de dos mil quinientos millones de pesetas para el ejercicio de 1967; de la misma cantidad, como mínimo, para el ejercicio del 1968; de cinco mil cuatrocientos para el ejercicio de 1969, y de cinco mil cuatrocientos para el ejercicio de 1970.

La aplicación del nuevo Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social se efectuará de modo gradual y progresivo a partir de 1 de enero de 1967.

Las prestaciones o grupos de prestaciones que hayan de tener efectividad en cada una de las fases de aplicación progresiva de la Ley se determinarán por el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, en función de su mayor interés social y de la creciente aportación del Estado.

La actual Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria se denominará en lo sucesivo Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social.

En las provincias de Alava y Navarra la cotización empresarial podrá recaudarse por sus respectivas Diputaciones forales, concertándose dicho sistema con la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social.

A medida que las posibilidades económicas del Régimen Espe-

cial Agrario de la Seguridad Social lo permitan, la asistencia sanitaria, dado el interés social de dicha prestación, se otorgará también, gradual y progresivamente, a los pensionistas y a los que estén en el goce de prestaciones periódicas, así como a los familiares y asimilados de ambos, con la misma amplitud que en el Régimen General y en los términos que reglamentariamente se establezcan.

El personal fijo no funcionario del Patrimonio Forestal del Estado y el personal dedicado a las actividades resineras, que actualmente se encuentran encuadrados a efectos de la Seguridad Social en el Régimen General, continuarán rigiéndose por dicho Régimen, no siéndoles, por tanto, de aplicación la Ley.

Conjuntamente con las cotizaciones de los trabajadores y empresarios para el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se podrán recaudar en su día las cuotas sindicales en la forma que reglamentariamente se determine.

Las disposiciones transitorias son las siguientes:

Las normas que regulan la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social mantendrán su vigencia hasta tanto que, dictadas las disposiciones reglamentarias para aplicación y desarrollo de la Ley, entre en vigor el Régimen establecido por la misma. En consecuencia, se regirán por aquellas normas las prestaciones causadas con anterioridad a la referida entrada en vigor.

Las cotizaciones efectuadas en los anteriores regímenes de Previsión Social en la agricultura, a partir de las correspondientes al año 1952, inclusive, se computarán para tener derecho a las prestaciones establecidas en la Ley, salvo el caso excepcional que en la misma se previene.

Las situaciones excepcionales que pudieran derivarse del período transitorio serán resueltas con arreglo a los principios inspiradores de las normas de la Ley.

Para constituir inicialmente el censo se tomará como base el vigente en la regulación anterior a la misma, publicándolo y sometiénolo a la revisión necesaria para que los trabajadores que figuran en aquél sean los que reúnan las circunstancias que definen el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

Apertura de Tribunales

Como es habitual, el día 15 del pasado mes de septiembre tuvo lugar la solemne apertura de Tribunales. El discurso que con tal motivo pronunció este año el Presidente del Tribunal Supremo don José CASTÁN versó sobre materia verdaderamente sugestiva: la idea de justicia social. El tema es en cierto modo continuación del abordado el año anterior por el ilustre jurista en idéntica colaboración, cuyo resumen hicimos (véanse números 450 y 451 de esta REVISTA). Con el mismo modesto propósito redactamos ahora esta nota.

La idea de justicia social, dice el profesor CASTÁN, envuelve el pensamiento actual y la vida entera de nuestras sociedades. Es obsesión de nuestra época y objeto de atención especialísima para la doctrina y la Ley.

Tras este breve preámbulo, destinado a destacar el interés y actualidad del tema, comienza recogiendo la clásica distinción aristotélica, desenvuelta por la escolástica y doctrina tomista, entre justicia legal o general y particular, ésta a su vez conmutativa y distributiva; y observa que en el pensamiento tradicional y cristiano nunca acompañó a la idea de justicia un verdadero matiz individualista.

Llegada la época moderna, y con ella hechos tan salientes como el racionalismo, la transformación industrial y el liberalismo capitalista, se mantuvo la división clásica de la justicia y sus divisiones, pero cambiaron de modo muy radical sus aplicaciones concretas. Surgen movimientos doctrinales que pretenden devolver a la justicia su sentido social mediante la crítica de su clásica división tripartita, para dar entrada en ella a una nueva modalidad, enlazada o no con las viejas formas de la clasificación tradicional. Este movimiento,

sin embargo, no es tan reciente como parece. El sentimiento y la idea de lo que hoy llamamos «justicia social» ha tenido manifestaciones interesantísimas en todos los tiempos, pero su manejo se hace especialmente frecuente a partir del siglo pasado, ante la necesidad de reprimir los abusos nacidos de la revolución industrial y del capitalismo, alcanzando la mayor difusión en nuestra actual centuria. No obstante, en el terreno doctrinal son grandes todavía las discrepancias en torno al significado de la frase «justicia social», como lo demuestra la variedad de concepciones existentes, que detalladamente examina y resumimos así:

A) Opiniones que rechazan la justicia social como modalidad específica de justicia, al entender que toda justicia, por el mero hecho de serlo, es ya social.

B) Opiniones que incluyen a la justicia social en los tipos de la clasificación tradicional, enlazándola bien con la conmutativa o distributiva, bien con la general o legal; o la consideran como un vasto género comprensivo de la legal y la distributiva.

C) Concepciones que atribuyen a la justicia social independencia o sustantividad conceptual, considerándola como especie distinta de las incluidas en la clasificación tradicional y que tiene un objeto formal propio.

Este grupo presenta a su vez numerosas ramificaciones teóricas; así:

a) La que ve la justicia social como una justicia ordenada al bien común y destinada a regular las relaciones de los grupos sociales entre sí y de los individuos como miembros suyos.

b) La que ve en la justicia social un principio o valor que preside las relaciones jurídicas de integración.

c) La que explica el objeto de la justicia social a través de los principios de dignidad e igualdad humanas que le sirven de fundamento.

d) La que da a la justicia social un enfoque y fundamentación teológicos, situándola en el doble plano de las virtudes teologales y cardinales.

D) Concepciones que caracterizan a la justicia social no por su independencia conceptual, sino por la especialidad de su contenido.

Comprende este grupo tres variedades: la que considera la justicia social como mera aplicación concreta de la justicia común humana a las relaciones sociales; la que caracteriza a la justicia social por su finalidad asistencial, y finalmente, la que la caracteriza por su contenido laboral y económico.

Concluye el profesor CASTÁN este estudio analítico con las siguientes observaciones críticas:

1.^a La justicia es una, pero a la vez es susceptible en su desarrollo de gran diversidad, y por ende, de no pocas clasificaciones. Que toda justicia, en sentido jurídico, sea social, no impide que haya una justicia social por antonomasia.

2.^a No parece acertado el contraponer, como se ha hecho alguna vez, una justicia jurídica y una justicia social, pues no se concibe hoy una justicia jurídica que no sea social, ni una justicia social que no sea jurídica.

3.^a La clasificación tradicional, aristotélico-tomista, de la justicia atiende a los términos personales de la relación en la que actúa lo suyo, o sea, el término *ad quem* o sujeto activo (de quien sea lo suyo), y el término *a quo* o sujeto pasivo (quien lo deba). Por razón del término *ad quem* hay una justicia general (que protege el bien de la comunidad) y una justicia particular (que procura el bien del individuo). Por razón del término *a quo* hay una justicia que no ha de ser prestada por el individuo (justicia conmutativa) y otra que es debida por la comunidad (justicia distributiva). Esta clasificación es interesantísima y digna, en principio, de perduración. Mas no cabría sostener que esté exenta de algún defecto y no sea susceptible de mejoramientos o adaptaciones a las necesidades y realidades modernas y, consiguientemente, al sentido de la Filosofía del Derecho actual. A ello responde la teoría que añade a los tipos clásicos de la justicia general, distributiva y conmutativa, el de la justicia social como caracterizada por la intervención de un elemento nuevo (el grupo o el individuo como perteneciente al grupo) que puede figurar como elemento activo o pasivo o también en ambos términos de la relación.

4.^a No hay una oposición irreductible entre las posiciones, tan variadas, que se adoptan en la doctrina científica al tratar de descubrir la esencia y significación de la justicia social.

5.^a Son muy laudables las posiciones que se esfuerzan por demostrar que la justicia social tiene su objeto formal propio y, por ende, una visible especificidad.

Examina seguidamente el conferenciante los principios básicos de la justicia social, así como las fórmulas principales en que se ha pretendido condensarlos. Son éstos los tres siguientes: El principio tuitivo o proteccionista, que tiene su reflejo en la defensa de los trabajadores y, en general, de los elementos débiles de la sociedad, frente a los fuertes o poderosos. La política social, la justicia social y el Derecho del trabajo nacieron como una exigencia de protección a los trabajadores y, en general, a las clases menos favorecidas.

Pero, a pesar de todo, hay que reconocer que este principio tiene cada vez mayor relieve en la teoría de la justicia social, y se tiende a sustituirlo por otro más general y filosófico: El principio comunitario o del bien común.

Esta idea es recogida por Pío XI en su Encíclica «Divini Redemptoris», y más recientemente por Pablo VI, al propugnar la formulación doctrinal y la defensa práctica del bien común como fin de la justicia social.

En general, la escuela social católica se muestra bastante unánime en conceptuar que la justicia social requiere la vinculación de la persona al servicio del bien común, y consiguientemente, tiene por objeto el bien común de la sociedad. Finalmente, el principio de igualdad y respeto de la personalidad y dignidad humanas, recogido por Pablo VI y el Concilio Ecuménico Vaticano II, cuando declara que aunque existen diversidades justas entre los hombres, sin embargo, la igual dignidad de la persona exige que se llegue a una situación social más humana y más justa, pues las excesivas desigualdades económicas y sociales son contrarias a la justicia social, a la equidad, a la dignidad de la persona humana y a la paz social internacional.

No otra es, de antiguo y ahora, la concepción hispánica, al imponer una visión del Derecho fundamentalmente personalista, en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales

se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana.

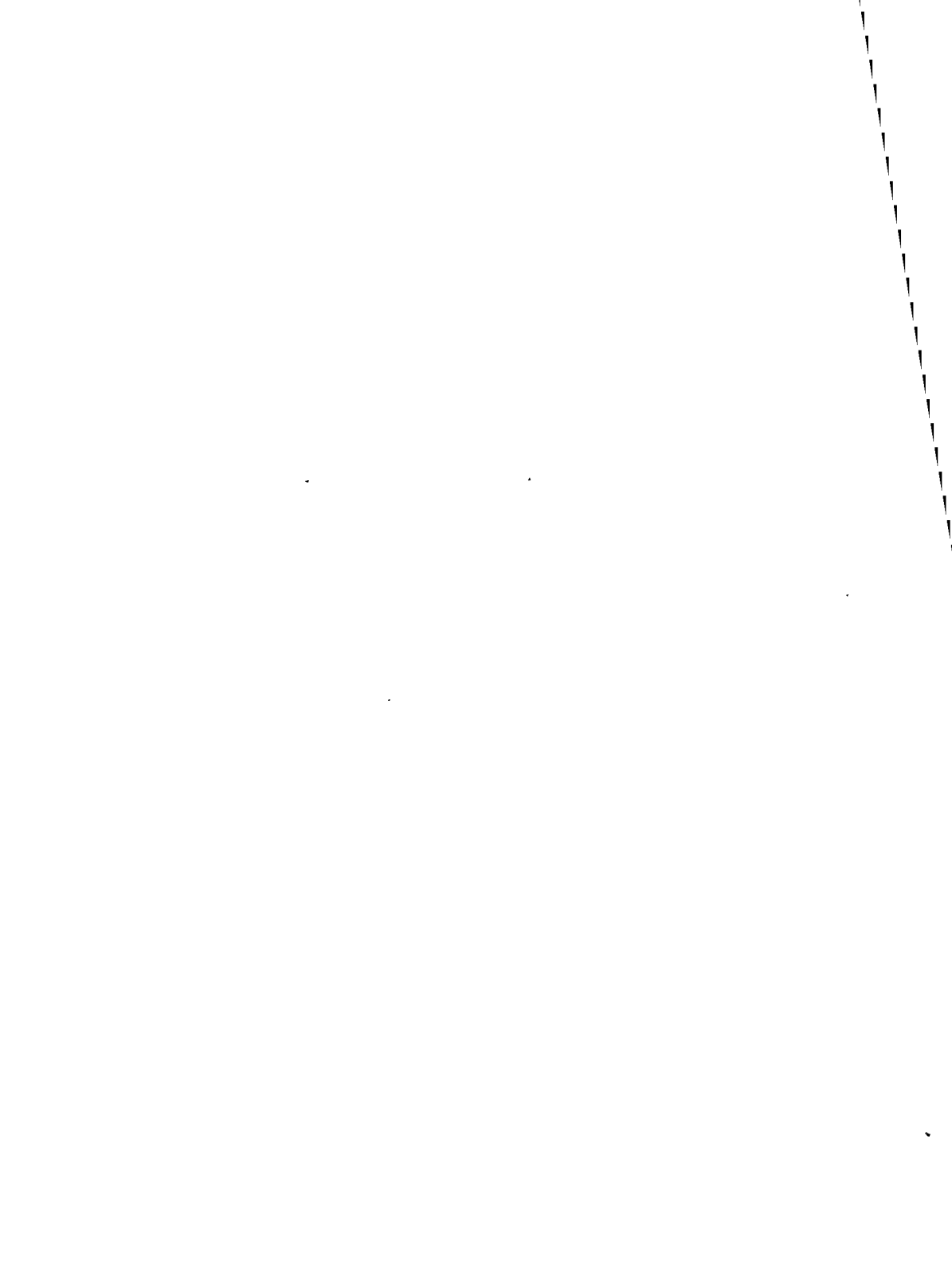
En orden al contenido y aplicaciones de la justicia social nos dice que, sin necesidad de descender a las cuestiones concretas, tan variadas que suscita su vigencia y aplicación, cabe hacer una doble observación relacionada con el ámbito de esta especie de justicia en los diversos órdenes sociales:

1.^a Que la justicia social no ha de actuar únicamente en la esfera económica, tutelando los intereses materiales de la distribución de la riqueza, de la propiedad y del trabajo, sino también los intereses morales derivados de la dignidad de la persona humana, los educacionales comunes a todos los hombres y aun también, en la medida posible, los ampliamente culturales.

2.^a Que parece una conquista del pensamiento actual la de estar ya ampliada y trasladada a un nivel internacional y universal la exigencia y el ansia de una justicia social.

Frente a los sectores doctrinales transidos de escepticismo ante la idea de justicia social y sus posibles realizaciones, el autor la considera como exigencia de nuestro tiempo que ha de perdurar junto con el Derecho Social como clase específica de la justicia y del sistema jurídico; puntualizando, finalmente, las posibles conexiones entre los términos justicia social y caridad social. Es claro, nos dice, que para aplicar los deberes sociales de asistencia no es preciso acudir a ninguna amalgama de virtudes o principios diversos. Hay que desterrar como norma social, especialmente en las relaciones de trabajo, lo que se ha llamado el paternalismo, que no puede suplir al cumplimiento de los deberes de justicia. Mas no ha de pensarse por ello que la justicia haga innecesaria la caridad, en su concepto general cristiano de virtud moral universal, y en su concepto estricto de caridad social. Esta ha de ir siempre unida a la justicia de su misma clase, constituyendo así ambas el doble principio directivo del orden económico y, en general, del orden jurídico-social.

FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.



JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia comentada

Los actos de Gobierno y la jurisdicción contencioso-administrativa

I

INTRODUCCION

En Sentencia de 27 de septiembre de 1966, el Tribunal Supremo, una vez más, se ha visto en la necesidad de enfrentarse con el concepto y ámbito de los actos políticos. Ante la pretensión de los defensores de la Administración de excluir de revisión jurisdiccional buen número de actos de los órganos que integran la Administración pública, bajo el pretexto de que son actos de Gobierno, la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, en la Sentencia citada (ponencia de MANUEL CERVIA), ha reducido a sus justos límites el ámbito de este tipo de actos, cuya subsistencia ha sido tan discutida por la doctrina.

En el segundo Considerando, la Sentencia que motiva estos comentarios sienta esta doctrina: «Que, en lo que concierne al primero de dichos extremos, es de reconocer que, si bien es cierto que, según el apartado b) del artículo 2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, "no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa... las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno"—y sin entender la cita que a continuación se hace, de los que afecten a la defensa del terri-

torio nacional, "relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando (u) organización militar", como limitativa, sino como meramente enunciativa, sin exclusividad alguna—, es igualmente indudable que el Decreto impugnado, aun estando producido por el Consejo de Ministros o Gobierno, por su naturaleza carece de aquella conceptualización, pues no constituye una medida que quepa encuadrarla entre las que son formativas del arte de dirigir a una nación para el cumplimiento de sus fines como Estado, en las que, sobre un fondo jurídico han de predominar razones de conveniencia y oportunidad, sino que su contenido y finalidad son estrictamente administrativas, ya que se contrae a regular la retribución de los funcionarios de la Administración civil del Estado, o, más concretamente aún, de uno de sus elementos, cual es el coeficiente multiplicador que deba aplicarse, para cada Cuerpo, sobre el sueldo base establecido legalmente, en cuya determinación han de estimarse, no criterios políticos o de gobierno, ni facultades de una discrecionalidad absoluta, sino las normas administrativas preestablecidas en la Base III de la Ley de 20 de julio de 1963 y en el artículo 23 de la Ley de 7 de febrero de 1964, que señalan objetivamente la titulación exigida para ingreso en el Servicio como pauta para aplicar el grado retributivo correspondiente, en cuanto a los Cuerpos genegales de la Administración; de lo que debe seguirse, no cabe acoger la inadmisibilidad propuesta, al amparo de los preceptos invocados y de conformidad con el apartado a) del artículo 82 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, ya que es de reafirmar la competencia jurisdiccional para conocer del asunto sometido a revisión contencioso-administrativa.»

Este nuevo jalón de las conquistas jurisdiccionales, en la línea de reducir al máximo la esfera de los actos excluidos de impugnación contenciosa, nos lleva una vez más al estudio de los actos políticos (1).

(1) Por nuestra parte, nos hemos ocupado del tema, con amplia referencia a la doctrina y al Derecho comparado, en *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, págs. 73 y siguientes, y en *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1966. II, págs. 64 y siguientes.

II

ADMINISTRACION Y POLITICA

1. *La actividad política.*

a) La política es toda actividad humana por la que se reglamenta la comunidad, con arreglo a un plan (2), o, si se quiere, la actividad tendente a la reglamentación de la comunidad con arreglo a un plan. Existirá política tanto cuando un conjunto de hombres tratan de conquistar el Poder para llevar a cabo la reglamentación de la comunidad con arreglo a sus propias convicciones, como cuando, desde el Poder, van convirtiendo en realidad sus aspiraciones. No tiene nada de particular, por tanto, que se haya vinculado la idea de política a la de Poder (3). Porque el poder es el instrumento que el político tiene en sus manos para conformar la sociedad según sus propias convicciones.

Ahora bien, el ejercicio del Poder adopta muy diversas manifestaciones. Manifestaciones del Poder son todas y cada una de las funciones estatales (4). De aquí que surja una primera cues-

(2) CONDE: *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, en especial, págs. 78 y siguientes. Vid., también, RUIZ DEL CASTILLO: *Concepto de lo político*, «El Español», 11 marzo 1944. La política es actividad humana sobre la que puede construirse una teoría y formularse unos principios. FERNANDEZ MIRANDA: *Pedagogía y política*, RE, núm. 18, pág. 583.

(3) Como hace, entre nosotros, OLLEDO, en *Introducción a una teoría de la política*, RE, núms. 22-23, págs. 1 y siguientes, donde dice: «La superación de un concepto estatal de la política nos llevó a la estimación más comprensiva de la política desde el punto de vista sociológico, y esa vía nos ha conducido a la consideración de la política como lucha por el Poder» (página 31), si bien, después, afirma: «La actividad humana que tiende de alguna forma a asegurar mediante la existencia del Poder un orden de convivencia libre y voluntariamente aceptado—considerado legítimo—es la política» (página 34).

(4) SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho político*, II, Granada, 1945, página 163. Todas las funciones del Estado—dirá POSADA—son manifestaciones de una misma dirección de su actividad: realizar el Derecho y, por su intermediario, colaborar al desarrollo de todos los intereses humanos. En *La fonction administrative de l'Etat*, «Revista de Derecho Público», tomo V, 1896, página 296. «La legislación, la justicia y la Administración son todas actividades mediante las cuales el Estado tiende a realizar su fin.» O. MAYER: *Derecho administrativo alemán* (edición esp.), Buenos Aires, 1949, I, pág. 5.

ción: ¿Hasta dónde llega la actividad política y dónde empiezan las otras funciones estatales? ¿Es posible establecer una línea diferencial clara, o, por el contrario, tal diferenciación es imposible por llegar la política hasta las últimas manifestaciones de la actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional?

b) Esto nos lleva a considerar la relación entre política y las funciones clásicas del Estado. Y en seguida surge una diferencia capital. El paso de la política a la administración y a la jurisdicción puede ser directo, o, por el contrario, puede existir de por medio nada menos que la legislación. Las consecuencias serán radicalmente distintas. En efecto:

a') Cabe, en primer lugar, que el paso de la política a la jurisdicción y administración sea directo. Entre lo político y el Juez o el Administrador no existe una legislación. En el antiguo régimen, según SANTAMARÍA, no se puede distinguir entre política y administración. Los actos del príncipe y de sus funcionarios se extienden por un ancho campo en que es imposible diferenciar parcelas con arreglo a este criterio (5). Ello es posible, señala MURILLO, porque, de un lado, la administración no es todavía lo suficientemente complicada como para exigir una especie de fanal de aire inmóvil que preserve de huracanes políticos su delicado mecanismo; de otro, porque el mando político en manos del monarca absoluto no es aún como un Poder casi demoníaco, de cuya contaminación hay que preservar algunas posiciones de la vida pública. Por el contrario, la efusión generosa del carisma regio hasta las venillas que hoy llamaríamos administrativas del Estado, vivifica la entera actividad del Poder (6).

No hay que acudir a antecedentes tan remotos. En el panorama que nos ofrece el mundo moderno es posible encontrar ejemplos claros de esta concepción. Por citar el más característico, recordemos el significado del principio de la «legalidad revolucionaria», también llamado, a partir de la estabilización relativa a las conquistas revolucionarias, «legalidad socialista», en las democracias populares. Según aquél, todo lo que se reconoce dictado

(5) Cit. por MURILLO, en ob. cit., en nota siguiente.

(6) *Administración y política*, «Revista de Administración Pública», número 6, pag. 91.

por el interés del conjunto de trabajadores y del orden revolucionario en general, y que, por consiguiente, se encuentra reglamentado de cualquier manera, debe ser realizado contra los contraventores. Se trata de la aplicación efectiva de todo el orden jerárquico *lato sensu*, que abarca, no sólo las normas que nosotros consideramos jurídicas, sino también las instrucciones de los Ministros, de los Jefes de las ramas autónomas de la Administración, de los Presidentes de las comisiones diversas, de las decisiones de los Soviets. Y el Juez no es el órgano imparcial que decide con arreglo a Derecho, con arreglo a una Ley previa. Porque debe velar por el principio de la legalidad en el sentido señalado, por ello escoge para el caso concreto la solución que le parece más útil a la causa de la revolución. De aquí que haya podido afirmarse que no existe la distinción entre justicia y política, porque «el Juez ejerce una función declaradamente política» (7).

b') Sistema contrario es el que entre la política y la administración y la jurisdicción coloca la Ley. El instrumento esencial del político será el legislativo. Son las Leyes las que permiten conformar la comunidad con arreglo a un plan. A través de la actividad legislativa se introducirán en el Ordenamiento aquellas innovaciones que exija el plan. Para el legislador no existen trabas legales. El gobernante tiene sobre sí los principios inmutables del Derecho natural. Pero goza de la máxima libertad para dictar normas jurídicas. El Ordenamiento vigente no constituye obstáculo alguno. Puede ser derogado, modificado, reformado. Es lógico que se haya considerado esencial a la legislación la idea de «innovación» (8), y hasta que se haya querido eliminar la legislación como actividad distinta de la de gobierno, reduciendo las funciones del Estado a las tres siguientes: gobierno, administración y jurisdicción (9). Porque el legislador es—en frase de CALAMANDREI—el verdadero transformador de la política en Dere-

(7) CALAMANDREI: *Proceso e Democrazia*, Padova, 1954, pág. 51.

(8) RANELLETTI: *Principi di Diritto amministrativo*, Napoli, 1911, págs. 240 y siguientes.

(9) Cfr., entre los administrativos, GAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, trad. L. Rodó, Santiago, 1946, pág. 30; entre los procesalistas, GUASP, prólogo a mi *Derecho procesal administrativo*, I, págs. 29 y siguientes.

cho (10). El Juez o el Administrador parten ya de unas normas positivas. Su función se reduce a obrar con arreglo a estas normas.

2. Política y legislación.

Ahora bien: ¿se agota la actividad política en la legislativa? ¿Puede admitirse como cierta la división tripartita: gobierno, administración y jurisdicción? Para responder a esta pregunta conviene no olvidar elementales consideraciones.

a) Por un lado, que para que el plan político sea realidad, para que se conforme la sociedad según el plan, no basta que éste haya plasmado en normas jurídicas. «El Derecho—se ha dicho—ha de hacerse real creando el orden jurídico; el Derecho se manifiesta por medio de las fuentes jurídicas y es realidad al organizar jurídicamente la vida social. La actividad de los hombres como creadores de las normas positivas no estará completa hasta conseguir su fin: que la vida humana quede ordenada del modo en que mejor se aproxime a la "Ley eterna"» (11).

De aquí que no pueda haber una separación neta de política y administración. No puede establecerse en un momento determinado la separación entre una y otra. Resulta imposible afirmar que en un concreto escalón de la jerarquía administrativa acaba lo político y empieza lo administrativo. Por la sencilla razón de que todas las decisiones administrativas están teñidas de un matiz político que, naturalmente, se irá atenuando a medida que el Órgano que adopta la decisión se aleja de la cúspide del Poder.

Si en el Jefe del Estado y en el Consejo de Ministros el matiz político alcanza su máxima magnitud, en los actos de un Jefe de Sección el matiz político apenas si existe.

En un reciente y sugestivo libro, que no podemos por menos de recomendar (12), se dice: «El Ministro es el Gran Padre, el

(10) *Proceso e Democrazia*, cit., pág. 54.

(11) DE CASIRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, pág. 487.

(12) Me refiero al libro de HENRI DEROCHÉ *Les mythes administratifs*, Presses Universitaires de France, París, 1966, donde he encontrado, una vez más, confirmación de que los hechos que recojo en mi libro *El administrado* (Madrid, 1966), no son ni mucho menos exclusivos de la Administración pública española. El panorama desalentador para el administrado se da en todos

Jefe Supremo de la Administración que participa en la verdadera fuente del Poder en el seno del Consejo de Ministros. A este nivel, poder político y administración se confunden.» Y, poco después, añade: «El Gabinete del Ministro constituye así el punto de unión de la administración y de la política. A través de él, la política penetra en la administración, se transporta y se proyecta en los textos» (13).

b) Pues bien: lo que la teoría de los actos de gobierno supone es señalar la existencia de una serie de actos emanados de los órganos administrativos que, por su acentuado matiz político, escapan de toda fiscalización jurisdiccional.

III

DOCTRINA SOBRE LOS ACTOS DE GOBIERNO

A. Teorías negativas.

Cada día está más extendida la opinión que niega toda razón de ser a la categoría de actos políticos, que nació con el único

los países, a uno y otro lado del telón de acero (o de la cortina de hierro, como también se dice).

Es más, en este precioso libro de Henri Deroche me he encontrado con que fenómenos muy comunes en España, pero para los que todavía no hemos inventado un nombre, ya lo tienen en Francia

Por ejemplo, uno de los fenómenos por mí destacados (Cfr. *El administrador*, cit., pág. 71) es el ingreso en la empresa privada del político o funcionario, como premio de los servicios prestados durante la gestión pública.

Pues bien, en Francia este fenómeno ya tiene un nombre. H. DEROCHE «en *Le mythes administratifs*, cit., pág. 294), dice: «La expresión de "pantouflage" ha llegado a ser clásica en el lenguaje administrativo, en el que significa la partida de un alto funcionario hacia un empleo retribuido del sector privado o aun del sector semipúblico.»

Dada la frecuencia del hecho, sería muy interesante utilizar, respecto de estos «administrantes» una medida análoga a la que, para los contribuyentes, ha previsto el artículo 6.º del Decreto-Ley 8/1966, de 3 de octubre. Me permito sugerir que al finalizar cada año, se publique una lista de los casos de «pantouflage» de la Administración española.

(13) H. DEROCHE: *Les mythes administratifs*, cit., págs. 79-80. De aquí que la Administración sea, formal y jurídicamente, parte de las relaciones, titular de un interés, si bien este interés sea el interés público. Si puede hablarse de una tendencia a la imparcialidad (así ALLEGRETTI, en *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padua, 1965, págs. 3 y siguientes), la imparcialidad queda en eso en una tendencia.

fin de sustraer al conocimiento de la jurisdicción administrativa de ciertas cuestiones propiamente administrativas. Particularmente en Francia, son muchos los que afirman que los llamados actos políticos o de gobierno son verdaderos actos administrativos, por lo que ninguna razón impide que puedan deducirse con relación a los mismos pretensiones ante la jurisdicción administrativa (14). Es cierto que gran parte de los Ordenamientos jurídicos reconocen la distinción; pero la doctrina y la jurisprudencia van reduciendo cada día más el núcleo de actos de gobierno (15). En realidad, la mayor o menor extensión de los

(14) En este sentido, MICHOU, *Des actes de gouvernement*, en «Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble», 1889 I, págs. 216 y siguientes; BREMOND, *Des actes de gouvernement*, en «Revista de Derecho Público», t V, 1896, págs. 23 y siguientes; MOREAU: *Manuel de Droit administratif*, París, 1903, pág. 124; BERTHELEMY: *Traité de Droit administratifs*, París, 1933, páginas 127 y 132. Vid también DUEZ: *Les actes de gouvernement*, París, 1933; GROS, *Survivance de la raison d'Etat*, París, 1933; PEQUIGNOT: *Journées juridiques et économiques Franco Suisses*, Montpellier, 1952, pág. 10.

Un completo resumen, en ZAGO: *L'atto politico nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milán, 1962.

En la doctrina reciente se ha acentuado esta tendencia, llegándose a hablar del «introuvable acte de gouvernement», como VILLARY, en «Revista de Derecho Público», 1952, págs. 317 y siguientes. Y, en todo caso, se reacciona contra la clásica distinción de dos especies de actos de gobierno—los que se referían a las relaciones internacionales y los que se referían a los diversos poderes de alta administración interna—, para afirmar que «esta segunda categoría no puede ser mantenida en la hora actual: los raros ejemplos que se citan por los autores no serían reproducidos, probablemente, en la hora actual por el Consejo de Estado». En este sentido, LIET-VEAUX: *Recours pour excès de pouvoir. Conditions de recevabilité*, JCA, fascículo 650, pág. 30. Vid también JEZE: *Contrôle juridictionnel des actes concernant les rapports internationaux*, «Revista de Derecho Público», 1945, págs. 267 y siguientes, donde se hacen interesantes consideraciones sobre el tema; y ODIENT: *Contentieux administratif*, «Les cours de Droit», París, 1954, págs. 122-126, donde todavía señala ejemplos de actos de gobierno internos en la jurisprudencia reciente. CHOUBLIER: *Les nouveaux Tribunaux administratifs*, París, 1954, página 28. En análogo sentido LAUBADÈRE, en *Manuel de Droit administratif*, 4.ª ed., París, 1955 pág. 92, todavía enumera los actos del ejecutivo en sus relaciones con las asambleas políticas y los de carácter diplomático. Cfr. también LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1962, páginas 168-191; y ALESSI: *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1966, II, páginas 722-723.

En España niegan razón de ser a la distinción: GUITA: *Actos políticos y justicia administrativa*, en «Homenaje al Profesor Legaz Lacambra», Santiago, 1960; GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 38, páginas 182-183; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 271-272.

(15) Cfr. BERCAITZ: *Proceso y procedimiento contencioso-administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 44, págs. 129-131; GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades...*, cit., págs. 180-195, y AUBY y DRAGO: *Traité de contentieux administratifs*, París, 1962, I, págs. 71-89.

actos políticos dependerá de la concepción política del Ordenamiento jurídico de que se trate (16).

En Derecho italiano, se planteó el problema de la subsistencia de la exclusión de impugnación de los actos políticos después de entrar el vigor la nueva Constitución, cuyo artículo 113 proclama la impugnabilidad de todo acto de la Administración. La doctrina parece inclinarse por la subsistencia de la exclusión y, por tanto, por la vigencia de la distinción (17).

B. *Teorías que reconocen la distinción.*

Frente a los autores que niegan toda razón de ser a la categoría de «actos de gobierno» existe un importante sector de la doctrina que considera imprescindible su mantenimiento. Entre nosotros, BOQUERA afirma: «Creemos que no es conveniente seguir afirmando que el acto político no existe; que es un puro azar de matiz técnico procesal, un simple acto administrativo exento de fiscalización jurisdiccional. Desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo actual, dicha afirmación no es correcta ni beneficiosa para nadie» (18). Entre los autores que admiten la distinción se han formulado varias posiciones acerca de cuál es la característica que diferencia los actos de gobierno de los propiamente administrativos. Las principales son las siguientes:

(16) Si en un sistema inspirado en principios liberales, con una rígida aplicación del principio de legalidad, considerando la soberanía, como en la fórmula clásica del liberalismo, «competencia de competencias», el núcleo de actos de Gobierno será limitadísimo; por el contrario, en sistemas y épocas calificadas de «políticas», frente a las «jurídicas», su ámbito será más extenso.

(17) En este sentido, BACHELET: *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, págs. 64-65.

(18) En *Los orígenes de la distinción entre política y administración*, «Revista de Administración Pública», núm. 40, pág. 77.

Entre los tratadistas hispanoamericanos, BERCAITZ, en *Proceso y procedimiento contencioso-administrativo*, cit., pág. 131, afirma: «Hay una actividad esencialmente política de conducción del Estado, que aun cuando subsumida en normas constitucionales, escapa al control de legalidad por no hallarse reglada por ninguna norma de tipo legislativo. Tal la relativa a la defensa del territorio, a las relaciones internacionales, a la distribución y conducción de las fuerzas armadas, al indulto o conmutación de penas, etc. Por esto entendemos que los actos de gobierno no deben hallarse sometidos al remedio jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de la enumeración restrictiva del recurso de inconstitucionalidad, cuya finalidad y objeto es distinto, y del controlar político del Congreso.» Y en la propia doctrina francesa se afirma: negociar con potencias extranjeras, depositar proyectos de Ley,

1. *El móvil del acto.*

Puede considerarse clásica. Según esta posición, son los motivos los que determinarán el carácter político del acto; si se ha dictado por consideraciones de orden político, estamos en presencia del acto de gobierno. El autor más caracterizado de esta dirección es DUFOUR (19), habiendo sido acogida por la jurisprudencia francesa, si bien el Conseil d'Etat abandonó el criterio desde 1872, como también fue abandonado por el Tribunal de Conflictos. La doctrina reciente rechaza unánimemente este criterio, porque: por un lado, permitiría al Gobierno que, acudiendo a los motivos, impidiese la fiscalización jurisdiccional de actividad propiamente administrativa, y por otro en atención a que la naturaleza del acto no puede depender de los motivos que induzcan al Órgano a realizarlo. Un acto administrativo no deja de ser tal porque haya sido dictado por consideraciones de orden político (20). Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo todavía parece inspirarse en la idea del móvil en alguna decisión, como—según GARRIDO—en la Sentencia de 19 de enero de 1951 (21).

2. *El impulso o dirección.*

Para otros, lo característico de los actos de gobierno es la función de impulso, de dirección. Mientras que la Administración es acción, cuidado de los negocios del Estado en el orden establecido por la Ley y las directrices del Gobierno, el gobierno es función de iniciativa, de impulso, de dirección; es el motor, mientras la Administración es el agente transmisor. ESMEIN es uno de los

disolver la Asamblea Nacional, son realizaciones de una función distinta de la Administración. Así, PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du Droit administratif française*, «Revue de Droit Public et de la Science Politique», 1965, pág. 393.

(19) *Traité général de Droit administratif appliqué*, 1870, V, págs. 127 y siguientes.

(20) JEZE: *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques*, «Revista de Derecho Público», 1922, págs. 377 y siguientes.

(21) GARRIDO: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pág. 116.

principales defensores de esta posición (22), que ha sido criticada porque «cuando de este concepto de gobierno, muy general y también vago, se descende a determinar en qué se concreta, cuáles son actos de gobierno o políticos, las incertidumbres son graves» (23).

3. *La ejecución directa de una disposición formal de la Constitución.*

A diferencia de la administración—ejecución de una Ley ordinaria—, el gobierno es ejecución directa de una disposición formal de la Constitución (24). RANELLETTI, al criticar esta posición, señala cómo muchas Constituciones contienen disposiciones que se refieren a materia de naturaleza estrictamente administrativa, mientras que no todo lo político se encuentra recogido en los textos constitucionales (25).

4. *La naturaleza discrecional.*

Se postula como diferencia entre actos administrativos o de gobierno la naturaleza reglada o discrecional de los mismos. Reglado el acto administrativo, es discrecional el político (26). Se ha criticado porque si bien es cierto que todo acto de gobierno es, por naturaleza, discrecional, no lo es que todo acto administrativo sea reglado.

5. *La consideración de los intereses generales en su unidad.*

Para RANELLETTI es decisiva y determinante la consideración de los intereses generales en unidad; es la consideración unitaria

(22) *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1921, I, paginas 21 y siguientes. Ya antes habían acogido esta dirección en la doctrina francesa, entre otros, AUCOC: *Conferences sur le Droit administratif*, 1885, I, número 4, págs. 34, 38 y siguientes, y DUCROQU: *Droit administratif*, I, número 32. En España sigue esta dirección, siguiendo la línea de nuestra doctrina clásica (cita a OLIVAN y ORTIZ DE ZÚÑIGA), GARCÍA OVIEDO.

(23) RANELLETTI: *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, página 38.

(24) Entre otros, LE COURTOIS: *Théorie des actes de gouvernement*, 1945, paginas 112 y siguientes.

(25) *Teoria degli atti amministrativi*, cit., págs. 40 y siguientes.

(26) Por ejemplo, JELLINEK: *Allgemeinestaatslehre*, 1905, págs. 601 y siguientes.

de los intereses generales del Estado, en los momentos fundamentales o supremos de su vida, lo que da carácter político al acto que de aquella consideración es determinado, que en ella encuentra su causa. Es la causa la que marca el criterio diferencial decisivo; es la causa, el fin práctico del acto, lo que para RANELLETTI constituye lo esencial del acto de gobierno; no pueden ser tomados en consideración los motivos que, eventualmente, el órgano gubernativo había tenido presente al dictarlo (27). Y una vez fijada lo esencial del acto de gobierno, señala las siguientes características del mismo:

— Que es discrecional, pues si bien la Ley puede establecer la competencia del órgano para dictarlo y la forma y límites de la actividad, no puede determinarse el contenido de la acción ni de los acuerdos.

— Que no es homogéneo; puede ser acto legislativo o administrativo.

— Que ha de emanar siempre del Estado, no de otras entidades administrativas (28).

(27) *Teoria degli atti amministrativi*, cit., págs. 47 y siguientes.

(28) E incluso, dentro del Estado, parece que únicamente el Gobierno debe ser el autor de los actos de esta naturaleza. Porque «el Consejo de Ministros, en cuanto Gobierno, puede ser calificado de motor o soporte de la actividad política, mínimo del Estado, corazón político, matriz y residuo de la entera actividad estatal, "Deus ex machina" de la política; y adviértase que en este rosario o letanía no se contiene una serie de ditirambos, sino de metatoras, casi todas exactas». GASCÓN HERNÁNDEZ: *Consejo de Ministros*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», V. pág. 67. Por tanto, no es concebible un acto político de una entidad local. Cfr. MARTÍNEZ DÍAZ: *Trascendencia de al potestad discrecional en la esfera local*, en *Jornadas municipalistas en las Islas Canarias*, Las Palmas, 1957, págs. 11-13. TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, en *Comentarios*, cit., I, págs. 277-279, afirman que «el Gobierno no es el único órgano de la Administración que tiene carácter político. Lo tienen, además, todos los que, según el artículo 2.º de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, constituyen los órganos superiores de la Administración del Estado: Jefe del Estado, Comisiones delegadas, Presidentes del Gobierno y Ministros. Y aún hay otros órganos inferiores de la Administración cuyo carácter político es indudable».

En principio, es necesario insistir en que únicamente es admisible la exclusión de impugnación de aquellos actos que emanan del Consejo de Ministros.

La idea parece haber tenido acogida en alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, como en la de 27 de septiembre de 1870, en que se reconoce el carácter político de un Decreto cuando «no es sólo el Ministro el que lo refrenda, sino colectivamente el Gobierno, acordado en Consejo de Ministros, como ejercitando el poder político supremo del país». Y se reitera en la jurisprudencia posterior a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa,

IV

LOS ACTOS DE GOBIERNO EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. *Los actos de gobierno en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Nuestra legislación procesal administrativa ha venido regulando defectuosamente la exclusión de los actos de gobierno del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 4.º, número 1, RC, decía que «corresponden señaladamente a la potestad discrecional... las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenecen al orden político o de gobierno». Es decir, si se excluía del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa los llamados «actos de gobierno», no era por no ser actos administrativos, sino porque, aun siendo «actos administrativos», eran actos «discrecionales», en los que no concurría el requisito segundo del artículo 1.º de la vieja Ley de lo contencioso-administrativo. La Ley de 28 de marzo de 1944, en su artículo 2.º, pareció mejorar algo la redacción al excluir, «como pertenecientes al orden político o de gobierno las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de Leyes y disposiciones referentes a...». Por último, la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa viene a regular adecuadamente al cuestión, al decir en su artículo 2.º, apartado 1, c), que no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que

que vincula el acto político al acto emanado del Gobierno (verbigracia, Sentencias de 7 de abril de 1960 y 5 y 11 de octubre de 1961).

APELT, en *L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne?*, LJCE, pág. 647, habla de los «órganos políticos supremos, y D. C. INGHILLERI habla del Gobierno como elemento subjetivo del acto político en *Politica, Amministrazione e Giurisdizione amministrativa*, en «Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario», Roma, 1932, páginas 333-334.

afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa». Y dicho artículo comienza diciendo que «no corresponderá, por tanto...»; es decir, por no ser administrativas, las materias enumeradas, entre las que se encuentra la citada (29).

B. *La doctrina jurisprudencial.*

Desde la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia ha ido reduciendo el ámbito de los actos de gobierno hasta dejarlo en sus justos límites. Interpretando correctamente dicha Ley, se establecen como requisitos esenciales del acto político los siguientes:

1. *Que emanen del Gobierno.*—Ya antes de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa así se había exigido. Por ejem-

(29) Es cierto que la política es toda actividad humana, por la que se reglamenta la comunidad con arreglo a un plan (CONDE: *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, en especial, págs. 78 y siguientes, y RUIZ DEL CASTILLO: *Concepto de lo político*, «El Español», 11 marzo 1944), por lo que existirá política tanto cuanto un conjunto de hombres trata de conquistar el Poder para llevar a cabo la reglamentación de la comunidad con arreglo a sus propias convicciones, como cuando desde el Poder va convirtiendo en realidad sus aspiraciones. No tiene nada de particular, por tanto, que se haya vinculado la idea de la política a la de poder (OLLERO: *Introducción a una teoría de la política*, RE, núms. 22-23, págs. 30-31). Porque el Poder es el instrumento que el político tiene en sus manos para conformar la sociedad según sus propias convicciones. De aquí que la política haya de realizarse precisamente a través de la legislación y de la administración.

Ahora bien, existe un núcleo de actos, actividad del Estado, que no puede ser calificada propiamente de legislativa o administrativa, y que también es política, y hasta, si se quiere, política por antonomasia: los llamados actos de gobierno. Pues bien, este núcleo de actos del Estado son los que escapan de toda fiscalización jurisdiccional. Es respecto de ellos como opera la discrecionalidad máxima del Estado. «La necesidad de dar con la norma de acción más congruente para cada momento, de conformidad con las circunstancias concurrentes, hacen del político un ser esencialmente ágil, flexible, vivo» L. E. PALACIOS: *La prudencia política*, RE, núm. 13, pág. 99.

«Se ha estimado por el legislador—dice PERA VERDAGUER—que tales actos no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa, y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales» Cfr. *Comentarios*, cit., pág. 45.

plo, una Sentencia de 27 de septiembre de 1870 excluye de impugnación contenciosa unos Decretos en que «no es sólo el Ministro el que los refrenda, sino colectivamente el Gobierno, acordando en Consejo de Ministros, como ejercitando el Poder político supremo del país».

Quizá pudiera ampliarse la esfera de órganos de los que puede amanar un acto político, aceptando la tesis de VIRGA, al afirmar que este tipo de actos se caracteriza por dos elementos: «1) un elemento formal, constituido por el hecho de que haya emanado de órgano perteneciente al Gobierno del Estado (Presidente de la República, Consejo de Ministros, Presidente del Consejo de Ministros; 2) un elemento material, constituido por el hecho de que haya emanado en el ejercicio del poder político, que es considerado como un cuarto poder de los tres tradicionales, y en particular del administrativo» (30).

En España, aun cuando no faltan decisiones jurisprudenciales que admiten actos políticos, aunque emanan del titular de algún Departamento ministerial, va prevaleciendo la buena doctrina de negar tal carácter a los actos que no han sido adoptados «por el Gobierno». Así, Sentencia de 7 de abril de 1960. Otra Sentencia de 10 de febrero de 1962 se refiere a que sólo las disposiciones «acordadas a consecuencia de actos políticos del Gobierno pueden estimarse comprendidas en la norma excluyente contenida en el artículo 2.º, apartado b), LJ, caracterizándose por la jerarquía del órgano, pues éste ha de ser precisamente el Consejo de Ministros».

Posteriormente, se ha insistido en este carácter. Así, la Sentencia de 21 de diciembre de 1964 consagra el principio fundamental y alude al «criterio constantemente mantenido por la jurisprudencia, claramente manifestado en múltiples Sentencias, y entre ellas, en las de 26 de diciembre de 1959, 10 de febrero y 29 de octubre de 1962 y 30 de septiembre de 1963, de que los actos excluidos son únicamente los dictados por el Gobierno en

(30) VIRGA: *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milán, 1966, págs. 214-215. En el mismo sentido, se pronuncia BACHELET, en *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, pág. 65, al considerar los actos políticos como una categoría general de actos procedentes de los supremos órganos del Estado en el ejercicio de un poder distinto del propiamente administrativo. En el mismo sentido, ALESSI: *Principi di Diritto amministrativo*, Milán, 1966, II, págs. 722-723.

su unidad, o sea en Consejo de Ministros; pero no estas otras atemperadas al procedimiento de la Ley de Orden Público en la reducida esfera de una nueva sanción impuesta por la autoridad del Gobernador civil en su provincia». Y otra de 18 de febrero de 1963 afirma que para que se den las cuestiones que el artículo 2.º, b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, excluye de revisión jurisdiccional, es preciso que se den dos circunstancias: una, objetiva, el carácter político de la cuestión; otra, subjetiva, referente al organismo emisor de la decisión, que lo ha de ser el Gobierno, concebido como unidad de conjunto».

2. *Que, por su objeto, sean actos dictados en consideración de los intereses generales en su unidad.*—Esta concepción del acto político, que se había insinuado en alguna Sentencia anterior, adquiere consagración plena en la Sentencia comentada de 27 de septiembre de 1966, al señalar como nota específica del acto de gobierno el «arte de dirigir a una nación para el cumplimiento de sus fines como Estado, en los que, sobre un fondo jurídico, han de predominar razones de conveniencia y oportunidad», continuando la línea de la Sentencia de 7 de abril de 1960, al referir la expresión acto político «exclusivamente a asuntos trascendentales dentro del ámbito general».

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.

Resoluciones y sentencias

1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

HIPOTECA CONSTITUIDA SOBRE UN PISO INSCRITO A FAVOR DE SUS PROPIETARIOS DENTRO DEL FOLIO GENERAL ABIERTO A TODO EL EDIFICIO, CONFORME A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA VIGENTE EN 1959. NO ES PARA ESTE CASO ESPECÍFICO DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO (AUNQUE SÍ SERÍA COVENIENTE) LO QUE DISPONE EL ARTÍCULO 5.º DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. Y NO IMPONENDO ÉSTA, ADEMÁS, EL FOLIO AUTÓNOMO, NO HAY OBSTÁCULO TAMPOCO QUE SE OPONGA A LA INSCRIPCIÓN DE TAL HIPOTECA DENTRO DEL FOLIO ABIERTO CON CARÁCTER GENERAL, PUES EL ARTÍCULO 107 DE LA LEY HIPOTECARIA, QUE ESTABLECÍA LA EXIGENCIA DE QUE SÓLO PODÍAN CONSTITUIRSE DICHOS GRAVÁMENES CUANDO LOS PISOS APARECIESEN INSCRITOS COMO FINCAS INDEPENDIENTES, HA SIDO MODIFICADO EN SU REDACCIÓN ACTUAL POR LA CITADA LEY, QUE HA SUPRIMIDO ESTA EXIGENCIA, Y SE REMITE DIRECTAMENTE AL ARTÍCULO 8.º DE LA LEY HIPOTECARIA, QUE PERMITE FACULTATIVAMENTE LAS DOS FORMAS DE INSCRIPCIÓN.

Resolución de 19 de julio de 1966 («B. O.» de 17 de agosto).

Por escritura autorizada en San Sebastián el 11 de junio de 1963 por el Notario recurrente, la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa concedió a los esposos don P. y doña M. un préstamo de 40.000 pesetas, en garantía de cuya devolución hipotecaron a favor de la referida Caja la vivienda izquierda del piso primero de la casa señalada con el número 18 del Alto de San Bartolomé, de

la indicada capital, que aparece inscrita bajo el mismo número de la finca de que formaba y sigue formando parte.

Presentada en el Registro primera copia de la citada escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento porque no solicitándose la inscripción del piso como finca independiente, de acuerdo con el artículo 8.º, número 5, de la Ley Hipotecaria, tampoco puede ser objeto de hipoteca independiente, según el artículo 107 de dicha Ley. Tampoco se consigna la descripción con las circunstancias que determina el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.»

Interpuesto recurso por don Mario de Zubiaga, Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación del Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, declara inscribible la escritura mediante la doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede inscribirse una hipoteca constituida sobre un piso que figura inscrito a favor de sus propietarios dentro del folio general abierto a todo el edificio, conforme a la legislación hipotecaria vigente en la fecha de adquisición, o si, por el contrario, sería necesario inscribir previamente, en folio separado, como finca independiente, el mencionado piso, volviendo, además, a describirlo con las circunstancias que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal. •

Que uno de los fundamentos básicos de la legislación inmobiliaria lo constituye el llamado principio de especialidad, que tiende—entre otros aspectos—a evitar el confucionismo que puede resultar del cúmulo de asientos vigentes bajo un mismo número del Registro, lo cual impediría la debida claridad que han de tener los libros registrales y que se traduce en la regla general sancionada en el artículo 243 de la Ley, de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que los terceros puedan conocer cuanto haga relación al inmueble y a su situación jurídica; mas cuando se trata de fincas especiales, como en el supuesto presente, de edificios en régimen de propiedad por pisos, la Ley Hipotecaria, antes y después de su reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 20 de julio de 1960,

permite o la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, o que se incriba como finca independiente cada piso o local, por lo que en el primero de los supuestos todos los actos relativos a los pisos del mismo edificio figurarán en el mismo folio registral, con el consiguiente riesgo de confusión y perturbación derivada de la falta de separación y claridad de los asientos que el mencionado principio de especialidad exige.

Que en el presente caso el piso discutido aparece inscrito conforme a la legislación hipotecaria vigente en 1959, y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita, antes se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida además la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que—dada la situación presente—el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno solo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador, en la disposición transitoria primera de la Ley de 20 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, mas sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley.

Por último, que al no imponer la Ley como obligatorio al folio autónomo y menos por vía de segregación, concepto ya inaplicable cuando se ha constituido la propiedad horizontal conforme a la nueva Ley y en consecuencia caber la posibilidad de que los pisos o apartamentos figuren y continúen inscritos dentro del folio abierto con carácter general, no hay ningún obstáculo que se oponga a la inscripción de la hipoteca constituida, pues el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que establecía la exigencia de que sólo podían constituirse dichos gravámenes cuando los pisos apareciesen inscritos como fincas independientes, ha sido modificado en su redac-

ción actual por la Ley de Propiedad Horizontal, que ha suprimido esta exigencia, y se remite directamente al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, que permite con carácter facultativo las dos formas de inscripción.

* * *

Las muestras de flexibilidad, de acoplamiento del Registro con la realidad, que viene dando desde hace unos meses (y de que son ejemplo las Resoluciones que en este mismo número de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO siguen a la presente) nuestro Ilustrado Centro, se quiebran un tanto en la que glosamos.

Dignas de encomio las alegaciones del Notario recurrente y bien fundada la defensa de su nota por el Registrador al enfrentarnos con el planteamiento de la cuestión hecha por la Dirección y el Considerando que le sigue (o sea el segundo), esperábamos fuese otra su solución. ¿Que no podía invocar expresos medios legales? Bien podría extraerlos del Informe del Registrador; y, sobre todo, en un recto y sano criterio de analogía, ¿no cabría haberse referido al párrafo penúltimo del artículo 71 del Reglamento Hipotecario, que, aunque dictado para la comunidad de aguas, fué introducido en la reforma de dicho Reglamento en 1959 para, en frase de uno de sus redactores—RAMÓN DE LA RICA—, «evitar el confu-sionismo que de otro modo se produciría, si en el mismo folio registral del aprovechamiento total se llevasen todos los actos jurídicos referentes a las cuotas de los partícipes»? (Página 78, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*).

Es decir, con palabras de nuestro Centro: «que en el primer supuesto—inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos y locales—todos los actos relativos a los pisos del mismo edificio figurarán en el mismo folio registral con el consiguiente riesgo de confu-sionismo y perturbación derivada de la falta de separación y claridad de los asientos que el principio de especialidad exige» (*in fine*, Considerando segundo).

Recordemos, por otra parte, lo que al tratar del Principio de Especialidad (*Estudios...*, t. I, pág. 423) dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Las partes integrantes de la finca se hallan afectadas a los mismos derechos, y, en general, no puede gravarse una porción física sin describirla y segregarla».

Debe consultarse, sin embargo, la vacilante Resolución de 27 de enero de 1928 y reconocer la razón que inspira los dos últimos Considerandos de la presente, cuya aplicación vendría a perturbar—si se convirtiese en norma—el despacho de la titulación en los Registros y alcanzaría a la claridad de los asientos.

Idéntica la Resolución de 21 de julio, *Boletín Oficial* de 19 de agosto de 1966.

REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—
FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES.—AUNQUE NO SURTE EFECTO FRENTE A TERCERO CUALQUIER LIMITACIÓN QUE VENGA A RECORTAR LA REPRESENTACIÓN EN LO QUE CONSTITUYE EL TRÁFICO DE LA EMPRESA, TAL PRINCIPIO NO ES INCOMPATIBLE CON UNA ESPECIAL NORMA ESTATUTARIA SOBRE LA FORMA DE ACTUAR TAL REPRESENTACIÓN, COMO, POR EJEMPLO, EL USO DE LA FIRMA SOCIAL, QUE PUEDE ESTAR ATRIBUIDA A CUALQUIERA DE LOS ADMINISTRADORES, O A VARIOS CONJUNTAMENTE, SIN QUE POR ESTO SE ENTIENDAN LIMITADAS EN EL CAMPO DEL OBJETO SOCIAL LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE ÉSTOS.

Resolución de 20 de julio de 1966 («B. O.» de 18 de agosto).

Por escritura otorgada el 19 de septiembre de 1963, don R. R., don I. A. y don A. B. constituyeron la Sociedad de Responsabilidad Limitada denominada «Inoxarte, S. L.», conviniéndose en la estipulación cuarta, recogida en el artículo 15 de los Estatutos, que la Sociedad estaría administrada por los tres constituyentes, «quienes representarán a la Empresa en todos los asuntos relativos al giro y tráfico de la misma, siendo necesario para obligarla con sus actos y contratos la firma de dos de dichos administradores.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, por cuanto en el artículo 15 de los Estatutos, al determinar el nombramiento de los tres socios constituyentes como administradores de la Sociedad, pactándose que ostentarán su representación en todos los asuntos relativos al giro y tráfico, bajo la previa condición que para obligar a la misma por sus actos y contratos es necesaria la firma de dos de dichos

administradores, se establece una condicionalidad que, con respecto a terceros, vulnera lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. No procede anotación de suspensión.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, que lo es el de San Baudilio de Llobregat, don Gregorio Lahoz Estevan, la Dirección revoca la nota del Registrador en méritos de la —para nosotros—ajustada doctrina siguiente:

Que el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada consagra el principio, fundamental para la seguridad del tráfico mercantil, del contenido típico de las facultades representativas de los administradores, en virtud del cual no surte efecto frente a tercero cualquier limitación que venga a recortar tal representación en lo que constituye el tráfico de la Empresa, es decir, en el campo del objeto social.

Que ello no es incompatible con una especial norma estatutaria sobre la forma de actuar tal representación, como, por ejemplo, el uso de la firma social que pueda estar atribuida a cualquiera de los administradores, o a varios conjuntamente, sin que por esto se entiendan limitadas objetivamente las facultades de administración y gestión de éstos.

Que así lo viene a confirmar el propio artículo 120 del Reglamento del Registro Mercantil, citado por el Registrador al sostener su nota, toda vez que, contra lo que dice el informe de este funcionario, prevé normas especiales estatutarias sobre «forma de actuar» de las personas que ejercen la administración y ostentan la representación de la Sociedad, y una norma especial puede ser la relativa al uso de la firma por los administradores en los actos y contratos, singularidad que habrá de publicar el Registro al mismo tiempo que la designación de la persona o personas que hayan de ejercer dicha administración y representación sociales, sin riesgo, por tanto, de engaño para terceros.

* * *

Manifiesta el Registrador en su Informe que no existe posibilidad de restringir frente a terceros el poder de representación de

los administradores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, según se desprende de la propia Ley (art. 11), de su Exposición de Motivos (que, literalmente, dice así: «La limitabilidad frente a tercero de la representación de las Empresas mercantiles, ni aun por medio de la correspondiente inscripción en el Registro, es un principio, que ya esbozado en nuestro Código de Comercio, se puede considerar hoy como dominante en la doctrina y en la legislación mercantil»); y, aun podríamos nosotros añadir, por el discurso que en defensa de la Ley pronunció ante las Cortes el Ministro de Justicia con las siguientes palabras: «Cualesquiera limitaciones que se les impongan (a los administradores) no producen efecto respecto a terceros, ni aun por medio de la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil.»

No obstante, autor tan ponderado como Uría dice que cuando se trata de pluralidad de administradores con facultades conjuntas en este tipo de Sociedades, al no establecer su Ley especial que, cual en las Anónimas (art. 73), se constituyan aquéllas en órgano colegiado (el Consejo), que decida por mayoría en los asuntos propios de su competencia, habrá que reputar admisible, tanto la constitución de un Organismo colegiado entre los administradores para decidir los asuntos por mayoría, como la exigencia del consentimiento de todos los administradores para todos los actos y operaciones. En el primer caso tendremos un sistema de administración similar al de la Sociedad Anónima; el segundo sistema ofrecerá, en cambio, más afinidad con la administración de una Sociedad personalista.

De tratarse—continúa Uría—de administradores con facultades separadas o solidarias (que una interpretación rigurosa, literalista del art. 11 de la L. R. L.—decimos nosotros—es lo que únicamente éste parece considerar, y de ahí la nota del Registrador), el supuesto debe ser contemplado con referencia a la Sociedad colectiva.

Y en tal supuesto, preguntamos: ¿es que a los administradores no se les puede condicionar la facultad de administrar? Entendemos, con el repetido Profesor Uría, que la escritura social puede limitar la facultad de los socios gestores (en las Sociedades colectivas) y dar diferente extensión y contenido a las de unos y otros...

En suma, y siguiendo las inspiraciones de aquél, cuando en una Sociedad Limitada exista pluralidad de administradores, es posible

indicar *la forma de actuar* de ellos, o sea tal como paladinamente expresa el último Considerando de la presente Resolución con su envío al artículo 120 del Reglamento del Registro Mercantil.

Finalmente, este criterio liberal está confirmado por el Código civil italiano, que en su artículo 2.298, en relación con el 2.384, aplicable a la Sociedad Limitada por declaración del 2.487, permite limitar las facultades del administrador con efectos para tercero si ha sido inscrita en el Registro de la Empresa.

¿Que todo esto es peligroso? ¿Que obliga a los terceros a tener siempre presente en sus relaciones con los administradores el contrato social? Ciertamente. Aunque ello es general en toda clase de apoderamientos.

Ver RODRIGO URÍA, *Derecho Mercantil*, números 413 y 134, páginas 338, 339 y 122. .

REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—EL PACTO POR EL QUE SE CONDICIONÓ AL ADAPTARSE A LA LEY ESPECIAL LA NO DISOLUCIÓN DE AQUÉLLA, INTEGRADA O CONSTITUIDA POR SÓLO DOS SOCIOS, A QUE LA REPRESENTACIÓN DEL QUE DE ELLOS FALLECIERE, CUALQUIERA QUE FUERE LA DISTRIBUCIÓN DE SU PARTICIPACIÓN ENTRE SUS HEREDEROS, LA OSTENTASE UNA SOLA PERSONA, QUE ASUMIRÍA, POR TANTO, TODO EL INTERÉS SOCIAL DEL SOCIO FALLECIDO, DEBE RESPECTARSE, PUES SU INCUMPLIMIENTO, NO OBSTANTE LA FRICCIÓN QUE LLEVA CON DETERMINADOS ARTÍCULOS DE LA CITADA LEY, OCURRIDO EL EVENTO, SOBRE IMPLICAR UNA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA ACARREARÍA TOTALMENTE LA DISOLUCIÓN DEL ENTE SOCIAL.

ADEMÁS, INDEPENDIENTEMENTE DE SU VALIDEZ O NULIDAD, EL HECHO DE SU INSCRIPCIÓN HACE QUE PRODUZCA TODOS LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 1.º DEL REGLAMENTO DE 14 DE DICIEMBRE DE 1956, MIENTRAS NO SE INSCRIBA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE DECLARE SU INEXACTITUD.

Resolución de 22 de julio de 1966 («B. O.» de 22 de agosto).

Por la escritura de 3 de enero de 1938 se constituyó en Cáceres la Sociedad «Sobrinos de Gabino Diez, Sociedad Limitada», cuya escritura de adaptación a la Ley de Sociedades de Respon-

sabilidad Limitada se otorgó el 24 de septiembre de 1957 por doña C. R. R. y doña P. G. M., únicos socios entonces de la Empresa, por fallecimiento de sus esposos, los fundadores. En esta escritura se contenían entre otras las siguientes estipulaciones:

V. La Sociedad no se disolverá por el fallecimiento de uno de los socios, pero en tal caso, los herederos del socio fallecido, que tendrán los mismos derechos que su causante, habrán de estar representados en la Sociedad por una sola persona, cualquiera que sea la distribución que entre ellos hagan de su participación en la Sociedad, asumiendo, por tanto, dicho representante todo el interés social del socio fallecido.

VI. Doña C. R. R. y doña P. G. M. tendrán el carácter de socios gestores y a ambos corresponde solidariamente la dirección y administración de los negocios sociales, uso de la firma social y representación de la Sociedad en juicio y fuera de él, pudiendo, por tanto... Será, no obstante, necesario el acuerdo de ambos socios gestores para resolver sobre los extremos siguientes:

H. Nombramiento y separación y retribución de Administradores apoderados.

Para tomar acuerdos en Junta cualesquiera de los socios citará al otro con veinticuatro horas de anticipación, al menos, si se encuentran ambos en la ciudad de Cáceres y de diez días si alguno de ellos se encontrase ausente. La citación señalará hora y sitio de la Junta, así como el orden de asuntos a tratar. En lo no expresamente previsto se ajustará a las disposiciones legales.»

Doña C. R. R. falleció el 15 de enero de 1958, y en cumplimiento de lo establecido en la transcrita cláusula V, sus hijos y herederos, los señores G. R., otorgaron escrituras de designación de representante de la Sociedad a favor de su hermano don D., que, a petición de éste, fueron inscritas en el Registro Mercantil; también se formalizó la escritura de participación y adjudicación a sus hijos y herederos de las participaciones que en la Sociedad «Sobrinos de Gabino Díez tenía doña C. R. R., escritura que se inscribió en el Registro Mercantil. Convocada la Junta general de la Sociedad, prevista en el último párrafo de la estipulación VI

de la escritura de adaptación, tuvo lugar en la fecha, hora y lugar señaladas, sin que a la misma asistiera el otro socio, doña P. G. M. Los restantes socios, hijos de la ya fallecida doña C., a los que correspondía el 75 por 100 del capital social, acordaron por unanimidad revocar el poder que la Sociedad tenía conferido a don R. S. P. En cumplimiento el anterior acuerdo, don D. otorgó la correspondiente escritura de revocación, que fue comunicada al interesado, requiriéndole para que entregase las llaves de la Empresa que tuviera en su poder. El requerido manifestó que con anterioridad había expresado a los socios su deseo de cesar en su puesto de Apoderado, por lo cual entregó copia del poder y las llaves que tenía a doña P. G. M., no volviendo a las oficinas de la Entidad desde el mes de abril, por lo que le extrañaba el requerimiento que se le hacía, y que aunque estimaba nula la revocación, por precisarse, según el apartado H de la cláusula VI de la escritura social de 24 de septiembre de 1957 el acuerdo de todos los socios gestores, renunciaba a continuar en sus funciones de Gestor-Apoderado.

Presentada en el Registro primera copia de la indicada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento en este Registro Mercantil a las once horas del día 28 de los corrientes, según el asiento 28 del diario cuarto, se deniega la inscripción en cuanto a la revocación de poder, porque requiriéndose para efectuarla el acuerdo de los dos socios gestores de la Sociedad, según consta de la inscripción séptima de la hoja número tres, que son actualmente doña P. G. M., lo que resulta de la misma inscripción, y don D., éste, por si y por sus hermanos, doña P., doña C., doña A., don T. y don M., pero asumiendo por si solo el referido don D. todo el interés social que habría correspondido en «Sobrinos de Gabino Díez, Sociedad Limitada», a su madre, doña C. R. R., según la inscripción octava, no consta que el expresado socio gestor, doña P. G. M., haya prestado su consentimiento para la revocación, practicándose la inscripción en cuanto a la renuncia formulada por don R. S. P. a su cargo de Administrador-Apoderado de «Sobrinos de Gabino Díez, Sociedad Limitada», en el tomo 19 general de Sociedades, libro segundo de la Sección segunda, folio 26 vuelto, hoja numero tres, inscripción 11.»

Interpuesto recurso por los hermanos G. R., la Dirección confirma la nota del Registrador en méritos de la doctrina siguiente:

Que la cuestión planteada viene a reducirse a si en una Sociedad Limitada constituida por sólo dos socios y que por ello—como declaró la Resolución de 20 de julio de 1957—se regía forzosamente por unanimidad, «aunque a tales socios les correspondiera desigualmente el capital social», y en la que al adaptarse a la Ley en 29 de septiembre del mismo año se estableció (cláusula VI) con carácter estatutario la dirección y administración solidaria, con la excepción de una serie de actos para los cuales dicha unanimidad («el acuerdo de ambos socios gestores») seguía siendo necesaria, y por otra parte, una cláusula V, en virtud de la cual se condicionaba la disolución por fallecimiento de uno de los socios a que los herederos del fallecido, «que tendrían los mismos derechos que su causante», estuvieran «representados en la Sociedad por una sola persona, cualquiera que sea la distribución que entre ellos hagan de su participación en la Sociedad, asumiendo, por tanto, dicho representante todo el interés social del socio fallecido», puede estimarse, por cumplimiento del evento previsto del fallecimiento de uno de los dos socios, que la Sociedad ha superado la situación de dos únicos socios, queda integrada por siete miembros (el socio sobreviviente y los seis herederos del fallecido) y rige para sus acuerdos el régimen mayoritario, conforme al artículo 12 de la Ley y 122 del Reglamento del Registro Mercantil, incluso para un caso en que estatutariamente se requería el acuerdo unánime («de ambos socios gestores»), como es el de revocación del nombramiento de Administrador-Apoderado en favor de un extraño.

Que la pretensión del grupo recurrente—mayoritario en capital, pues posee el 75 por 100 del mismo—altera el equilibrio clara y expresamente establecido de presente y para el futuro, en la escritura de adaptación, y supondría—de aceptarse—una modificación de los Estatutos, en una de cuyas cláusulas se condiciona la no disolución de la Sociedad a que la representación de los herederos del socio fallecido sea asumida por una sola persona, y en otra, la excepción de una serie de actos a la dirección y administración solidaria, y aunque frente a tales disposiciones estatutarias—por cierto inscritas en el Registro Mercantil—quizá pudiera ale-

garse el artículo 21, sobre el carácter de socios de los herederos del fallecido, o el 16, que prohíbe las representaciones generales, la aplicación de estos preceptos al caso concreto acarrearía fatalmente—por virtud de la referida cláusula V—la disolución del ente social que de una manera tan precaria se había constituido.

Por último, que independientemente de la validez o nulidad de tales cláusulas, el hecho es que aparecen inscritas y producirán—conforme al artículo primero del Reglamento de 14 de diciembre de 1956—todos sus efectos mientras no se inscriba la resolución judicial que declare su inexactitud.

* * *

Interesante la cuestión planteada, son de alabar las alegaciones, defendiendo sus respectivas posturas, del recurrente y del Registrador.

Para el primero—en síntesis y aludiendo a lo más esencial—, superada la situación de dos únicos socios e integrada actualmente la Sociedad por siete miembros, debe regirse ésta por el sistema mayoritario (arts. 14 y 17 de la Ley de Limitadas). Además, el representante don D. no podía representar a sus hermanos en la Junta convocada por impedirlo el artículo 16 de dicha Ley, que dispone que la representación concedida ha de tener carácter especial para cada Junta, sin que se admitan representaciones genéricas por muy amplias e ilimitadas que sean.

Por su parte, el Registrador replicó que, fallecida doña C. R. R., sus hijos y herederos otorgaron otras escrituras en las que estipularon que su hermano don D. «asumirá en la Sociedad la posición que determina el artículo V de la escritura de adaptación...», escrituras que fueron inscritas. Agregando que esta «asunción» a que se refiere la cláusula V de la escritura de adaptación, es obvio que no implica la privación para los socios de derechos tan esenciales, como el de percibir su parte de beneficios, disponer de sus participaciones sociales, ni siquiera su derecho a votar, que no queda excluido, sino canalizado a través del representante libremente designado, que puede, en todo caso, ser removido y sustituido por otro. Finalmente, que aun cuando en la Ley haya preceptos de carácter imperativo que deben prevalecer sobre estipulaciones que los vulneren, estando colocadas

las últimas bajo la salvaguardia de los Tribunales, mediante su inscripción, es a éstos y no al Registrador a quienes incumbe decidir sobre su validez o nulidad.

La Dirección, planteando con claridad la cuestión debatida y haciéndose eco de las alegaciones de uno y otro contendiente, confirma, como hemos visto, la nota calificadora con un criterio—para nosotros—adecuado y prudente.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—LA ESCRITURA EN QUE SE INDICA QUE LA CUOTA EN LOS ELEMENTOS COMUNES SE FIJABA «A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL Y PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 8.º DE LA LEY HIPOTECARIA» ES INSCRIBIBLE, PUES, AUNQUE EL NOTARIO NO SE HA AJUSTADO A LOS TÉRMINOS LITERALES DE LA LEY, SÍ LO HA HECHO A SU RECTO SENTIDO, TODA VEZ QUE EL EXPRESADO ARTÍCULO 8.º, PÁRRAFO 3.º, DE LA LEY HIPOTECARIA SE REFIERE A LA CUOTA «EN RELACIÓN CON EL INMUEBLE».

ESTO SENTADO, Y ESTANDO REDACTADA EN IDÉNTICOS TÉRMINOS LA ESCRITURA DE RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE Y CONSIGUIENTE MODIFICACIÓN DE PORCENTAJE, NO SE HA PADECIDO EXTRALIMITACIÓN DE FACULTADES POR PARTE DEL MANDATARIO DESIGNADO POR LA JUNTA DE PROPIETARIOS, EN ACUERDO UNÁNIME.

Resolución de 23 de julio de 1966 («B. O.» de 23 de agosto).

En escritura autorizada por el Notario de Madrid don Juan Vallet de Goytisolo el 30 de julio de 1957 se constituyó una comunidad de propietarios en la casa número 8, hoy 16, de la calle de Rufino Blanco, de la referida capital. En dicha escritura se lee literalmente: «La Comunidad estará formada por los propietarios de los pisos que integran la finca y su participación en la misma será equivalente a la cuota que con relación al valor del inmueble tiene asignada su respectiva propiedad individual, a saber... (a continuación se relacionan las cuotas asignadas a cada piso); en la mencionada escritura se establece que «todos los gastos comunes serán sufragados por los propietarios de los pisos y tiendas en proporción a su participación en los elementos comunes». Se fue-

ron vendiendo diversos pisos y locales, y en las correspondientes escrituras se expresaba que «la cuota de su propietario en los elementos comunes del inmueble, a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, es de X por 100 en el valor de aquéllos», y tanto la escritura de constitución de la comunidad como las siguientes de segregación y venta fueron inscritas en el Registro de la Propiedad número 2, de Madrid. Por haberse observado errores en las superficies atribuidas a las fincas segregadas, todos los condueños acordaron en Junta de Propietarios, por unanimidad, la oportuna rectificación, fijándose las auténticamente reales, y, en consecuencia, rectificaron también la cuota de participación correspondiente en los elementos comunes del edificio, y tales rectificaciones se recogieron en escritura pública autorizada por el Notario don Francisco Rodríguez Perea, en sustitución, por imposibilidad accidental, del también Notario don Juan Vallet de Goytisolo.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por observar como falta insubsanable que el tanto por ciento señalado en la escritura de formación de finca—parte expositiva de aquél—, unificado en cada una a los efectos de la exigencia del párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria y segundo del 396 del Código civil, degeneró al practicarse la inscripción por venta, bajo número separado de los diecinueve espacios en la fórmula: «La cuota de su propietario en los elementos comunes del inmueble a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria es de X por 100 en el valor de aquéllos.» Y por la propiedad en la masa de elementos comunes y no en uno de sus accidentes como resulta en dicha fórmula, en la cuota de participación en el valor total del edificio, o ambos porcentajes previa rectificación de los efectos de la antedicha fórmula. Y pese a ello el mandatario rectifica la copropiedad. Se observan como faltas subsanables la falta de la previa inscripción como dos fincas de las cuatro referidas en el documento, y que en el acuerdo no se distinguen las cuatro tiendas por el número, único detalle que las identifica.

Interpuesto recurso por los citados Notarios, señores Rodríguez Perea y Vallet de Goytisolo, así como por la interesada, doña P. D., la Dirección revoca el Auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, declarando inscribible la escritura mediante la razonada doctrina siguiente:

Que el problema planteado es el de si la determinación de la cuota «en los elementos comunes del inmueble» a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, es expresión ajustada a los términos del último precepto citado y del artículo 3.º b) de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en los que, respectivamente, se exige la fijación de una cuota de participación «en relación con el inmueble» o «con relación al total valor del inmueble».

Que la cuota de participación de los titulares de cada piso puede tener diversas pautas, tales como señalar la proporción en la propiedad total del edificio o en la distribución de gastos y cargas, sin que necesariamente sean idénticas dichas participaciones, como claramente se desprende del artículo 9.º, 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que obliga a cada propietario a «contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido».

Que, si bien ni en la Ley Hipotecaria ni en la de Propiedad Horizontal se hace referencia a la existencia de una cuota que fije la participación de cualquier propietario en los elementos comunes, es precisamente la proporción del interés de los propietarios en estos elementos, la que reviste mayor importancia, pues determinará su participación en los nuevos locales en caso de elevación del edificio, o en el solar, si aquél se destruye, y por eso precisamente el artículo 396 del Código civil destaca los dos elementos de esta especial propiedad: los pisos o locales—de propiedad independiente o separada—y los elementos comunes—en copropiedad—, por lo que estando el edificio compuesto de elementos comunes y de elementos independientes, la cuota de participación en aquéllos equivale a la de participación en el edificio en su totalidad.

Que en principio, y si otra cosa no se dice en la escritura, la única cuota que normalmente se suele fijar por los propietarios

se refiere indistintamente a su participación en gastos y cargas, en el total valor del inmueble y en los elementos comunes.

Que en la escritura se indicó expresamente que la cuota en los elementos comunes se fijaba «a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria», y este último precepto se refiere a la cuota «en relación con el inmueble», queda fuera de toda duda cuál fue la intención de los otorgantes, y el pretendido defecto se reduce a no haberse ajustado el fedatario a los términos literales del precepto legal, pero sí a su recto sentido, y por eso no se padecía extralimitación en sus facultades por parte del mandatario designado por la Junta de Propietarios para hacer efectivo el acuerdo.

* * *

Sin la rigidez y apegamiento a la letra de la Ley—de 21 de julio de 1960 en su artículo 3.º—con que se pronunció su antecedente de 7 de junio de 1963, la presente Resolución abre cauce a una interpretación más flexible en cuanto a la fijación del coeficiente en ésta especial propiedad llamada horizontal. Criterio, para nosotros más dúctil y equilibrado, según puede deducirse claramente de la nota que estampamos a la citada decisión de nuestro Centro (págs. 651 a 654, año 1963, de esta REVISTA), pero que los Notarios habrán de cuidar de no rebasar.

De todos modos, en aras a la objetividad y como la nota del Registrador y su informe no parecen muy concordes con los Considerandos transcritos, tras de llamar la atención de quien nos siguiere sobre aquélla, transcribimos el dicho dictamen, que dice así:

«Excelentísimo señor Presidente.—Plantea el escrito instaurador de estos autos como controversias.—A) Función de la participación en las partes en copropiedad en la distribución de beneficios y cargas.

Rechazamos de plano, pese al léxico del reformado artículo 8.º de la Ley Hipotecaria y al del 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, la posibilidad de que en un régimen de propiedad de dicha clase, perfectamente estructurada, sea posible la obtención de beneficios

comunes. En la hipótesis de que al constituirse la casa en régimen de propiedad separada, se mantenga en proindiviso con las partes separadas algún espacio rentable, se conjuntarian, con posibles extravíos, en un mismo edificio, las dos formas de propiedad, la moderna, de separación, y la tradicional, de proindivisión. Siendo ésta la determinante de los beneficios comunes.

Mirando cara a la distribución de cargas, destacamos, en contra de la afirmativa, que si en virtud del párrafo segundo del artículo 396 del Código civil, tal como lo redactó la Ley de 26 de octubre de 1939, el prorrateo de las partes en copropiedad entre todas las dependencias separadas no tenía escape; si efectivamente aquéllas pudieran repercutir en la distribución de cargas, no sería posible que el párrafo tercero, proveyendo a la ausencia de pacto especial sobre el caso, hubiese declarado que el prorrateo de los gastos de conservación y reparación en dichas cosas comunes se realizaría en proporción al valor de cada individualidad. Fijados los valores, la distribución del importe de las cargas proporcionalmente a éstos se verificaría mediante tantas razones, combinando en todas como término común la suma de valores y la cantidad a repartir, y en el otro el del espacio pertinente y la incógnita.

Si en las valoraciones no había voto unánime habría que acudir a los Tribunales en pos de una peritación forzosa. A este inconveniente puso barrera el texto refundido de la Ley Hipotecaria (artículo 8.º). El legislador no siguió el estilo del párrafo tercero del artículo 396, disponiendo que en las escrituras, mejor dicho, en la inscripción, se expresase el valor de todas las partes privativas, en fuerza de que a los efectos de la nueva regulación no reputaba de efecto provechoso la táctica seguida en las Notarias de la capital del Reino, acogida en la vigente Ley, del otorgamiento de escrituras de constitución separada, sino que para él el nuevo ordenamiento no entraba en juego hasta que se realizase el primer traspáso a tercero, que ya daba la oportunidad para prohibir a los niños manejar el ascensor, bajar o subir en éste los perros, etcétera, mediante la inscripción principal pertinente, puesto que se trataba de lo convenido entre transmitente y adquirente. A partir de ese momento ya podría surgir la necesidad de la distribución de cargas; a tales efectos, no bastaba saber el valor del espacio traspasado: se imponía también el conocimiento de la base contribu-

tiva del transmitente, que no era otra que la diferencia entre el valor de lo enajenado y el de la totalidad. Por esto, dicho artículo 8.º disponía como requisito formal de la inscripción el valor de lo vendido y el de la totalidad, exigencia impuesta en casos sucesivos, sin perder de vista que el valor del edificio había de ser el mismo en todas y cada una de las futuras inscripciones. Las razones proporcionales llamadas al prorrateo serían las que dejamos apuntadas. Resulta, pues, que la Ley Hipotecaria se concretó a retocar el párrafo tercero del artículo 396 del Código civil. El segundo quedó intacto. ¿Qué visión tuvo el legislador al haberlo redactado? No tuvo otra que la de conversión de la propiedad horizontal en comunidad de bienes sobre los restos del edificio siniestrado. A este supuesto, tan distanciado del normal de distribución de cargas, obedece la posición de tal párrafo, y que el artículo 396 no se preste a interpretar como prohibitivo dentro de un mismo espacio de un tanto por ciento para prorrateo de gastos diferentes en la prorrata de elementos comunes.

La vigente Ley especial suprimió el párrafo segundo del artículo 396, el tercero lo incorporó como regla 5.ª del noveno y el párrafo dieciocho del número 3 del 8.º de la Hipotecaria en el inciso b) del 3 de dicha Ley. Pero en cuanto a la base de valoración estableciendo como base comparativa entre los valores individuales y el total la proporción centesimal, que conduce al mismo resultado, y simplifica las operaciones de prorrateo.

No interesa a los efectos de esta controversia la consideración de si está permitida la prorrata contractual de las partes en copropiedad o si la cuota centesimal envuelve otra igual en la masa de elementos comunes. Pero si afirmamos, en atención a los antecedentes históricos, que la prorrata de la referida masa no tiene repercusión mientras la propiedad separada no se transforme en propiedad proindiviso normal.

B) Equiparación de los conceptos cuota centesimal y cuota de copropiedad de elementos comunes. Los señores recurrentes, centrandó el debate en la órbita de la vigente Ley, dicen que el punto segundo del párrafo segundo del inciso b) del artículo 3.º dispone: «Dicha cuota—en los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes—será... Una cosa es que en tal disposición apa-

rezca contenida, que no lo aparece, la oración destacada por nosotros como incidental, y otra que se ha de sobreentender en el contenido literal.»

A este respecto ha de observarse que el artículo de que se trata hasta el párrafo primero del inciso b) define el elemento material de la propiedad de que se trata, el objeto de la misma, y sigue con el despliegue de su ejercicio. Es decir, propiedad estática y propiedad dinámica. En fuerza de que la Ley empieza disponiendo que a cada espacio se le atribuirá una cuota centesimal en el valor del todo, y luego siguen las palabras «dicha cuota». Esta tiene que ser la anterior. La interpretación ahora combatida parte de la sugestión de las palabras cuota de participación, puesto que la segunda de ellas envuelve la idea de pertenencia de propiedad y, claro está, el comunero no es dueño de uno de los accidentes de la masa, el valor, sino de parte alicuota. Pero en cuanto nos aten-gamos a los antecedentes históricos y a la terminología matemática de reparto proporcional de un número entre otros desiguales, se llega a la conclusión de que el repetido párrafo dispone que a cada espacio se le atribuirá una cuota proporcional centesimal en el valor del total edificio. Al tener declarado ese párrafo que los menoscabos o mejoras que sufra un espacio, que forzosamente reper-cuten en su valor, no alterará la cuota atribuida.

Puesta la atención en esos menoscabos y mejoras y aceptada la interpretación contraria, las mejoras realizadas o los menoscabos sufridos por las partes comunes no repercuten en un espacio de-terminado supuesto legal, sino en todos y proporcionalmente al coeficiente de copropiedad separada. A esta objeción se anticipa el recurso al exponer criterios doctrinales, entre ellos el que sostiene que la cuota proporcional centesimal ha de estar en relación con el valor de las cosas comunes. De modo que las soluciones son dos, todas infundadas: relación centesimal en el valor de las partes en copropiedad, y, de otro lado, distribución centesimal de su masa.

C) Vaga redacción del acuerdo de la Junta de Propietarios.

Acordada la rectificación de porcentajes, la vaguedad proviene, según ya ponen de relieve la escritura y el recurso y lo acredita el Registro, que se han prorrateado la masa de elementos comunes,

el valor total del edificio, sus cargas mediante pacto especial sobre el módulo del prorrateo de aquella masa, y el valor de ésta.

¿Qué hizo el señor M.? Rectificar la participación en los elementos comunes y a todos los efectos de la vigente Ley. ¿No habíamos quedado en que aquéllos no tienen puesto en ésta? Por otro lado, doña P. D., interesada en la escritura, nos dice que tal prorrateo se hizo con vistas a la distribución de beneficios y cargas y de todo supuesto en el que juega un módulo. Ahora resulta que esos elementos influyen en el cómputo de la mayoría económica. Si en el acuerdo de la Junta figurase la rectificación de las participaciones en las cosas comunes, la escritura sería susceptible de toma de razón, sin la coletilla de y a los efectos, por cuanto se trata de un prorrateo de elementos comunes adaptado al entonces vigente párrafo segundo del artículo 396 del Código civil.

Por las razones alegadas procede desestimar la reclamación; Vucencia, no obstante, acordará.

Madrid, 21 de marzo de 1964.»

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

2. Sentencias del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1966.—*Inscripción de posesión. Tercero hipotecario. El adquirente de un titular que tenía inscrita sólo la posesión (asiento posesorio sin convertir) no puede ser amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Falta de buena fe, porque al consumarse la venta con la entrega del precio ya se había practicado la anotación preventiva de demanda. Poseedor de buena fe. Derecho de retención del artículo 453 del Código civil.*

El problema que resuelve esta sentencia es el de si el que adquiere de quien en el Registro tiene inscrita sólo la posesión, de quien tiene inscrita su adquisición, si bien arrastrando un primitivo asiento posesorio, puede ser estimado tercero hipotecario. Y lo resuelve en sentido negativo.

En el supuesto aquí controvertido—dice la sentencia—no concurren en favor del expresado litigante todos y cada uno de los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para la protección otorgada al tercero hipotecario, porque, al tener inscrita la persona que le transmitió el inmueble discutido, por medio de la escritura de 24 de mayo de 1952, únicamente la posesión del mismo sin perjuicio de tercero, según expresamente se hace constar en el asiento practicado en 27 de mayo de 1943, es evidente que dicho señor no pudo adquirir su dominio de persona que en el Registro de la Propiedad aparecía con facultades para transmitir ese derecho real, por faltarle para ello el tracto sucesivo y demás condiciones requeridas por el artículo 20 en relación con el 34 y otros de la mencionada Ley, lo que por sí sólo convierte en ilusoria su condición de tercero.

Que lo mismo sucede con el requisito de la buena fe en su título originario, a efectos exclusivamente registrales, porque como entre otras expresan las sentencias de esta sala de 3 de octubre y 22 de noviembre de 1963 y 2 de julio de 1965, la misma consiste, en su aspecto positivo, en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la *fides* pública registral de que la persona de quien recibió la finca de que se trata era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, según las correspondientes inscripciones y en su sen-

tido negativo. en la ignorancia o desconocimiento de las inexactitudes o vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad de la enajenante (artículos 34, párrafos dos, treinta y seis, cuarenta, apartado D, y número nueve del 107 de la Ley mencionada), cuyo requisito debe subsistir precisamente en el momento en que se consume el negocio jurídico traslativo concertado y no en otro posterior, según se infiere del principio general de Derecho: *Mala fides superveniens, non nocet*. Como al suscribirse la escritura de 24 de mayo de 1952 ya constaba en la Oficina inmobiliaria que la transferente no era tabularmente dueña, sino poseedora del fundo transmitido y como al consumarse la venta en 7 de junio de 1954 mediante la entrega del precio pactado, estaba anotada preventivamente la demanda de nulidad que dio origen a la sentencia firme de 28 de octubre de 1958, reflejándose así en la inscripción de posesión causada a favor del demandado, de ahí que no pueda estimarse que el mismo, y según los datos registrales, desconociera la posibilidad de que pudieran existir vicios en el título de su colitigante, y que por ello no quede inmunizado con arreglo al indicado artículo 34 de los efectos destructores de la regla *Resolute jure cedentis, resolvitur ius concessum*, por lo que la acción ejercitada, en cuanto se refiere a la nulidad de la escritura aludida y de la inscripción que causó en el Registro, así como a la que ahora se solicita debe prosperar, sin que ello se desvirtúe por las circunstancias de que con posterioridad a su adquisición por parte del demandado se cancelara la anotación preventiva antes reseñada en 5 de noviembre de 1957 y de que en 19 de diciembre de 1962, y en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 355 del Reglamento hipotecario, se transformase en dominical el asiento posesorio practicado en favor de dicho señor, porque, como se ha expresado antes, los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley citada han de concurrir en el instante en que se adquiriera el inmueble, y no en otro distinto, por lo que lo ocurrido después carece de eficacia para subsanar la ausencia de cualquiera de ellos.

También esta sentencia viene a declarar bien realizada la cancelación de oficio, por caducidad, de la anotación preventiva de demanda. Debe rechazarse, dice, el pedimento contenido en la súplica de la demanda relativo a que se declare nula la cancelación realizada de oficio por el Registrador de la Propiedad en cuanto a la anotación preventiva de la demanda que dio origen al pleito terminado por sentencia firme de 28 de octubre de 1958, porque, aparte de constituir una petición intrascendente en el estado actual de las actuaciones, el pronunciamiento que lo acordase contravendría lo dispuesto en el artículo 86, párrafo primero de la Ley Hipotecaria y 206, número 13 y 207, párrafo segundo de su Reglamento, al no poder entrar en juego el 83 del primer texto legal, ni el 199 de la disposición que le desenvuelve modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, por no concurrir en el supuesto aquí contemplado el requisito de la prórroga, que sirve de presupuesto indispensable para su aplicación.

Termina esta sentencia con el siguiente Considerando:

Que pese a lo expuesto en los razonamientos que preceden respecto a la concurrencia de las condiciones registrales necesarias para ostentar la cualidad de tercero hipotecario, del examen conjunto de la prueba practicada en el proceso no se justifica en forma alguna que el demandado tuviera noticias de ninguna clase sobre las irregularidades puramente civiles y de índole extratabular que concurrían en el título de adquisición de su transmitente, que para nada afectaban en su posesión, ni a sus facultades dominicales, aun

cuando no gozase de la protección registral, por lo que, al hallarse amparado por el párrafo primero del artículo 433 del Código civil, y al haber construido un edificio en el terreno que creía pertenecerle, no puede prosperar frente a él la acción reivindicatoria ejercitada al amparo del artículo 348, según claramente indican las sentencias de esta Sala de 31 de mayo de 1949 y 2 de diciembre de 1960, por gozar del derecho de retención regulado en el 453 en relación con el 361 (sentencias de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957) en tanto no se dirija contra el mismo ninguna reclamación dumanante del último de los preceptos invocados, por lo que procede absolver de tal pedimento, así como del relativo a la devolución de frutos salvo los que corresponden al disfrute del terreno a partir del momento de la interposición judicial, con arreglo a lo que preceptúa el artículo 451 por no ser aplicable al presente caso lo dispuesto en el 455 del repetido Cuerpo legal.

Sabido es que la disposición transitoria 4.ª de la Ley Hipotecaria reconoce todos los efectos determinados por la legislación anterior a las inscripciones de posesión existentes en 1 de enero de 1945 o a las que se practiquen en virtud de informaciones iniciadas antes de dicha fecha.

¿Qué efectos le atribuía la legislación anterior, frente a tercero? El artículo 34 de la Ley anterior decía en su párrafo penúltimo que «lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito», y el artículo 396, párrafo tercero, disponía que «las inscripciones de posesión perjudicarán o favorecerán a tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que a la posesión se atribuyen en esta Ley».

Morell comentaba: Cuando la prescripción ha convalidado y asegurado el derecho del poseedor éste ya es dueño, la excepción desaparece, y el artículo 34 en sus primeros párrafos recobra su imperio. ¿Es necesario que los Tribunales declaren realizada esa prescripción? La sentencia de 14 de diciembre de 1905, añadía, declara que habiendo transcurrido más de treinta años desde que fue inscrita una finca como libre a nombre de persona determinada por medio de una información posesoria, hasta que se impusieron sobre ella otros gravámenes, la nueva posesión quedó convalidada debidamente por la prescripción y asegurado el derecho inscrito, según previene el penúltimo párrafo del artículo 34, el cual no exige la expresa consignación de una declaración judicial previa sobre prescripción en el Registro, sino que ésta se haya producido por el transcurso del tiempo y ministerio de la Ley

Sanz ha escrito a este respecto: Es preciso observar que el artículo 34 formulaba, respecto a la posesión, un precepto totalmente desafortunado e inoportuno, hasta el punto de que era preciso prescindir de él y acudir a las reglas del artículo 396 para determinar con exactitud el juego de la fe pública en las inscripciones de posesión. Era, en efecto, inexacta la afirmación absoluta de que la protección del artículo 34 no se aplicaba a las inscripciones de posesión, ya que en algunos aspectos tenía plena aplicación, y la excepción no tenía más alcance que el del artículo 396. La referencia a la prescripción era inoportuna, ya que la convalidación por la prescripción había de tener lugar por las reglas del Derecho civil, y en tal caso, la protección no derivaba de la fe pública registral, sino de la prescripción misma que había extinguido el derecho del anterior propietario. Y era, por último, inútil el precepto, pues su doctrina estaba establecida con mayor exactitud en el artículo 396

La sentencia de 10 de junio de 1943 sostuvo que «si bien, de conformidad con el artículo 399, caso 3.º, de la Ley Hipotecaria, cumplidos los diez años de vida registral, se convierte en inscripción de dominio la de posesión practicada, tal conversión sólo surte efectos con relación a los que adquieren después que ella se haya realizado, y únicamente, a partir de ese momento, el que adquiere lo hace a base de una situación dominical resultante del Registro..»; lo que ya transcribimos en esta REVISTA, pág. 854, año 1943.

La sentencia que ahora nos ocupa no ha pensado, al parecer, en esos posibles efectos del artículo 34 de la Ley anterior. De ella no se deduce si había base, elementos fácticos, para ello.

El tema nos recuerda la importancia que tiene el asiento de conversión. Nos recuerda que se debe proceder con cuidado en el Registro al examinar los asientos con motivo de cualquier transmisión o de expedir certificación de dominio, y se debe aplicar, en su caso, lo prevenido en el artículo 355, párrafo último, del Reglamento Hipotecario: extender el asiento de conversión.

Suele acontecer que la primera inscripción de una finca es de posesión, con su «sin perjuicio de tercero de mejor derecho» y demás detalles; que en los siguientes asientos, diez o doce o quince o veinte, se ha olvidado la advertencia y toda alusión a tal carácter posesorio. Al extender la inscripción de una nueva adquisición, al expedir una certificación de dominio, fácilmente se reitera el olvido. Se inscribe o se certifica como si del dominio se tratara y, a veces, no se le atribuye importancia a la falta del asiento de conversión, máxime cuando en cualquier momento puede extenderse, puesto que la antigüedad de la primitiva inscripción posesoria lo permite.

Sin embargo, la cuestión puede ser importante. Mientras no se altera la «paz jurídica» no hay peligro; pero en caso de litigio resultará que no es tercero protegido el que creía serlo, que habrá fallado todo el mecanismo de la seguridad del tráfico, que la omisión puede tener fatales consecuencias, y que la omisión será atribuible a .. la no cuidadosa aplicación del Reglamento Hipotecario.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

PROPIEDAD INDUSTRIAL.

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1966.—*Requisitos de la demanda* (Ponente: E. AGUADO GONZÁLEZ).

Para que prospere la demanda (y, en su caso, la reconversión), amparada en la protección que otorga el Estatuto de la Propiedad industrial, es preciso solicitar expresamente la nulidad en el Registro de la patente o marca que se pretende combatir.

SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1966.—*Legitimación procesal. Extensión territorial de «novedad» en los modelos industriales* (Ponente: E. AGUADO GONZÁLEZ).

1. Conforme al artículo 12 del Estatuto de la Propiedad industrial en concordancia con el 165 y 166, es evidente que el ejercicio de la acción de nulidad de una patente no exige hallarse en las condiciones que determina el artículo 166, sino la simple calidad de perjudicado, con la extensión que para las patentes reconoce el artículo 115, que debe ser interpretado (como dicen las sentencias de 17 de diciembre de 1956 y 7 de diciembre de 1964), en sentido de que si bien no se concede una verdadera acción popular al respecto, tampoco se exige, para deducir la impugnación, la prueba de un perjuicio real y efectivo, bastando con la existencia de algún daño o menoscabo, presente o futuramente previsible, en el orden normal de las circunstancias de las cosas.

2. Para determinar si el concepto de «novedad» aplicado a los modelos industriales, ha de entenderse en un sentido «absoluto» (referido a España y al extranjero), o sólo «relativo» (circunscrito al territorio nacional), en base a los artículos 174, 178, 180, núm. 3.º del 188 y 49, párrafo 1.º, requiérese una *novedad absoluta*.

SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1966.—*Requisitos de la contestación a la demanda. «Novedad»* (Ponente: M. LOJO TATO).

1. Procede declarar la nulidad del Registro de patentes de invención pertenecientes al demandado, quien se limita a solicitar la desestimación de la demanda en todas sus partes y que se declare la improcedencia de la nulidad solicitada por el actor de las que al demandado corresponden, pero sin articular petición acerca de la nulidad de las patentes del actor.

2. Procede declarar la nulidad de las patentes del demandado, porque así se ha instado, y por estar carentes de los requisitos de propia invención y novedad al ser de dominio público, conforme a lo establecido y previsto en los artículos 49, número 3.º, y 115, número 1.º, del vigente Estatuto de Propiedad industrial.

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Marca y nombre comercial. Este no puede estar constituido por el apellido en favor de unos herederos en perjuicio de los otros, porque todos tienen igual derecho a su uso* (Ponente: J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO).

Considerando: Que aunque con cierta relación de interdependencia, se plantean en el presente recurso dos cuestiones perfectamente diferenciadas que exigen tratamiento separado para su adecuada solución, consistente la primera en determinar el alcance y significado jurídicos que deban atribuirse a un pacto o convenio verbal celebrado entre el padre de los hoy recurridos y sus hermanos don A., don A. y don A., a consecuencia del cual el primero de

ellos fué autorizado por los demás para utilizar el nombre de todos; es decir, P. T., de modo exclusivo en cuanto se relacionase con el negocio de ganadería de toros de lidia, al que la sentencia de primera instancia atribuyó una eficacia relativa, limitada a las partes que en el mismo habían intervenido, mientras que el Tribunal *a quo* estimó que también era vinculante para sus herederos, con todas y las mismas consecuencias de carácter jurídico, y la segunda, referente al valor que pueda tener determinada marca comercial inscrita en el Registro de la Propiedad industrial, a nombre de los hijos de don G. P. T., en virtud de la cual, los actuales titulares «actores y recurridos en este pleito» pretenden tener derecho a impedir que el resto de sus familiares que ostenten el mismo apellido lo utilicen públicamente en este tipo de actividad que se desenvuelve en torno de la fiesta nacional, pretensión que, desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, fué, en cambio, reconocida por la sentencia que ahora se recurre en casación.

Considerando: Que para resolver la primera de las indicadas cuestiones, es preciso partir del pacto en sí de carácter verbal celebrado en el mes de agosto de 1912, en la ciudad de San Sebastián, entre el padre de los recurridos, don G. y los hermanos de éste, don A., don A. y don A. P. S., según el cual, «a tenor de la única constancia que del mismo existe y por la que pudo probarse, que no fué otra sino el propio reconocimiento en prueba de confesión de los intervinientes que sobrevivían en el momento del inicio de este pleito que ahora figuran como recurrentes», y mediando la entrega de una determinada cantidad de dinero, el mayor de los hermanos fué autorizado por los demás para utilizar de manera exclusiva, en los asuntos relacionados con el negocio de toros de lidia, los apellidos del padre común, fallecido en el año 1909, y que poco antes del pacto, «exactamente en mayo de 1912», habían unido legalmente, quedando convertido en el apellido compuesto P-T, debiéndose tener presente que el padre de los contratantes, es decir, don F. P. T., cuya ganadería se atribuye primordialmente al hijo mayor, no tenía nombre comercial propio independiente del suyo civil, razón por la que, al producirse el fenómeno sucesorio, el referido hijo mayor, en cuyo favor, a estos efectos, se celebra el pacto relatado, hubiera tenido que inscribir sus propios apellidos, que eran, según se dijo, los de P. S., y si la unión relatada del nombre tiene lugar después de muerto el padre y sobre ella se hace un pacto, coincidente con la inauguración por el tantas veces referido hijo mayor, de una ganadería con base ciertamente en las reses que heredó del padre, pero con nuevo hierro y distinta divisa, es incuestionable que lo que hicieron los intervinientes no fué una transacción comercial acerca del uso de un nombre o marca registrados, sino simplemente un acto de disposición con respecto del uso del nombre civil recientemente creado, a los fines del negocio de ganadería de reses bravas.

Considerando: Que, según se declara probado en la sentencia recurrida, el referido pacto fué escrupulosamente observado por los que directamente intervinieron en su celebración a partir del momento mismo en que se convino, «salvo un solo caso aislado que el Tribunal *a quo* no duda en considerar como involuntario», comenzando cada uno de los hermanos comprometidos a lidiar sus toros al amparo de otros nombres que consiguieron acreditar y prestigiar en el mundo taurino, sin necesidad de utilizar su propio nombre civil, con el que lógica y legalmente eran conocidos y con el que, además, efectuaban las necesarias transacciones, habida cuenta que era el que figuraba inscrito en concepto de propietarios en el Registro de la Propiedad industrial, ha-

biéndose suscitado el problema tan solo a causa de que, recientemente, algunos de los herederos de aquéllos empezaron «al inaugurar ganaderías propias» a emplear su nombre civil completo, «también inscrito debidamente en el Registro de la Propiedad industrial», por entender que el referido pacto verbal no les vinculaba, ya que eran extraños al mismo, para cuya solución es necesario recordar, de un lado, el precepto contenido en el párrafo 1.º del artículo 1.271 del Código civil, a cuyo tenor pueden ser objeto del contrato «todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aun las futuras», y de otro, lo que dispone el 1.257 del mismo Cuerpo legal, según el que «los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos, salvo en cuanto a éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato, no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley».

Considerando: Que como quiera que aquello sobre que las partes convienen en el relatado pacto de 1912 es acerca del uso del apellido común entre diversos hermanos, tiene que ser también de aplicación la norma del artículo 114 del Código civil, que establece que el apellido es uno de los derechos de los hijos legítimos, rodeado consiguientemente de las características típicas de los derechos familiares que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido buen cuidado en precisar, declarando que constituye un auténtico patrimonio moral de la persona sólo transmisible de padres a hijos, siendo irrenunciable e imprescriptible, por su naturaleza y por su destino, a fin de no romper la unidad de la familia, fundamento capital de la sociedad (sentencias de 16 de junio de 1916 y 31 de mayo de 1928, entre otras), de la que viene a constituir el verdadero *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, de todo lo cual se deducen dos inevitables consecuencias: a) que el nombre civil no es susceptible de ser objeto de transacciones, ni civiles, ni mucho menos mercantiles, en cuanto no está en el comercio de los hombres, por lo que al pacto referido no es posible dar otro alcance sino el de un simple compromiso de los que lo celebraron, de carácter estrictamente personal, de no emplear su apellido en los negocios taurinos, y b) que en manera alguna puede vincular dicho convenio a los hijos legítimos de los que lo celebraron, que tienen por Ley un derecho irrenunciable al uso de su propio nombre, heredado de sus padres, en cualquier género de actividad que llevan a cabo, directa y nominalmente, sin otra obligación al respecto que no sea la de respetar el derecho que pueda haber nacido en favor de otras personas como consecuencia de una inscripción con fuerza de Ley, efectuada en el Registro de la Propiedad industrial, en cuanto que el artículo 124 del vigente Estatuto permite que el apellido sea registrado como marca de carácter comercial.

Considerando: Que para resolver la segunda cuestión que se enlaza con la primera al modo como resulta de lo que se acaba de decir, es preciso recordar el concepto que de marca contiene el artículo 1.º del Estatuto de la Propiedad industrial de 1930, cuyo tenor literal se refiere a los «signos especiales con los que 'el productor, fabricante o comerciante' aspira a distinguir de los similares, los resultados de su trabajo», que habrá de ponerse en relación, a estos efectos, con el nomenclator, que figura a continuación del artículo 341 del mismo Cuerpo legal, en cuyo primer grupo del apartado 3.º se incluyen las «explotaciones agrícolas, forestales y ganaderías», al amparo del cual es posible registrar los «signos distintivos» de todas las ganaderías que puedan existir, incluidas las reses bravas, que no pueden ser otros, «como se desprende de lo que se dice en el artículo 126 del propio Estatuto», sino el

hierro y la divisa que habrán de llevar los toros cuando se lidien y que constituyen la marca de cada ganadería, por la que se diferencian estos animales como verdaderos «resultados del trabajo» del respectivo ganadero, constando como hecho absolutamente probado, que cada uno de los litigantes que ostentan la condición de ganaderos de reses bravas, incluidos los recurridos, tienen sus correspondientes marcas debidamente registradas, sin que por nadie se hayan discutido, ni mucho menos impugnadas, con la particularidad de que cada una de ellas consta inscrita en el Registro de la Propiedad industrial en favor de su titular que aparece como propietario, del que consta su nombre completo de orden civil, que con ello adquiere valor de auténtico nombre comercial utilizable en las oportunas transacciones, junto con la indicación del lugar de emplazamiento de la finca donde está radicada la ganadería.

Considerando: Que con independencia de la marca propiamente dicha de que se acaba de hacer referencia, los recurridos, al actuar como actores en este litigio, adujeron a su favor el registro de otra llamada marca, «en torno de la cual surgió precisamente la contienda que originó este recurso», en cuya inscripción consta solamente el hierro de la ganadería inscrita anteriormente a nombre de «Hijos de don G. P.-T.», junto con las dos palabras unidas con un guión, que integran este apellido compuesto y que la sentencia recurrida, de acuerdo con lo que fué pretensión actora, ha considerado suficiente para impedir que el mencionado nombre pueda ser empleado «en todo lo relacionado con asuntos taurinos» por nadie que no sean los titulares de la inscripción, para cuya recta valoración jurídica es forzoso tener en cuenta, que la solicitud de registro se hizo incluyéndola y amparándola en la clase número 52 del nomenclator antes mencionado, que se refiere a «litografía, tipografía y derivados», con el fin específico de utilizarlas para distinguir carteles, programas, prospectos, tickets, entradas y recibos», en relación con el negocio de toros de lidia, que, consiguientemente, por sí sola, es incapaz de distinguir a estos mismos toros, en cuanto productos o resultados de la actividad del ganadero, los cuales, aparte de tener ya la marca específica a que antes se ha hecho referencia, están imposibilitados de llevar esta otra marca que se pretende, consistente en el nombre del propietario, tropezando, además, para su estimación como marca, con el obstáculo del artículo 124 del Estatuto, a cuyo tenor «no podrán ser admitidos al registro como marcas: 14) las que se soliciten para distinguir la documentación, propaganda y correspondencia comercial, industrial o profesional», cual sucede en el caso presente, con la particularidad, por otra parte, de que, dado el tipo concreto de la actividad relacionada con la cría de toros de lidia y como reflejo del aspecto público que ofrece, «regulado incluso con los oportunos reglamentos de carácter administrativo», resulta que el ganadero no es quien anuncia directamente sus toros, estando limitado su comercio a las operaciones con otros ganaderos y, sobre todo, con los empresarios de las plazas de toros, únicos que están autorizados legalmente para organizar el espectáculo de su lidia, siendo asimismo quienes de modo exclusivo llevan a cabo la propaganda en carteles, programas y prospectos, y confeccionan los tickets y entradas de la corrida, indicando la marca en cuanto a hierro y divisa que, para ellos mismos y con respecto del público, constituye la garantía de pertenencia efectiva de los toros a la ganadería de donde proceden, sin que aquella denominada «marca» que aquí se discute, pueda justificar una prohibición de añadir a todo lo anterior, el nombre completo del propietario en idéntica forma y manera que figura inscrito en el Registro correspondiente, a la marca de que se trate.

Considerando: Que, a pesar de los defectos intrínsecos relatados, la llamada marca, que tiene el número..., no ha sido impugnada, en cuanto a su validez por el único cauce permitido en la vigente legislación para poder obtener una declaración de nulidad, debido a lo cual es forzoso completar su valoración jurídica a los fines que aquí se persiguen, en relación con el carácter de marca que al menos formalmente ostenta, con el fin de determinar hasta qué punto pueda estar justificada la solicitud inicial de este pleito, encaiminada, como ya se ha dicho, a impedir que otros miembros de la familia, y con el mismo primer apellido, puedan figurar en los expresados anuncios con su nombre completo, porque ello podría inducir a confusión, con lo que se trata de contraponer una marca a un nombre comercial, que son cosas distintas, no obstante lo cual es necesario recordar el criterio reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de esta Sala, de que, tratándose de apellidos propios—que según ya se dijo, pueden ser inscritos como marcas comerciales al amparo de lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad industrial—, la confusión existe cuando se emplea el mismo nombre inscrito con precedencia, sólo o simplemente precedido del patronímico con una letra tan pequeña que no es perceptible (sentencia de 27 de enero de 1948), no pudiendo tenerse en cuenta una sola de las palabras empleadas, sino el total de los elementos utilizados y hasta su colocación en la etiqueta (sentencia de 8 de abril de 1958) y sin que pueda mediar la posibilidad de confusión cuando el nombre que constituye el apellido coincidente, va precedido o seguido de alguna otra palabra o denominación, relativa a la persona o al lugar de fabricación o algún otro elemento que la haga diferente de la marca anteriormente registrada (sentencias de 8 de abril de 1958, 12 de abril de 1961 y 9 de marzo de 1965), apareciendo en el caso presente que los actuales recurrentes que se vieron demandados inicialmente por esta causa, según resulta probado en la sentencia recurrida, jamás han pretendido alegar una marca similar a la de sus oponentes, puesto que no han esgrimido sino la que consta debidamente registrada a su favor, que no fué discutida por sus adversarios en ningún momento, y si fueron anunciados por las empresas de plazas de toros como propietarios de la ganadería respectiva, indicando para ello su propio nombre civil completo—devenido comercial mediante la inscripción registral, que tampoco ha sido impugnada, ni puede serlo el procedimiento indirecto de la pretendida incompatibilidad con una marca—, el anuncio, en modo alguno, podía llevar consigo la confusión alegada, puesto que siempre se hizo constar el patronímico y los dos apellidos—no sólo el que se discute—, todo ello, junto con el dibujo del hierro y los colores de la divisa peculiar de la ganadería respectiva.

Considerando: Que, teniendo en cuenta cuanto antecede, es indiscutible que la sentencia recurrida, ha infringido, por violación, los artículos 1.257 y párrafo 1.º del 1.271 del Código civil, interpretando, además, erróneamente, el 1.º y 124 del Estatuto de la Propiedad industrial, así como la doctrina de esta Sala, que hizo aplicación de los mismos, y habiendo sido denunciados estos defectos por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los motivos señalados con los números 4.º y 9.º, debe procederse a su estimación, y con ellos—sin necesidad de entrar al examen de los restantes—la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida.

SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1966.—*Nombre comercial y marca. Son diferentes e independientes. El nombre comercial hace referencia a la razón social (que debe tener toda sociedad) y que se inscribe en el Registro mercantil, la marca es el distintivo de los productos usados en el comercio y se inscribe en el Registro de la propiedad industrial* (Ponente: V. TUTOR Y GUEL-BENZÚ).

La circunstancia de haber sido constituida e inscrita una sociedad en el Registro mercantil con un nombre no impide que otra entidad obtenga la inscripción en el Registro de la propiedad industrial y la protección que éste otorga a una marca igual al nombre de aquella sociedad, porque... «son cosas totalmente distintas la razón social de una persona jurídica y la marca, sujetas a inscripción en Registro diferente, y que su utilización por el recurrente como nombre comercial no surte efectos en relación a los actos sujetos al Registro de la propiedad industrial»; el artículo 199 del Estatuto (de Propiedad industrial) y 1.º y 196 del mismo claramente marcan la diferencia e independencia entre nombre comercial y marca y los distintos efectos de la inscripción en el Registro mercantil y en el de la Propiedad industrial»

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Prescripción: Registrada una marca en el Registro de la Propiedad industrial, queda de propiedad de su titular si no se impugna antes de los tres primeros años, a contar desde su inscripción* (v. arts. 14 y 9 del Estatuto de la Propiedad industrial) (Ponente: J. GARCÍA MONGE MARTÍN).

SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966.—*Marcas: Presunción de propiedad y prescripción* (Ponente: E. AGUADO GONZÁLEZ).

En el párrafo 1.º del artículo 14 del Estatuto no se dice que el dominio de la marca se adquiere por prescripción, sino que se empieza por disponer que el certificado de concesión del Registro constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad, y se añade que el dominio de la marca se consolida a los tres años, lo que quiere decir que, una vez transcurridos éstos, el titular queda inmunizado contra las acciones impugnatorias que puedan ejercitar los terceros, transformándose la presunción *iuris tantum* en *iuris et de iure*, por todo lo cual, al hablar de «prescripción» en esta materia, habrá de entenderse referida a la de las acciones impugnatorias que se extinguen a virtud de aquélla, o sea, que se trata de una prescripción de acciones y no de una usucapción, ya que la Ley inicialmente establece una presunción de «propiedad» de la marca registrada.

El artículo 14 ha de ponerse en relación con otros preceptos del Estatuto, tales como el del artículo 123, conforme al que, todo el que obtenga un certificado de propiedad de marca, está autorizado para oponerse a que se conceda otro que esté comprendido en alguna de las prohibiciones del artículo 124 y, asimismo, del artículo 129, regla 4.ª, según la que todos los plazos que se

lijan en el Estatuto comenzaran a regir desde el día siguiente al de la notificación o al de la publicación en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*; doctrina ya establecida por la sentencia de 6 de abril de 1945, al decir que el dominio de una marca no se consolida hasta que no transcurra el plazo de tres años, contados desde la publicación de la concesión.

RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS,
Registrador de la Propiedad.
Notario.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1966.—*Compraventa. Tradición. En las compraventas de inmuebles, el instante en que se produce la adquisición es el de la tradición. La compraventa en documento privado no produce acción real por sí sola.*

Como ha declarado esta Sala en su sentencia de 3 de octubre de 1963, en las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del contrato a que se refiere el artículo 1.450 en relación con los 1.254, 1.258 y 1.278 del Código civil, porque tal base contractual únicamente confiere al comprador un *jus ad rem* sobre la cosa objeto de estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los 1.461 y siguientes, *sino con el de su consumación mediante la tradición* que exigen los 609 y 1.095, redactados en observancia de la pauta señalada al legislador por la Base XX de la Ley de 11 de mayo de 1888, como declararon, entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1908, 8 de marzo de 1901, 5 de junio de 1945 y 31 de octubre de 1951. Es entonces cuando surge el verdadero *jus in rem* sobre la cosa adquirida, con el consiguiente efecto de inmediatividad sobre el inmueble y acción *erga omnes* para hacerlo efectivo, cuya consumación normalmente se produce con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de transmisión, según el artículo 1.462 de dicho Código, por lo que, como añade la sentencia de 25 de abril de 1949, la constancia en documento privado de un contrato de aquella clase no da nacimiento a acción real alguna, puesto que por sí mismo no transfiere el dominio si no se justifica la tradición de la cosa vendida.

SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1966.—*Aplicación de la Ley de Usura a un contrato de préstamo, a otros de opción de compra y transacción y a otros convenidos que se estima están ligados a aquél. Libre arbitrio de los Tribunales para formar su convicción sobre el carácter usurario del negocio jurídico objeto de litigio.*

Son Considerandos de esta sentencia:

Considerando: Que el carácter tuitivo de la Ley de 23 de julio de 1908 para la represión de la usura no sólo determinó la nulidad de los contratos

de préstamo en que concurrieran los elementos objetivos o los subjetivos que señala en su artículo 1.º, sino que decretó la misma nulidad de todos aquellos actos u operaciones sustancialmente equivalentes a un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que revista o la garantía que ofrezca su cumplimiento, como determina en su artículo 9.º, para evitar todas aquellas artes usurarias que la codicia sugiera a los prestamistas en su situación privilegiada y que han de ser aceptadas por el prestatario, dada su precaria posición, evitando así que se burle la eficacia de la Ley y sus moralizadores efectos con inteligentes enmascaramientos del verdadero fondo del contrato de préstamo y llegando en su artículo 2.º a conceder a los Tribunales libre arbitrio para formar su convicción en cada caso, dada la complejidad de los procedimientos que puedan buscarse para ocultar las diversas causas originantes de la nulidad de los pactos que la Ley prohíbe.

Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, y entrando en el examen del segundo motivo del recurso, único que se articula amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alegando error de derecho en la apreciación de la prueba por la sentencia recurrida, no puede prosperar por invocar la infracción de los artículos 1.232, 1.225 y 1.218 del Código civil, sin especificar el concepto de la infracción, como exige el artículo 1.720 de la citada Ley rituaria, que le hace incurrir en la causa de inadmisión cuarta del 1729, que en el estado actual del proceso se convierte en de desestimación conforme a la reiterada doctrina de esta Sala. Aunque así no fuera, siempre resultaría su inviabilidad por aplicación del artículo 2.º de la Ley de 1.908, que, como queda expuesto, libera de toda norma valorativa de prueba y queda al libre arbitrio de los Tribunales la apreciación de las circunstancias que concurren en casos como el debatido, que si bien no veda a esta Sala, dentro del recurso, el apreciar libremente esas mismas circunstancias para formar su convicción, constituyen una premisa básica de hechos probados deducidos de una apreciación conjunta de las practicadas en el proceso, como consta en la resolución impugnada, sopesadas con toda objetividad y cuya falta de lógica o de realidad no ha sido demostrada; por todo lo cual quedan subsistentes todos aquellos hechos que el Juzgador de Instancia declaró probados.

Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, de los hechos declarados probados en la resolución impugnada y del estudio de lo actuado se desprende que el contrato de 13 de diciembre de 1955, por el que los recurrentes prestaron a los recurridos algo más de un millón de pesetas, con interés del 7 por 100 anual, se encontraba sobradamente garantizado con la emisión de cédulas con garantía hipotecaria sobre una finca que los propios contratantes valoraron en más de tres millones y medio de pesetas, y que se ha llegado a tasar en diecinueve millones, por lo que el riesgo que corría el prestamista era totalmente nulo y el interés pactado no era excesivo; pero como, a la vez y en la misma fecha, se otorgó el otro contrato de opción de compra de la misma finca, y en el precio de tres millones quinientas mil pesetas, en el plazo y condiciones que constan, sin contraprestación alguna por parte de los optantes y sin que se haya probado la concurrencia de una causa independiente que lo justifique, necesariamente tiene que deducirse que ambos contratos, no sólo estaban íntimamente ligados, sino que constituían un solo negocio jurídico, tendente a incrementar el beneficio del prestamista: negocio jurídico que, como dice la sentencia recurrida, fue evolucionando y transformándose en los diversos contratos celebrados entre los interesados y que

culminó en que los recurrentes, a más de resarcirse del dinero prestado y sus intereses, han percibido la mitad del precio de la venta de una parcela de la finca y aparecen documental y registralmente como legítimos propietarios de la mitad del resto del inmueble; cadena de hechos y contratos que, conforme se sostiene por la Sala de instancia, llevan en su seno un germen de nulidad por constituir operaciones complejas con unidad de designio y pactos inseparables.

Considerando: Que los motivos primero, tercero y cuarto del recurso, amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, y alegando la aplicación indebida en todos ellos de los artículos 1.º y 9.º de la citada Ley de 1908, combaten la sentencia recurrida por entender no concurren en el contrato debatido todos los elementos objetivos y subjetivos que el citado artículo 1.º exige para declarar usurario un préstamo, y al no serlo en sí por la cuantía del interés, no encontrarse en situación económica angustiosa el prestatario y ser independientes los dos convenios de 13 de diciembre de 1955, al formar el privado una asociación para la venta de la finca, que pudo hacerla el dueño a precio vil, sin que obste a su validez, no cabe aplicar los preceptos invocados; y habida cuenta que, conforme viene reiteradamente declarando la doctrina de esta Sala, la conjunción «o» que intercala el artículo 1.º entre los elementos objetivos y subjetivos que configuran de usurarios los contratos, tienen carácter disyuntivo e indica separación, por lo que la concurrencia de cualquiera de ellos es suficiente para la calificación como tales por la Ley, y como además se ha estimado probado que ambos convenios de 1955 forman un solo contrato que origina la elevación del interés a unos límites especulativos verdaderamente insospechados, es evidente que se han aplicado debidamente los preceptos invocados y parecen los tres motivos estudiados.

Considerando: Que los motivos quinto y séptimo, por el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncian la aplicación indebida de los artículos 1.º y 9.º de dicha Ley especial y la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala, que cita en cada uno de ellos, y que hace relación a que estando cumplidos, extinguidos y cancelados los contratos de referencia, no pueden ser impugnados, y además que los contratantes han ratificado, reiterado y extinguido parcialmente algunos de los pactos, por lo que al oponerse a ellos vulneran el principio de derecho en virtud del que nadie puede ir licitamente contra sus propios actos, y como quiera que, conforme se sostiene en la resolución impugnada, todos los contratos celebrados por las partes constituyen eslabones de una misma cadena tendente a elevar el interés del préstamo, y en la actualidad sigue evolucionando el sistema montado para lograrlo, como lo prueba la tramitación del presente recurso; es evidente que no se dan las circunstancias alegadas y no pueden prosperar los motivos que se tratan, sin que tampoco pueda enervar el contenido del fallo impugnado la alegada ratificación por los contratantes de los convenios originarios, porque, al declararlos nulos la Ley, tal declaración es de nulidad absoluta, legal por ilicitud de la causa, y es bien sabido que los actos nulos no son susceptibles de ratificación o convalidación.

Considerando: Que, por último, se articula el sexto motivo, con la misma sustentación procesal que los anteriores y en que se denuncia la violación en la sentencia recurrida de los artículos 1.809 y 1.816 del Código civil y la aplicación indebida de los 1.º y 9.º de la Ley tan repetida de 1908, basándose para ello en que, firmado el contrato de transacción de 15 de abril de 1959, por

la que el recurrido se comprometió a vender, como lo hizo en escritura pública el día 22 siguiente, la mitad de la finca de referencia a los recurrentes, extinguiendo el derecho de opción que éstos tenían sobre la totalidad del inmueble, tiene para los contratantes la fuerza de cosa juzgada, conforme a los preceptos invocados; motivo que tampoco puede prosperar, no sólo por las razones antes expuestas de que *todos los actos y contratos celebrados constituyen una sola unidad de propósito viciados originariamente por la tara de la usura*, y que carecían de otra causa fuera del propósito de los recurrentes de elevar desmesuradamente el interés del préstamo, sino también porque constituye cuestión nueva no admisible en casación y más sustancialmente porque, no fundada la sentencia recurrida en los preceptos invocados, que ni siquiera cita, el concepto de infracción aducido no es el que correctamente procedía.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1966.—*No constituye simulación el hecho de que por el titular registral de un inmueble se otorgue escritura de venta a un comprador, el cual traía su derecho de otro titular intermedio que adquirió por documento privado.*

Esta sentencia no contiene, a nuestro entender, doctrina de interés general, de fondo, que merezca ser recogida en estas páginas.

Pero, de pasada, en su Considerando primero, alude al hecho, tan frecuente, de los titulares intermedios cuyas transmisiones constan en documento privado, y a la escritura pública otorgada al último de éstos; extremo que juzgamos útil destacar.

A, titular registral, vendió a B en documento privado. Este vendió, también en documento privado, a C; y, por último, A otorgó escritura pública de venta a C.

Se alegó en el pleito que esta última escritura era simulada, que la causa alegada era falsa y, por ello, nulo el contrato (art. 1.276 del Código civil).

La sentencia razona así: La sentencia de instancia da como probado, por el resultado conjunto de las pruebas practicadas, que hubo dos transmisiones del inmueble en cuestión realizadas en documentos privados: una del primitivo propietario señor M. al marido de la recurrente, y otra de ésta a la señora M. Fuentes, y que al dar estado público a tales contratos con eficacia para ser inscritas en el Registro de la Propiedad, se otorgó la escritura impugnada de 1947, apareciendo como vendedor el titular inscrito, señor M., y como compradora la segunda adquirente, señora M. Fuentes. Es evidente, dice la sentencia, que tales hechos no constituyen una simulación de contrato en su sentido jurídico, sino simplemente, como dice la Sala de instancia, el revestimiento o apariencia externa de dos enajenaciones en una sola, evitando los gastos y formalidades precisas para el acceso al Registro del cambio de titularidad del dominio.

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1966.—*Concepto del contrato de opción Poder suficiente: lo es para la opción el conferido en los siguientes términos: para enajenar, permutar, arrendar, vender por el precio y condiciones que estime y a la persona o entidad que le parezca, o cualquier otro acto de riguroso dominio. La disposición de bienes inmuebles gananciales sin consentimiento de la mujer es sólo anulable a instancia de ésta; el marido que contrató sin tal consentimiento no puede impugnar el contrato. El derecho de opción se entiende ejercitado desde el requerimiento notarial, no desde la presentación de la demanda.*

Antecedentes: Arrendamiento de finca urbana con opción de compra. Casino de Villagarcía de Arosa. La pluma quisiera detenerse en el resumen de la jurisprudencia y descansar imaginando los parajes de autos. Villagarcía. Cambrados, el casino desde el que se contemplará la ría..

Lo sucedido fue que se pactó un arrendamiento con opción de compra. Impugnada la validez de la opción, en ambas instancias ha triunfado la validez. En el Tribunal Supremo también, a pesar de los veinte motivos que se articularon contra la sentencia de la Audiencia.

Los fundamentos de la sentencia recaída en el recurso de casación son.

Considerando. Que, reconocido por las partes, y expresamente aceptado por la sentencia impugnada, que los litigantes concertaron el 1 de junio de 1957 un contrato de arrendamiento urbano con opción de compra de la finca arrendada, y declarado que se ejercitó la opción en el tiempo y forma pactados, por lo que impone el cumplimiento de tal estipulación, se interpone contra la misma el presente recurso, basado en veinte motivos en los que se argumenta sobre las cuestiones siguientes: 1.ª Si el derecho de opción se ejercito dentro del plazo pactado o cuando ya éste había transcurrido. 2.ª Si se constituyo mal la relación juridico-procesal al no demandarse a todos los realmente interesados. 3.ª Si uno de los otorgantes del contrato carecía de la representación que dijo ostentar, y 4.ª Si el fallo se basa en un Reglamento que no existia cuando se ejercitó la acción.

Considerando: Que, como preliminar al estudio de dichas cuestiones, es necesario, para su debida clarificación, tener en cuenta que el derecho de opción de compra, pactado por los litigantes, consiste en la facultad de adquirir una cosa, dentro del plazo y en las condiciones preestablecidas, y como tal preparatorio y unilateral, pues mientras se halla pendiente, el concedente u optatario está vinculado por el pacto y nada puede hacer para frustrarlo, y su consumación depende por modo exclusivo de la decisión del optante, que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, pues el optante es el único que puede exigir la realización del contrato principal a que el optatario se obligó, bastando al concedente, de darle efectividad, pues el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato exigido por el optante hay que referirlas después y no al tiempo fijado para la opción.

Considerando: Que los hoy recurrentes, en su escrito de contestación excepcionaron la nulidad del pactado de opción, por no tener uno de ellos poder especial de los condueños para concertar tal pacto, ni acreditar el otorgante por la entidad recurrida la representación de ésta ni el acuerdo de convenir tal derecho, excepciones desestimadas por la sentencia de primer grado, que

reconoció la capacidad de las partes para contratar, y confirmada por la recurrida, se reproduce en el recurso, sosteniéndose en el motivo octavo que para contratar la opción se precisa poder especial, que no tenía el que contrató en representación de los otros condueños, con lo que se intenta combatir los Considerandos once de la sentencia de Primera Instancia y octavo de la recurrida, pero no se tiene en cuenta que siendo la opción, en el caso de autos, un pacto del contrato de arrendamiento, y que los poderes conferidos por los condueños abarcaban las facultades de «enajenar, permutar, arrendar, vender por el precio y condiciones que estime y a la persona o entidad que le parezca, o cualquier otro acto de riguroso dominio», no cabe duda que la opción está comprendida en esas facultades de venta, dados los términos utilizados, por lo que al ser expreso el mandato para los actos de disposición se ha observado el artículo 1713 del Código civil, lo que hace perecer a este motivo.

Considerando: Que la supuesta falta de capacidad de la entidad recurrida, de la de su Presidente y de la legalidad de los acuerdos sociales se argumenta en los motivos dieciséis, diecisiete, dieciocho y diecinueve, en los que se sostiene que la Sala sentenciadora no ha podido aplicar el Reglamento de 18 de abril de 1961, que no estaba vigente cuando se inició la acción; pero estos motivos parten de un hecho inexistente, dado que los Considerandos sexto y séptimo de Primera instancia y séptimo de la recurrida claramente hñan las facultades del Presidente con arreglo al Reglamento anterior y las que le concedieron los acuerdos sociales, por lo que al no existir el hecho que les sirve de soporte forzosamente han de perecer estos cuatro motivos, sin que por ello se precise el estudio pormenorizado de los mismos.

Considerando: Que otro grupo de motivos, integrado por los cuarto, quinto, sexto, séptimo, décimocuarto, décimoquinto y vigésimo, estudian la constitución de la relación jurídico-procesal y argumentan sobre la base de que no han sido llamadas al proceso las esposas de los demandados, así como que la prueba documental acreditó que por escritura otorgada el 13 de febrero de 1959 compro don José B. P. una sexta parte de una séptima parte de la finca de autos y no se demandó al mismo como condueño de esta participación, ni a su esposa ni a la sociedad de gananciales, y para la resolución de estas cuestiones hay que tener en cuenta: 1.º Que el contrato de arrendamiento con opción de compra, objeto del proceso, se concertó antes de que el artículo 1413 del Código civil fuese modificado, y si bien cuando se ejercitó la acción ya estaba vigente la reforma de dicho precepto, como éste no dice si es sancionable, y en qué grado, el acto de disposición realizado por el marido sin consentimiento de su mujer, la jurisprudencia ha llenado esta laguna legal declarando, en las sentencias de 20 de febrero de 1961 y 7 de febrero y 13 de marzo de 1964, que el acto dispositivo así realizado es sólo anulable a instancia de la mujer, facultad de que carece el marido, ya que sería arbitrario y opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos si se le permitiera impugnar el contrato fundándose en la inobservancia de un requisito a él sólo imputable, y como no cabe duda que el que contrató con el marido sólo tiene acción para exigir el cumplimiento a este, que fue con el que pactó, es claro que el optante no tiene por qué demandar a las esposas de los optatarios, si éstos pueden excepcionarlo, dado que frente al optante responden, sin limitación alguna, de las obligaciones asumidas en el contrato, y por ello al instar el cumplimiento no es necesario demandar a la mujer, contra la que se carece de acción, ni hay obstáculo

para cumplirlo, sin perjuicio del derecho de la esposa a impugnar el acto dispositivo en forma adecuada. 2.º Don José B. P. intervino en el contrato como condueño, y como tal fue demandado, actuando en el proceso con tal carácter, por lo que tenía que constarle que al disponer los condueños de su propiedad debían imponer las condiciones del derecho de opción al adquirente, y como no consta que dicha adquisición la notificase al optante, ni pudo éste actuar como si la conociera, ni el referido señor puede fundarse para excepcionar en omisión a él sólo imputable, y 3.º Dicha excepción fue deducida por primera vez *in voce* en el acto de la vista de la apelación, por lo que, en todo caso, constituye una cuestión nueva ni discutida en el pleito, lo que la hace inadmisibles a tenor del número 5.º del artículo 1.629 de la Ley procesal, y como los motivos citados se refieren, desde distintos ángulos, a dichas cuestiones, su perecimiento es obligado por las razones dichas, sin necesidad de entrar en el estudio detallado de los mismos.

Considerando: Que la última de las cuestiones planteadas se refiere a si el derecho de opción se ejercitó dentro o fuera del plazo de tres años, pactado, a la que se dedican los motivos primero, segundo, tercero, noveno, decimo, undécimo, duodécimo y decimotercero, y para su adecuada resolución hay que tener en cuenta que lo discutido en la instancia fue si el derecho de opción se entendía ejercitado a partir de los requerimientos notariales o desde la presentación de la demanda, y en el acto de la vista de la apelación se sostuvo *in voce* que dichos requerimientos eran ineficaces por no haberse observado en ellos los requisitos acordados por la Junta general extraordinaria de 8 de mayo de 1960, y como fueron ratificados el 10 de junio siguiente, transcurrido ya el plazo de los tres años, el derecho no se ejercitó dentro del término pactado ni por la cantidad convenida, argumentos que, desde distintos ángulos, se reproducen en dichos motivos, que han de desestimarse por las razones siguientes: 1.ª El contrato de opción, como unilateral que es, produce a favor del optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento, en el plazo señalado, a la oferta de venta, y manifestada inequívocamente su voluntad y comunicada al concedente, se extingue la opción y nace o se perfecciona la compraventa. 2.ª Como el optatario está vinculado por el contrato y no puede hacer nada para frustrar su efectividad, le basta con que el optante le exponga su voluntad de ejercitar su derecho, sin que cuando, como aquí sucede, se trate de una persona jurídica, sea lícito investigar los acuerdos que esta adopte para tal ejercicio, siendo suficiente que el optatario conozca la decisión del optante. 3.ª Conocida por los recurrentes la personalidad de la entidad recurrida, con la que contrataron, es suficiente para la efectividad de la opción que ésta manifieste su voluntad de hacer uso de su derecho, sin que a los optatarios les interesen los acuerdos que la optante tome para ello, ni puedan disuadirlos. 4.ª Al ser suficiente el ejercicio extrajudicial del derecho, hay que computar el plazo a partir de los requerimientos notariales, y como la ineficacia de éstos invocada en la vista de la apelación es una cuestión nueva no discutida en la instancia, no puede ser admitida, y ello hace perecer a los motivos citados, por ir todos encaminados a discutir dicha ineficacia sin sanción posterior, se dice, con olvido de que la ratificación, prevista en los segundos apartados de los artículos 1.259 y 1.727 del Código civil, tiene efectos retroactivos, por lo que convalida el negocio desde el momento de su celebración, y se le considera como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, y 5.ª Como consecuencia de lo expuesto, al ratificar expresamente la Junta general extraordinaria cele-

brada el 10 de junio de 1960 los requerimientos hechos por el Presidente del Casino, en su representación, su eficacia se computa desde la fecha de los mismos, por lo que habiéndose ejercitado la acción dentro de los tres años pactados, se impone, sin necesidad del estudio detallado de estos motivos, su perecimiento, y con ellos la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1966.—La petición de nulidad o cancelación de inscripción prevenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria puede hacerse independientemente una de otra y antes o después de la petición de reivindicación.

En recurso de casación sobre acción reivindicatoria, se alegó como uno de los motivos del recurso infracción de Ley, consistente en la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Lo que el legislador impone, decía el recurrente, es que la demanda tenga como primer fundamento la nulidad de la inscripción y después aquellas otras peticiones relativas a la reivindicación o, en su caso, a la acción contradictoria del dominio. Sin embargo, lo que el Ayuntamiento de P. B., hace, añadía el recurrente, es todo lo contrario, toda vez que en primer término promueve su reivindicación y subsidiariamente, y como consecuencia de la misma, solicita la cancelación. La inversión de terminos es tan evidente que es imposible que la acción mantenida en la reconvencción pueda prosperar en vista del obstáculo que representa el artículo 38 de la Ley, base del primer motivo de nuestro recurso.

A ello responde el primer Considerando de la sentencia así: El motivo invocado parece con sólo tener en cuenta que la conjunción «o» empleada por la norma es disyuntiva, lo que significa que puede solicitarse la nulidad o la cancelación independientemente una de otra y según la causa en que se base su carencia de efectos; y en cuanto al orden de petición porque el precepto señala que se solicitará previamente, o a la vez, y aquí se ha hecho en la segunda forma, al constituir el «suplico» de los escritos un solo todo, y es mas lógico tal sistema, ya que si no prospera la acción reivindicatoria no cabe dejar sin efecto el asiento registral.

SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1966.—Cuando el legislador exige una formalidad «Ad substantiam» no puede prevalecer el principio espiritualista. La donación de cosa inmueble requiere escritura pública para su validez. La posesión adquirida por donación no formalizada legalmente no se tiene a título de dueño y no puede ser base para la prescripción extraordinaria. Tampoco puede ser base para la prescripción ordinaria por implicar un título radicalmente nulo.

Dada la publicidad, que pudiéramos denominar extrajurídica, tenida por el litigio que el Ayuntamiento de Sástago instó contra el conde del mismo nombre, hemos estimado conveniente traer a estas páginas, con cierto detalle, la sentencia final de dicho procedimiento.

Antecedentes: Por el Procurador don . . ., en nombre del Ayuntamiento de la villa de Sagtogo, y mediante escrito de fecha 3 de agosto de 1960, dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Caspe, se dedujo demanda contra el conde de Sagtogo sobre declaración de propiedad, y en cuya demanda se alegó, en síntesis: que el Ayuntamiento de Sástago reclama sea reconocido por el demandado y por terceros el derecho exclusivo de propiedad sobre las fincas que describe y sobre la dehesa «C» y E. C., por pertenecerle, a virtud de las cesiones efectuadas por aquél y por su abuela en 13 de noviembre de 1931 y 1 y 27 de marzo de 1898, apoyado, además, en la prescripción ganada por el Ayuntamiento demandante, interesando la nulidad de las inscripciones registrales logradas por el señor conde al reconstruirse el Registro de la Propiedad de Caspe, ya que en aquellos momentos no era dueño de lo que se logró inscribir en el Registro, sin que necesite otro pronunciamiento porque la posesión real de los predios está en poder del Ayuntamiento demandante, en representación de sus vecinos, a favor de los cuales realmente se desprendieron del mencionado patrimonio y, como es lógico, ha de decretarse aquella nulidad de las inscripciones logradas por el conde de Sástago. Invo-co los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia declarando: 1.º Que pertenece al Ayuntamiento de la villa de Sástago, como representante legal del Municipio, el dominio pleno y libre de toda carga real y personal de todas y cada una de las fincas sitas en término municipal de la misma que señala en la demanda, en razón de haberlas adquirido por los títulos válidos, perfectos y eficaces que se mencionan, que son haberle sido transmitidas por las acciones o donaciones efectuadas a su favor por las personas que también en ellos se indican, y, subsidiariamente por la prescripción ordinaria a partir de 1931, y la extraordinaria de las donadas en 1898. 2.º Que cuando con motivo de la reconstitución del Registro de la Propiedad de Caspe, don L. E. de R. y de S., aquí demandado, inscribió a su nombre y a favor en el mismo en 7 de octubre de 1941 las fincas referidas en el número anterior y las demás que con ellas se relacionan en la demanda, el documento público a virtud del cual se practicaron las inscripciones carecía a tales efectos de toda virtualidad y eficacia y estaban extinguidos por completo los derechos de dominio sobre los mencionados bienes inmuebles que las inscripciones reflejan por haberlos transmitido a la villa de Sagtogo, unos su abuela doña M. A. F. de C. B. de Q., mediante escritura pública de 27 de marzo de 1898, y otros el mismo demandado por la cesión que al propio Municipio hizo por el documento de 13 de noviembre de 1931. 3.º Que por consecuencia de tales declaraciones deberá declararse también la nulidad y ordenar y practicar la cancelación de las inscripciones actualmente vigentes de las fincas expresadas y obrantes a los tomos, libros, folios y números de fincas del Registro de la Propiedad de Cape, que ha señalado en la demanda, viniendo obligado el demandado a consentir tal cancelación. 4.º Que en el caso de que el repetido demandado se opusiere a esa cancelación en el presente juicio, o que dentro o fuera de él no diera aquel consentimiento de manera fehaciente y bastante para surtir efectos en el Registro de la Propiedad, se le condene a estar y pasar por la declaración contenida en el número anterior, y, en su consecuencia, ordenar se practicara en el Registro de la Propiedad de Caspe la cancelación de tales inscripciones. 5.º Que en el supuesto de que en el curso del presente juicio no se localizara el Protocolo notarial en que se halle la escritura matriz de 13 de noviembre de 1931 y otra por la que el aquí

demandado hizo cesión a la villa de Sástago de las fincas descritas en el documento de aquella fecha, y a que alude la Ley de Cortes de 26 de mayo de 1932, cuya cesión fue aceptada por el demandante, o resultare que tal escritura pública no llegó a otorgarse, se declare que el dicho demandado viene obligado a elevar a escritura pública el mencionado documento de 13 de noviembre de 1931, y la cesión que contiene, aceptada por el Ayuntamiento, en nombre del vecindario, en el plazo que se le señale en ejecución de sentencia, condenándole a instar y pasar por esta declaración, y en el caso de no cumplirla sea otorgada por el propio Juzgado en período citado de ejecución. 6.º Que procede ordenar y practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad de Caspe, a nombre del Ayuntamiento de la Villa de Sástago de las fincas donadas a la misma por el demandado mediante el documento de 13 de noviembre de 1931, como consecuencia de la declaración que se interesa del dominio a favor del Municipio mencionado 7.º Que se impongan las costas del juicio al demandado.

Por el Procurador don . . ., en nombre de don L. B. E. de R., y mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 1960, se contestó a la demanda alegando sustancialmente: Que no es el Ayuntamiento de Sástago a quien se debe reconocer la titularidad del dominio de las fincas comprendidas en la escritura de 27 de marzo de 1898, sino a los vecinos de Sástago y Cinco Olivas, que por aquel título las adquirieron, y a sus herederos; y no cabe en modo alguno reconocer al Ayuntamiento demandante la titularidad de las otras fincas a que se refiere la demanda porque en 13 de noviembre de 1931 no se otorgó, ni más tarde tampoco, la indispensable escritura pública y porque la solicitud de aquella fecha había de ser aceptada o rechazada, como en el traslado a la Presidencia del Gobierno se hace constar «en las condiciones que el propietario propone», y es obvio que jamás fueron aceptadas por el Ayuntamiento tales condiciones al no convalidar éste la reserva de la finca M., condición *sine qua non*, rechazada expresamente conforme aparece en el apartado 1.º de los acuerdos que figuran en el acta, correspondiente a la sesión del 5 de diciembre de 1931, siendo inútil, por tanto, que el Ayuntamiento pretenda modificar las inscripciones vigentes en el Registro porque no está legitimado para ello. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando todos y cada uno de los pedimentos del suplico de la demanda, con costas a la parte actora. Se formuló a continuación por la mencionada parte demandada reconvencción con base en los siguientes hechos: 1.º Que desde el año 1931 la Corporación demandante detenta sin título legal para ello las fincas, por mera tolerancia del demandado y de la propiedad de éste, que las tiene legítimamente inscritas en el Registro de la Propiedad 2.º Que tales fincas han producido frutos y rentas y aun cuando el demandado podría hacer reclamación legal desde la indicada fecha de 1931, en realidad, solamente formula reclamación desde el año agrícola 1955-56. 3.º Que tales fincas son . . .; que todas estas fincas han producido en total dos millones doscientas cincuenta y un mil doscientas cuarenta y nueve pesetas ochenta y seis céntimos. 4.º Que esta reclamación que ahora se formula a modo reconvenccional no es, como pudiera parecer, motivada por la promoción del juicio, puesto que el demandado ha reclamado repetidas veces el percibo de las rentas de las fincas objeto del litigio. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se dictase sentencia estimando la reconvencción y condenando al Ayuntamiento de Sástago al pago al demandado de la cantidad de dos

millones doscientas cincuenta y un mil doscientas cuarenta y nueve con ochenta y seis céntimos, percibidos por dicha Corporación como frutos y rentas de las fincas del demandado, con imposición de costas al mencionado Ayuntamiento

Por la representación del Ayuntamiento de Sástago se evacuó el trámite de réplica insistiendo en lo alegado en el escrito de demanda y suplicando se dictase sentencia de conformidad con lo que en la misma tenía solicitado, y contestó y se opuso a la reconvencción formulada por el demandado, alegando los siguientes hechos: 1.º Que el Ayuntamiento de Sástago, como representantes de los intereses municipales, viene poseyendo desde 13 de noviembre de 1931, las fincas que le fueron cedidas por el conde de Sástago, y no por mera tolerancia de éste, sino a título de legítimo y único y verdadero dueño, por haberlas adquirido a virtud de la cesión que éste le hizo, y, como tal dueño, ha percibido los frutos y rentas por ellas producidos, las ha administrado y conservado y satisfecho las cargas e impuestos inherentes al dominio y al disfrute. 2.º Cree que el no reclamar más que los frutos y rentas de los cinco últimos años, a los que ningún derecho tiene, se halla relacionado con el precepto del artículo 1966, número 2.º del Código civil. 3.º Conforme con que las fincas que se enumeran han producido las rentas brutas que se indican, pero hay que añadir los gastos que las mismas han originado. 4.º Que el conde de Sástago no ha reclamado jamás el percibo de los pastos de las fincas referidas. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la reconvencción y absolviendo de ella al Ayuntamiento de Sástago, con costas al reconviniente.

Por la representación de la parte demandada se evacuó el trámite de suplica fijando los puntos de hecho y de derecho, objeto de debate, y suplicando se dictase sentencia desestimando todos y cada uno de los pedimentos de la súplica del escrito de demanda y estimando la reconvencción declare: Que el Ayuntamiento de Sástago no se halla legitimado para ejercitar la acción declarativa formulada en la demanda; que son de la propiedad del conde de Sástago, todas y cada una de las fincas que constan expresadas en la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Caspe, en 21 de febrero de 1959, aportada por esta parte a la contestación a la demanda, en relación con el título de propiedad que acompaña a este escrito, con la excepción de las segregaciones señaladas en las fincas descritas bajo los números 1, 6 y 17 de dicha certificación, según se hace constar en el apartado 4.º de la misma; que se condene al Ayuntamiento de Sástago a dejar libres y a disposición del demandado las fincas expresadas en el número anterior, que se condene al Ayuntamiento de Sástago a estar y pasar por las anteriores declaraciones, absteniéndose de realizar cualquier acto perturbador del dominio o de la posesión que por entero corresponde sobre las repetidas fincas al demandado; que se condene al Ayuntamiento de Sástago a abonar al demandado los frutos y rentas que han producido las fincas a que se refiere este asunto a partir de los últimos cinco años, a partir de la fecha de la demanda, por un importe de dos millones doscientas cincuenta y un mil doscientas cuarenta y nueve pesetas con ochenta y seis céntimos, o cantidad mas cierta que resulte en ejecución de sentencia previa liquidación de cuentas, con expresión detallada de los gastos e ingresos habidos; que se condene al Ayuntamiento de Sástago al pago de las costas.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró: 1.º Que pertenece al Ayuntamiento de la villa de Sástago, como representante legal del Municipio,

el dominio de las siguientes fincas ... 2.º que cuando el excelentísimo señor conde de Sástago inscribió a su nombre, el 7 de octubre de 1941, en el Registro de la Propiedad de Caspe, las fincas antes dichas, la escritura pública de 4 de mayo de 1906, relativa a la hijuela que le había correspondido en la herencia de su abuela, la excelentísima señora condesa de Sástago, carecía, a tales efectos, de toda virtualidad, y estaban extinguidos a favor del citado señor los derechos de dominio sobre los mencionados bienes. 3.º Que son nulas y, en consecuencia, debe procederse a la cancelación parcial, de las siguientes inscripciones obrantes en el Registro de la Propiedad de Caspe a favor del citado excelentísimo señor . . También condenó al Municipio de la villa de Sástago a abonar al excelentísimo señor conde los frutos percibidos por aquella villa de las fincas sitas en el término municipal de la misma, denominadas Monte Blanco y Bajo en la parte que se reservó la excelentísima señora, condesa de Sástago, en la escritura otorgada a favor de dicha villa el 27 de marzo de 1898, a partir del año agrícola 1955-56, cuya cuantía se fijara durante la fase de la presente sentencia, previa rendición de cuentas por el Ayuntamiento de la mencionada villa. Todo ello sin hacer expresa condena en cuanto a las costas ocasionadas por la sustanciación del presente proceso.

Apelada la anterior resolución por la representación de la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 1963, con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos: Que debemos confirmar, y confirmamos, la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Caspe, con fecha 23 de enero de 1962, en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, de los que dimana este recurso, debiendo entenderse que la condena en fruto que tiene que hacer efectiva el Ayuntamiento de Sástago al señor conde del mismo título, al ser dentro de los límites máximos de dos millones doscientas cincuenta y un mil doscientas cuarenta y nueve pesetas con ochenta y seis céntimos y debiendo deducirse los gastos que dicho Ayuntamiento haya llevado a efecto para conservación y producción de los mismos, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.»

Recurrido este fallo en casación por el representante del Ayuntamiento, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso en mérito de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que, ejercitada por el Ayuntamiento de Sástago una acción declarativa de propiedad a la que da lugar en parte la sentencia recurrida, se intenta combatir en los motivos primero y cuarto del recurso, la interpretación que condujo a la Sala a la calificación de contrato de mutuas y reciprocas prestaciones al esgrimido como título de propiedad, siendo de estimar, pues, lejos de ello, sólo existió una donación pura y simple, aceptada incondicionalmente, patentizada por los términos literales del ofrecimiento formulado por el conde de Sástago y de la posterior aceptación del Ayuntamiento, que viene corroborada por la intención de las partes y sus actos propios, habiendo cometido la Sala las infracciones denunciadas de los artículos 1.281 y 1.282 en relación con el 1.272, todos ellos del Código civil (motivo primero) y la falta de aplicación del principio general de Derecho de que «nadie puede ir contra sus propios actos» recogido por las sentencias que se citan (motivo cuarto), siendo innecesario entrar en el examen de los motivos segundo y tercero por estar destinados al mismo fin.

Considerando: Que el principio espiritualista de autonomía de la volun-

tad que en materia de contratación rige en nuestro Derecho positivo a partir de las Leyes única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá y 1.^a del título I, libro décimo de la Novísima Recopilación, constituye una regla tan genérica que su aplicabilidad no puede surtir efecto con relación a aquellos negocios jurídicos para cuya naciencia y validez el legislador haya impuesto determinadas solemnidades *ab substantiam* y no *ad probationem*, como ocurre con el artículo 633 del Código civil respecto de las donaciones de inmuebles (Sentencia de 7 de enero de 1966).

Considerando: Que así lo ha entendido la jurisprudencia, con absoluta unanimidad, y así, en la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1932, ya se dice como, «a pesar del sistema espiritualista que nuestro Código civil acoge en su artículo 1.278, siguiendo la norma trazada por el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, no obstante el artículo 1.279 del mismo Cuerpo legal, que faculta a los contratantes para compelerse recíprocamente, si la Ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, con anterioridad válidamente contraídas, aquellos preceptos que constituyen la regla general en la materia, tienen en el propio Código sus excepciones, exigiendo, no como forma especial, sino para la validez de ciertos contratos, como requisito necesario, el que se haga en escritura pública, como tal sucede, entre otros y primordialmente, con la donación de cosa inmueble, conforme al artículo 633», y añadiendo que ello es así porque, según el artículo 621, las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se registrarán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que se halle determinado en el libro III, título II del Código, y, por tanto, es evidente que el dicho artículo 633, incluido en aquel libro y título, es de aplicación preferente a las disposiciones generales de los contratos que figuran en libro diverso. Por lo que no cabe conceder eficacia alguna a un simple documento privado para tener por cumplida la exigencia del requisito de forma, lo que implicaría la contravención a un mandato especial claro y terminante de la Ley que los Tribunales no pueden en forma alguna amparar, y este criterio jurisprudencial se mantiene en las posteriores sentencias de esta misma Sala, entre las que cabe citar las de 22 de febrero de 1940, 27 de enero de 1945, 1 de diciembre de 1948, 9 de abril, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 15 de enero de 1959 19 de diciembre de 1960, 10 de octubre de 1961 y 13 de mayo de 1963, constituyendo así una sólida doctrina en la materia, a la que no puede sustraerse el caso de autos, por lo que procede declarar la invalidez de la donación hecha por el conde de Sástago, por no haberse formalizado en escritura pública, a tenor del artículo 633 del Código civil, al tratarse de cosa inmueble, ya que dicho precepto hace depender de esa forma la validez de la donación de que se trata y que obliga a ampliar y referir la contundente frase con que empieza el artículo 1.261: «No hay contrato...», al requisito esencial de la observancia de la forma prescrita.

Considerando: Que como también proclama la sentencia últimamente citada de 13 de mayo de 1963, un contrato no válido por inexistente al faltarle al esencial requisito de forma necesario para su eficacia, no puede ser el justo título a que se refiere el artículo 1.952 del Código civil, que se exige para la prescripción ordinaria en el artículo 1.957, ya que como tal ha de entenderse el que legalmente basta para transmitir el dominio derecho real de cuya prescripción se trate, y en este concepto podrán comprenderse los

contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, e incluso los otorgados por quien, no obstante la disponibilidad jurídica de la cosa, pero no los que sean inexistente o radicalmente nulos, puesto que *quod nullum est, nullus producit effectum*. Pero además, es de tener en cuenta que la sentencia de 13 de mayo de 1952 niega que la posesión adquirida por donación no legalmente formalizada pueda serlo en concepto de dueño, a los efectos prevenidos en los artículos 447 y 1.941 del Código civil, por lo que, en definitiva, aun la prescripción extraordinaria que no requiere justo título, pero sí que aquélla se adquiera y disfrute en el concepto expresado, le estaría vedada al recurrente.

Considerando: Que esto sentado, no puede prosperar el motivo quinto, formulado de modo subsidiario, que más bien afecta a la segunda sentencia, en el que se intenta esgrimir la donación inválida como justo título para la prescripción ordinaria, aparte de las razones expuestas, porque plegándose a las expresamente invocadas por el recurrente, el título otorgado en contra de lo prescrito en la Ley, se halla afectado de nulidad radical conforme al artículo 4º del Código civil, sin que, por tanto, pueda alegarse como elemento útil en la prescripción ordinaria, ya que el artículo 1.953 previene que ha de ser el título verdadero y válido, y por su cualidad de nulo, con que éste había nacido, carecía notoriamente de la necesaria e indispensable validez (Sentencias de 23 de octubre de 1954 y 28 de mayo de 1965).

Considerando: Que el motivo sexto relativo a la reconvención tampoco puede prosperar porque debió ser articulado como causa de incongruencia por el cauce procesal oportuno.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de la villa de Sástago en cuanto a sus motivos primero y cuarto, contra la sentencia que con fecha 13 de mayo de 1963 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza; no hacemos especial imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Se dictó segunda sentencia, en la que, por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia anterior, y aceptando los Considerandos del Juez de Primera Instancia, se confirmó la sentencia de éste, debiendo entenderse que la condena en frutos que tiene que hacer efectiva el Ayuntamiento de Sástago al conde del mismo título ha de ser dentro de los límites máximos de dos millones doscientas cincuenta y un mil doscientas cuarenta y nueve pesetas con ochenta y seis céntimos, y debiendo deducirse los gastos que dicho Ayuntamiento haya llevado a efecto para conservación y producción de los mismos, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1965.—«Obras de conservación»: «reparaciones urgentes encaminadas a evitar daño inminente o incomodidad grave» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, arts. 107 y 110): no procede su realización por el arrendatario una vez que la autoridad municipal declare el estado de ruina del inmueble, aun cuando el arrendatario interponga recurso contra tal resolución administrativa.

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que se abstuvo de decidir sobre el fondo, estimando la excepción de litis pendencia) y absolviendo a la arrendadora de la reclamación del importe de las obras realizadas por el arrendatario actor.

Considerando (1.º): Que la sentencia recurrida califica de arbitrarias las obras realizadas por el inquilino sobre la previa afirmación (de) que, si bien es cierto que la autoridad municipal requirió al dueño para la realización de obras urgentes en la finca, ésta había sido declarada en estado de ruina, e impugnado este acuerdo en vía contencioso-administrativa por el inquilino actor en estos autos, y añade que las obras a efectuar se referían sólo a las «necesarias para evitar el peligro que ofrecía el muro», esto es, que no se ordenaban obras de reparación a que se refiere el artículo 110 de la Ley, y por ello carecen de eficacia los motivos primero y segundo, formulados por error de hecho en la apreciación de la prueba, pues parten de que las obras ordenadas fueron de conservación normal de uso, únicas que en determinadas circunstancias puede realizar el arrendatario, supuesto distinto al en que la sentencia se ha apoyado, lo que hace decaer ambos motivos por dejar intocada la premisa fundamental del fallo.

Considerando (2.º): Que consecuencia de lo expuesto en el anterior considerando es la improcedencia de los motivos tercero y cuarto, donde se denuncia la contravención del artículo 110 de la Ley, donde se faculta al inquilino y subsiguiente reintegro (sic) para efectuar las obras que exija el mantenimiento del uso o para evitar daños que pueden sobrevenir en el desarrollo del contrato, lo que aquí no ocurre, porque, declarada en ruina la finca, existe causa de extinción del contrato, sin que sea admisible que, recurrido por el propio inquilino el acuerdo municipal de ruina, se aproveche el lapso de tiempo de la tramitación de la impugnación para efectuar obras que sólo las puede llevar a cabo la propiedad, con las consecuencias legales que la Ley previene, y porque, además, por este procedimiento se frustrarían los derechos que de tal situación de ruina se derivan a favor del arrendador.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: «cuando el arrendatario lleve a cabo, sin el consentimiento del arrendador, obras que modifiquen la configuración del local de negocio» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 7.ª).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandante (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado: arrendatario) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia y absolviendo de la demanda de resolución del contrato.

Considerando (1.º): Que es necesario, para el estudio de las diversas cuestiones que el recurso plantea, hacer constar que la acción resolutoria se ejercita por la realización de tres obras sin contar con la propiedad habiendo alterado la configuración de los locales; que la sentencia de primer grado afirma que una de las obras fué impuesta por la autoridad gubernativa y la otra autorizada por la esposa del arrendador, por lo que se debe «reputar» como consentida por él, y, por consecuencia, admite estas excepciones propuestas, dando lugar a la demanda sólo por la tercera obra; que se interpuso recurso de apelación sólo por la parte demandada sin que el actor se adhiriera al mismo; la sentencia de la Audiencia declara que, habiendo quedado firme la de Primera Instancia en cuanto desestimó la demanda por dos de las obras aducidas, quedaba sólo a tratar la tercera obra, o sea, la ampliación de la cocina, sobre la que dice que esta obra es consecuencia de las otras e implícitamente comprendida en las mismas, y concluye que no ha habido obras no consentidas, por lo que, con revocación en este extremo, desestima la demanda en su integridad.

Considerando (3.º): Que, limitado el recurso sólo a las obras de ampliación de la cocina, dice sobre ellas el Tribunal de instancia que son consecuencia de las otras e implícitamente forman parte de las mismas, por lo que entiende están comprendidas en la orden gubernativa y consentimiento a cuyo amparo se efectuaron, temas éstos fuera de debate, según queda antes expuesto, por lo que no es dable volver sobre él, y únicamente cabría refutar la conexión o derivación que el Tribunal ha apreciado, aspecto no traído al recurso, por lo que el apartado 2.º del motivo donde se denuncia la infracción de los artículos 59 y 1.412 del Código civil ha de rechazarse.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: «por no cumplirse los requisitos o no reunirse las circunstancias exigidas.. para la prórroga forzosa del contrato» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto 13 de abril de 1956, art. 114 causa 11.ª): subrogación «mortis causa» del arrendatario: segundas y ulteriores subrogaciones (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 60, apartados 1 y 3, modificado por la Ley de 11 de junio de 1964, art. 1 que introdujo un apartado 4 y una disposición transitoria 8.ª bis).*

Estima (sólo en cuanto a la condena de las costas de instancia) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora)

contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado: arrendatario) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia y absolviendo al demandado de la petición de resolución del contrato.

Considerando (único): Que, ejercitada en el proceso la acción resolutoria del contrato de arrendamiento de local de negocio a que el mismo se refiere. y amparada su demanda en el contenido del artículo 60 de la Ley arrendaticia urbana, se ha de tener en cuenta que, reformado dicho precepto durante la tramitación del recurso por la Ley de 11 de junio del pasado año, en el sentido de admitir una segunda subrogación, con efectos retroactivos en el modo y forma señalado en la disposición transitoria 8.^a bis, ello obliga a mantener la sentencia recurrida en cuanto deniega la resolución contractual solicitada...

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—Excepciones a la prórroga del contrato de arrendamiento: causa 2.ª: derruición para nueva edificación con más viviendas (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, arts. 62, caso 2.º, y 78 y siguientes): han de tomarse en cuenta todas las viviendas proyectadas en el nuevo edificio cuando éste será elevado sobre el solar integrado por el del inmueble arrendado y el de otro colindante libre de arrendatarios.

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la arrendadora demandante contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial absolviendo de la demanda de resolución de contrato, con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia dando lugar a tal demanda.

Considerando (1.º): Que, con el fin de satisfacer el interés público que exige el aumento del número de viviendas y, al propio tiempo, armonizar en lo posible los contrapuestos intereses del arrendador y de los locatarios del edificio a deruir, la Ley de arrendamientos urbanos, en su artículo 62, número 2.º, y 78 y siguientes, supedita el derecho del arrendador a negar la prórroga legal de los contratos de arrendamiento al cumplimiento por el mismo de ciertos requisitos, entre ellos, que en la nueva finca se incremente el número de viviendas en la proporción que señala; mas tal regulación legal sólo se refiere a las fincas que estén ocupadas por inquilinos o arrendatarios y cuyo derribo se inste al amparo de la Ley especial, y no alcanza a aquellas otras en que el propietario pueda, por las circunstancias que fueren, disponer libremente, ya que respecto a estas últimas dicha Ley no contiene norma alguna que condicione su reconstrucción.

Considerando (2.º): Que la sentencia recurrida deniega la pretensión resolutoria deducida en la demanda, porque el nuevo edificio dispondrá de sólo dos viviendas y se va a construir sobre el solar resultante del derribo de dos fincas, la arrendada al demandado, que es la única que fue objeto de la autorización gubernativa de demolición. en la cual existe una vivienda, y otra. distinta, que, siendo colindante con aquélla, no se encuentra arrendada y tiene también una vivienda, y entender que, si en cada casa hay una vivienda y sólo se crean dos en el nuevo edificio, no se produce el aumento del número de

viviendas exigido por la Ley, pero al decidirlo así contraría la doctrina expuesta en el considerando que antecede, conforme a la cual, a efectos de determinar, en este caso, el número de viviendas que ha de tener la nueva finca, solo se ha de computar la existente en el inmueble del pleito, que es el único cuya reedificación está condicionada por la Ley de arrendamientos urbanos, con completa independencia y abstracción hecha del colindante, respecto al cual el poder de disposición del propietario no está sometido a ninguna limitación impuesta por dicha Ley especial, por lo que el destino que su dueño le dé no tiene repercusión alguna en el cómputo de las viviendas con que ha de contar la nueva finca que se construya en sustitución de aquella cuya demolición fue autorizada por el Gobernador civil.

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: alcance de la expresión «edificaciones habitables» (Ley de arrendamientos urbanos, art. 1, apartado 1). patio con pabellones para servicios higiénicos y vestuarios comunicado con locales contiguos dedicados a actividad comercial por el mismo arrendatario y complementario de éstos.*

Estima el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por la arrendataria demandada contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendador actor) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que estimara la excepción de «incompetencia de jurisdicción» y absolviera de la instancia) y estimando la demanda de desahucio por terminación del plazo contractual

Considerando (único): Que, cual tiene declarado esta Sala con reiteración—sentencias de 17 de mayo de 1955, 14 de octubre de 1958 y 1 de julio de 1964—, el concepto de «habitabilidad», referido a edificaciones en las que se ejercita actividad de comercio, reviste cierta amplitud y ha de ser reconocida a cualquier edificación cercada y con techumbre en las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir las condiciones de su destino; y, comoquiera que en el patio arrendado existían y existen dos pabellones, servicios higiénicos y para vestuarios; que en el contrato se facultó a los arrendatarios para destinarlo a los fines que estimasen oportunos, y que aparece en los autos que efectivamente la sociedad recurrente lo viene utilizando como complementario de la actividad comercial que desarrolla en los locales contiguos—sótanos—que también lleva en arrendamiento, por existir comunicación y acceso directo entre dichos locales y el patio, enclavado éste entre edificaciones limítrofes sin posible acceso directo al exterior, con servicios higiénicos para el personal adscrito a la actividad comercial que se desarrolla en tales sótanos contiguos y adyacentes, es obligado tener en cuenta todas estas circunstancias concurrentes e inferir de las mismas, como se infiere, que el arrendamiento cuestionado es de los comprendidos en el número 1.º del artículo 1 de la Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, y por ello, al ser, como es, de orden público la razón de inclusión o exclusión en dicha Ley especial, la voluntad de los contratantes no puede en virtud de pactos de cualquier especie sustraer de la misma los arrendamientos incursos en su ámbito, y, al no entenderlo así, la Sala sentenciadora incurrió en la violación del artículo 1 de la Ley de arrendamientos urbanos, denunciada en el primero de los motivos del recurso, mo-

tivo que debe ser estimado y que lleva consigo la casación y anulación de la sentencia recurrida, haciendo innecesario el examen de los restantes.

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: alcance de la expresión «edificaciones habitables» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 1, apartado 1): quiosco en el vestíbulo de la escalera de inmueble urbano.*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el demandante (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que estimara la demanda y diera lugar al desahucio por falta de pago) y absteniéndose de decidir sobre el fondo por estimar la excepción de «incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento».

Considerando (1.º): Que, como tiene declarado esta Sala con reiteración, el concepto de «habitabilidad» referido a las edificaciones en las que se ejercita actividad de comercio con establecimiento abierto al público reviste cercada y techumbre (sic) en las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir las exigencias de su destino en orden al desenvolvimiento de las actividades comerciales que en el local se desarrollen—sentencias de 17 de mayo de 1954 y 1 de julio de 1964—, cualidad que no puede negarse el espacio ocupado por el arrendatario-recurrido en el vestíbulo (de la) escalera de la finca núm. 5 de la Ronda de la Universidad, de Barcelona, en el que tiene instalado un quiosco destinado al comercio de bisutería de lujo, sin que pueda ser óbice a su conceptualización como «arrendamiento de local de negocio» la circunstancia de que no se trate de un local separado propiamente dicho, pues a los fines de su inclusión en el artículo 1.º de la Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955 basta con que se trate, como se trata, de un espacio acotado y delimitado dentro del vestíbulo-escalera del edificio, susceptible, como lo es, de aprovechamiento independiente, tal como ya se declaró por esta Sala en supuestos similares referentes a arrendamientos de portales para actividades comerciales: sentencias de 6 de febrero de 1954 y 8 de noviembre de 1955.

Considerando (4.º): Que en el tercero de los motivos, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se acusa la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 1953 y 11 de diciembre de 1960, expresivas de que la calificación de «arrendamiento de local de negocio» no cabe fundarla en la circunstancia de que las partes lo denominen así, sino en la verdadera naturaleza de la cosa arrendada; y, sobre ello, se advierte que la sentencia impugnada, aunque alude a que en el contrato de arrendamiento se le atribuyó tal carácter, no fundamenta su fallo en tal circunstancia, pues para llegar, como llegó, a asignar a la cosa locada la cualidad de «local de negocio» se fundó en el examen y apreciación conjunta de las pruebas referentes a la naturaleza objetiva de la cosa dada en arrendamiento, por lo que no incurrió en infracción de la doctrina legal que se cita, debiendo, en su consecuencia, desestimarse, como se desestima, el mencionado motivo.

Considerando (5°): Que, en el cuarto de los motivos del recurso, amparado en el mismo número del artículo 1.692, se denuncia la violación del artículo 4 del Código civil, alegándose que las Ordenanzas municipales de Barcelona regulan la anchura de los portales de los edificios y prohíben que en el interior de los vestibulos de entrada se instalen locales comerciales ni industriales; mas, para que se dé la infracción de tal precepto legal, no basta su mera enunciación, precisándose la invocación clara, terminante y concreta de la disposición legal que al ser incumplida o violada dé origen a la nulidad del acto de que se trate, y, como las Ordenanzas que se citan no revisten carácter de Ley, ni en el litigio se ha propugnado declaración alguna de nulidad de cualquier especie susceptible de influir en el desahucio por falta de pago, es obvio que no se ha violado el mencionado artículo 4 del Código civil, procediendo, por todo ello, la desestimación de este motivo.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio». resolución del contrato. «por concurrir alguna de las causas de denegación de la prórroga forzosa» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 11.ª): necesidad para el arrendador (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 62, caso 1.º).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandada (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandante: arrendador) por la Audiencia territorial revocando la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda de resolución del contrato.

Considerando (1.º): Que el motivo primero del recurso, que denuncia como intrínsecos los artículos 62, número 1.º, en relación con el 63, número 1.º, y 114, número 11, todos de la Ley de arrendamientos urbanos..., se limita a defender su opinión personal de que los hechos que configuran la necesidad revelan un propósito simulador de una causa inexistente, es decir, que la necesidad está buscada de propósito, fué buscada voluntariamente y es puramente ficticia; lo cual equivale a una valoración subjetiva del conjunto de la prueba, sin autoridad para ello, tratando de hacer prevalecer su criterio sobre el del Tribunal *a quo*, que tiene encargada por la Ley esta función primitiva y que ha llegado a la conclusión contraria, no destruida en sus premisas por el único medio que autoriza el número 4.º del artículo 136 de la repetida Ley especial.

Considerando (2.º): Que lo mismo ocurre con el motivo segundo, que, al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, parte de premisas distintas a las establecidas por la sentencia recurrida, pues ésta afirma que la misma necesidad que motivó el requerimiento denegatorio de la prórroga al arrendatario subsistía ya cuando la demanda había sido presentada al Juzgado (considerandos 3.º y 4.º), mientras el recurrente asegura por su cuenta todo lo contrario; pero, en todo caso, si el actor se vió compelido a abandonar una vivienda por pérdida del título de copropietario, en el que se apoyaba su ocupación, instalándose en una vivienda alquilada que le resultó insuficiente, y por esta falta de espacio tuvo que trasladarse a otra vivienda mientras se tramitaba la acción, ya extrajudicial-

mente iniciada, porque a nadie puede exigirse que para patentizar su necesidad esté viviendo a la intemperie, no debe olvidarse que, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal, en una interpretación racional y humana del Derecho, es lógico que la función social de la propiedad, en caso de conflicto, sirva con preferencia para satisfacer las necesidades del titular del dominio cuando éste se ve obligado a habitar en una vivienda ajena, teniendo propia. .

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: por traspaso ilegal (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 5.^a).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el arrendatario demandado contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda y declarara resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio.

Considerando (1.^o): Que .. la sentencia da por probada la realidad del traspaso ... por el resultado que ofrecen las ... pruebas practicadas, entre ellas, y muy principalmente, la certificación del Registro mercantil y el documento referente a la variación fiscal, documentos acreditativos, según la sentencia, de que el arrendatario demandado y seis personas más constituyeron la sociedad «Transportes P., S. L.», a la que aquél aportó el negocio de transportes que venía explotando en el local del pleito, en cuya contribución industrial se dió de baja dicho demandado, y de alta la citada sociedad.

Considerando (3.^o): Que .. es lo cierto que ni en la certificación del Registro Mercantil ni en la carta de porte, que son los únicos documentos que se citan para demostrar el error, se dice expresamente que la sociedad «Transportes P., S. L.», no use el local objeto del pleito, y lo que en realidad pretende el recurrente es que su propia valoración de la prueba prevalezca sobre la del juzgador, según lo pone de relieve al interpretar la escritura de constitución de la sociedad de modo distinto a como lo hace la Sala sentenciadora e intentar privar de eficacia probatoria al documento acreditativo de la variación fiscal y al consistente en una felicitación de Navidad de la Dirección de «Transportes P., S. L.», en la cual figura el local discutido como domicilio o lugar en que tal dirección radica, lo que obliga a desestimar el motivo tercero y, consecuentemente, el cuarto y último, en el que, contra lo afirmado en la sentencia, se parte del supuesto de que no hay prueba de que el local sea utilizado por dicha sociedad, decayendo el recurso en su totalidad, el cual se reputa temerario a efectos de costas

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1965.—«Recurso de injusticia notoria»: por «quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 2.^a*); ha de tratarse de alguno de los previstos para la casación (*Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1693*); por «error de hecho en la apreciación de la prueba» (*Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, causa 4.^a*); documentos relevantes; error de Derecho en la apreciación de la prueba (*Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, causa 3.^a*); presunciones.

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato por realización de obras modificativas de la configuración del local sin consentimiento (ni conocimiento) del arrendador.

Considerando (1.^o): Que el primer motivo del presente recurso se ampara en la causa 2.^a del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos y se basa en falta de aplicación de los números 2.^o y 3.^o del 372 de la Ley de enjuiciamiento civil, por decirse que la sentencia recurrida no consigna la resultancia de la prueba practicada en segunda instancia ni procede a su valoración, con indefensión para el recurrente, pero, si se tiene en cuenta que la falta que se denuncia no tiene cabida en ninguna de las causas relacionadas con el artículo 1.693 de la Ley procesal civil, habrá de desestimarse el motivo, de acuerdo con lo declarado por esta Sala en reiterada jurisprudencia.

Considerando (2.^o): Que, al amparo de la causa 4.^a de la Ley de arrendamientos urbanos, formula el recurrente otro motivo, basado en supuesto manifiesto error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, al decir la sentencia recurrida que las obras relacionadas en el hecho segundo de la demanda fueron realizadas por el recurrente sin consentimiento ni conocimiento del arrendador; pero ninguno de los documentos señalados para revelar lo que como manifiesto error se denuncia lo demuestra por sí, prescindiendo de razonamientos y deducciones; a lo que hay que añadir la falta de idoneidad de testimonios emitidos fuera de juicio, para surtir efecto en motivos de la naturaleza del presente, por lo que procede la desestimación de este motivo.

Considerando (3.^o): Que, al amparo de la causa 3.^a del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, se formula otro motivo, basado en interpretación errónea de la causa 7.^a del artículo 114 de dicha Ley y falta de aplicación de la doctrina legal que se cita, al entender la sentencia recurrida que no medió consentimiento del arrendador, cuando, a juicio del recurrente, los hechos declarados probados demuestran lo contrario, pero, como

el propio recurrente reconoce que la sentencia recurrida afirma que las obras fueron realizadas por el demandado sin conocimiento ni consentimiento del arrendador y esta declaración está en pie, al no haber sido impugnada con eficacia, el motivo no puede prosperar; ni siquiera basándose, como se hace al final, en la falta de aplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, pues la pretensión del recurrente es deducir una presunción de unos hechos que slenta, en contradicción con la declaración, que él mismo reconoce fué hecha por la sentencia recurrida, de que las obras fueron realizadas por el demandado sin conocimiento ni oonsentimiento del arrendador; debiendo, en consecuencia, rechazarse el motivo, y debiendo correr igual suerte el restante..., pues, declarada la falta de consentimiento del arrendador para la realización de las obras y no impugnada la declaración con eficacia, éste motivo resulta intrascendente ..

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965 —«Recurso de injusticia notoria»: «por infracción de precepto y de doctrina legal» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 3.ª*): incongruencia (*Ley de enjuiciamiento civil, art. 359*).

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandante (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado: arrendatario) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia y absolviendo de la demanda de resolución del contrato.

Considerando (1.º): Que es necesario, para el estudio de las diversas cuestiones que el recurso plantea, hacer constar que la acción resolutoria se ejercita por la realización de tres obras sin contar con la propiedad habiendo alterado la configuración de los locales; que la sentencia de primer grado afirma que una de las obras fué impuesta por la Autoridad gubernativa y la otra autorizada por la esposa del arrendador, por lo que se debe «reputar» como consentida por él, y, por consecuencia, admite estas excepciones propuestas, dando lugar a la demanda sólo por la tercera obra; que se interpuso recurso de apelación sólo por la parte demandada sin que el actor se adhiriera al mismo; la sentencia de la Audiencia declara que, habiendo quedado firme la de Primera Instancia en cuanto desestimó la demanda por dos de las obras aducidas, quedaba sólo a tratar la tercera obra, o sea, la ampliación de la cocina, sobre la que dice que esta obra es consecuencia de las otras e implícitamente comprendida en las mismas, y concluye que no ha habido obras no consentidas, por lo que, con revocación en este extremo, desestima la demanda en su integridad.

Considerando (2.º): Que en el apartado tercero del único motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley de procedimiento civil, por no haberse pronunciado la sentencia recurrida sobre las tres obras en que la demanda se fundaba, tesis que apoya en la sentencia de este Tribunal de 31 de mayo de 1927, la que indudablemente ha sido mal interpretada por el recurrente. porque, lejos de decir que el Tribunal de apelación ha de conocer de todas las cuestiones debatidas en primera instancia, aunque

algunos puntos hayan sido desestimados sin que la parte a quien perjudica interpusiera recurso de apelación ni se adhiriera a la ejercitada por la contraparte, sostiene todo lo contrario, pues afirma que en apelación no debe resolverse más que sobre lo que se le ha sometido por alguna parte, pudiendo extenderse al todo cuando hubiera sido apelada la integridad de los temas, doctrina concorde con la tradicional y unánime de la jurisprudencia, puesta de manifiesto, entre infinitas resoluciones, en las sentencias de 13 de enero y 23 de febrero de 1944, en las que se sostiene que la atribución jurisdiccional de los Jueces de segundo grado no permite en nuestro sistema procesal que se favorezca la situación de quien no apela, ni puede extenderse a extremos o cuestiones que, por haberlas consentido el litigante a quien afectan, han quedado firmes, doctrina que responde al carácter rogado de nuestra jurisdicción civil, ya que el apelante sólo recurre del extremo que le es adverso, del que pide revisión, y, de ampliar el ámbito de la segunda instancia a temas no instados, se quebrantaría el principio de rogación y además se agravaría la postura del apelante, para el que han quedado fuera de debate, por falta de impugnación, las cuestiones en que fué absuelto, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos, todo lo cual conduce a la desestimación del recurso en cuanto da por infringido el artículo 359 de la Ley de procedimiento civil.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—«Recurso de injusticia notoria»: por «quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 2.ª): ha de tratarse de alguno de los previstos para la casación (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.693); por «error en la apreciación de la prueba»: error de hecho (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, causa 4.ª): no puede basarse sino en documentos que por su sola lectura revelen el error; error de Derecho: presunciones (Código civil, arts. 1.249 y 1.253).

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandantes (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda denegando la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de local de negocio por hallarse éste subarrendado.

Considerando (1.º): En cuanto al primer motivo del recurso, amparado en la causa segunda del artículo 136 de la Ley, alegado como fundamento del mismo que se admitió al demandado una prueba documental referente a pretensiones de la demanda, y no de la contestación, que no puede estimarse como vicio de forma productor de indefensión, porque entre los casos de quebrantamiento de formalidades esenciales, que señala el artículo 1.693 de la Ley ritualaria, referente a prueba, sólo habla de su denegación, pero no de su admisión, como no podía menos de hacerlo, en armonía con el 567, que establece que contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba no se da recurso alguno, cuyo precepto es absoluto y sin excepción, por lo que se impone la desestimación del motivo.

Considerando (2.º): En cuanto a los motivos segundo, tercero y cuarto, amparados en la causa 4.ª del artículo 136, que ninguno de los documen-

tos citados en los mismos ... son reveladores, por su sola lectura, de una contradicción evidente con la declaración de la Sala que no lo estima subarrendatario, serán hechos para deducir que lo es, pero no lo dicen claramente, y, como, para que los documentos puedan servir de amparo a la causa cuarta, han de expresar contradicción evidente, y tal circunstancia aquí no se produce, se hace necesaria la desestimación de estos tres motivos.

Considerando (3.º): Por cuanto hace referencia a los (motivos) señalados con los números 8 al 13, amparados en la causa tercera del artículo 136, que atacan la declaración del Tribunal que niega el subarriendo, impugnándola por intracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código y jurisprudencia que citan, que, como la Sala ha hecho valoración conjunta de la prueba, sin utilizar la supletoria de presunciones, lo que intentan los motivos es imponer el criterio del recurrente, toda vez que se estructuran alegando que, puesto que resulta cierto el cambio de titularidad en algunos aspectos del negocio, es consecuencia lógica reconocer la sustitución del usuario, lo que pone de manifiesto que lo que se combate no es la apreciación de prueba hecha por el Tribunal, sino que se le achaca que ha omitido un proceso lógico que a juicio del recurrente debió emplearse, supuesto que excluye la posibilidad de la intracción del artículo 1.253, que marca las circunstancias a que ha de ajustarse la prueba de presunciones, que señala el 1.249, y cuando, como ocurre en el presente caso, el Tribunal no se ha valido en la apreciación de la prueba de este medio, es incuestionable que no ha podido incidir en la falta que se le imputa, por lo que se impone rechazar tales motivos.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—*Costas procesales: condena a su pago principio del vencimiento («victus victoris») (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 149): no procede cuando el vencimiento se impone en virtud de norma no vigente al comenzar el proceso.*

Estima (sólo en cuanto a la condena de las costas de instancia) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado, arrendatario) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia y absolviendo al demandado de la petición de resolución del contrato.

Considerando (único). Que, ejercitada en el proceso la acción resolutoria del contrato de arrendamiento de local de negocio ... amparada ... en el ... artículo 60 de la Ley arrendaticia urbana, se ha de tener en cuenta que, reformado dicho precepto durante la tramitación del recurso por la Ley de 11 de junio del pasado año, en el sentido de admitir una segunda subrogación, con efectos retroactivos en el modo y forma señalado en la disposición transitoria 8 bis, ello obliga a mantener la sentencia recurrida en cuanto deniega la resolución contractual solicitada, pero ha de dejarse sin efecto en cuanto sanciona con las costas de primera instancia a la parte actora, porque se hace indudable, y así lo tiene ya declarado esta Sala en anteriores resoluciones, que no es procedente hacer especial pronunciamiento respecto a las mismas, ya que en este caso singular no procede aplicar el principio objetivo del vencimiento que establece el artículo 149 de la Ley especial, toda vez que

la ineficacia radical del proceso dimana de causas extrañas a la voluntad de las partes y cuyo acaecimiento no pudieron prever.

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1965.—*Resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta: tratándose de «local de negocio» ha de estarse a la legislación especial (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, arts. 122, 124 y 147). «Recurso de casación por infracción de ley»: «violación» (Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.692, 1.º).*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el demandante (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que estimara la demanda y diera lugar al desahucio por falta de pago) y absteniéndose de decidir sobre el fondo por estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento.

Considerando (2.º): Que en el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se acusa la violación del párrafo primero del artículo 1.º de la Ley de arrendamientos urbanos, en relación con el número 1.º del artículo 1.569 del Código civil, y, así formulado, es claro que, dada la vigencia y obligatoriedad del primer precepto legal citado, que la Sala aplicó correctamente al subsumir en él el supuesto de hecho enjuiciado, no incidió en tal violación, pues la realidad es que sirvió de fundamento al fallo recurrido; y, como lo que en definitiva se argumenta (sic) el espacio arrendado no reúne condiciones de «habitabilidad», pretendiendo contraponer su criterio personal al de la Sala, al ofrecerse, como se oírece, que el Tribunal *a quo* procedió con acierto al calificar, como calificó, de «local de negocio» la cosa objeto del arrendamiento por reunir todas las cualidades necesarias para tal conceptualización, procede la desestimación de dicho motivo, siendo innecesario discriminar lo relativo al otro precepto legal que supone infringido, en cuanto que, aun señalado como violado en la enunciación, no es objeto de desarrollo y se dice que será estudiado en otro capítulo del recurso.

Considerando (3.º): Que en el segundo motivo, articulado por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se acusa la violación de los artículos 1 de la Ley de arrendamientos urbanos y párrafo primero del artículo 1.569 del Código civil, reproduciendo así las mismas infracciones que en el motivo anterior, olvidando que por este otro cauce sólo puede denunciarse el error de hecho o de Derecho en que haya podido incurrir la Sala en la apreciación de las pruebas, lo que por sí sólo es causa bastante para su desestimación, pues al amparo de tal número no cabe denunciar la violación de tales preceptos legales, de carácter substantivo.

Considerando (5.º): Que en el cuarto de los motivos del recurso, amparado en el mismo número 1.º del artículo 1.692, se denuncia la violación del artículo 4 del Código civil, alegándose que las Ordenanzas Municipales de Barcelona regulan la anchura de los portales de los edificios y prohíben que

en el interior de los vestíbulos de entrada se instalen locales comerciales ni industriales; mas, para que se dé la infracción de tal precepto legal, no basta su mera enunciación, precisándose la invocación clara, terminante y concreta de la disposición legal que al ser incumplida o violada dé origen a la nulidad del acto de que se trate, y, como las Ordenanzas que se citan no revisten carácter de Ley, ni en el litigio se ha propugnado declaración alguna de nulidad de cualquier especie susceptible de influir en el desahucio por falta de pago, es obvio que no se ha violado el mencionado artículo 4 del Código civil, procediendo, por todo ello, la desestimación de este motivo.

Considerando (6.º): Que en el quinto y último motivo, formulado por la vía del número 1.º del artículo 1.692, se acusa la violación del número 2.º del artículo 1.569 del Código civil, pero la inviabilidad del mismo deviene inevitable como consecuencia de la desestimación del primer motivo, pues, al calificarse, como se ha calificado, el arrendamiento como de «local de negocio», tal precepto es inaplicable al supuesto de autos, toda vez que el procedimiento a seguir para obtener la resolución del contrato por falta de pago no es otro que el regulado en el artículo 124 en relación con el 147, ambos de la Ley de arrendamientos urbanos, y la competencia para conocer del mismo corresponde a los Jueces municipales, a tenor del artículo 122 de la misma, tal y como ha entendido el Tribunal de instancia al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, debiendo, en su consecuencia, desestimarse también este motivo.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: *formalización: «claridad y precisión» en la expresión de «el concepto por el cual se estima cometida la infracción» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, segundo párrafo); impugnación de la apreciación de la prueba (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, causa 4.ª).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandada (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandante: arrendador) por la Audiencia territorial revocando la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda de resolución del contrato.

Considerando (1.º): Que el motivo primero del recurso, que denuncia como infringidos los artículos 62, número 1.º, en relación con el 63, número 1.º, y 114, número 11, todos de la Ley de arrendamientos urbanos, sin expresar el concepto por el cual se estima cometida la infracción, adolece de un defecto, al faltar a la claridad y precisión exigidas a este respecto por el artículo 136 del propio Cuerpo legal, lo que obligaría ya a desestimarle por causa de inadmisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 138; pero a la misma decisión obligaría el examen del fondo del motivo, que se limita a defender su opinión personal de que los hechos que configuran la necesidad revelan un propósito simulador de una causa inexistente ..., lo cual equivale a una valoración subjetiva del conjunto de la prueba, sin autoridad para ello, tratando de hacer prevalecer su criterio sobre el del Tribunal *a quo*, que tiene encargada por la Ley esta función primitiva y que ha llegado a la conclusión contraria, no

destruida en sus premisas por el único medio que autoriza el número 4 del artículo 136 de la repetida Ley especial.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1965.—*Postulación. representación por Procurador: «poder» de representación: sustitución. «Recurso de injusticia notoria» por «quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 2.^a), por «manifiesto error en la apreciación de la prueba» (ibidem, causa 4.^a).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el arrendatario demandado contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda y declarara resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio.

Considerando (1.º): Que, para que el recurso de injusticia notoria por la causa 2.^a, del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos pueda prosperar, es preciso que la infracción procesal perpetrada haya sido objeto de constante protesta, circunstancia que en el presente caso no concurre, toda vez que, cualesquiera que pudiesen ser los vicios de la citación del demandado para la práctica en la primera instancia de la prueba de confesión judicial del mismo, es lo cierto que la única reclamación formulada a tal respecto es la que ahora se deduce, lo que basta, por sí solo, para rechazar el motivo primero del recurso, aparte de que tampoco existe indefensión, ya que la sentencia da por probada la realidad del traspaso a virtud, no sólo de tener al demandado por confeso, sino también por el resultado que ofrecen las demás pruebas practicadas.

Considerando (2.º): Que igual suerte ha de correr el motivo segundo, porque el Procurador señor J. compareció en el pleito en representación de los señores T. y G., quienes demandan como administradores del señor S., comparecencia la de dicho Procurador que está en perfecta correlación con el poder que aquéllos le habían otorgado en el ejercicio de las facultades que les habían sido conferidas en el mandato establecido a su favor por los cónyuges señores S. y A. en Santiago de Chile, el 1 de octubre de 1960, mandato comprensivo de amplísimas atribuciones a ejercitar en nombre y representación de sus mandantes, entre ellas la de administrar bienes inmuebles, arrendarlos, desahuciar inquilinos, y otorgar poderes generales para pleitos a favor de Abogados y Procuradores de los Tribunales.

Considerando (3.º): Que el error de hecho en la apreciación de la prueba, que ampara la causa 4.^a del artículo 136 de la Ley especial, ha de ser manifiesto y acreditado por la documental o pericial que obre en los autos, esto es, que las probanzas de tal clase que al efecto se invoquen evidencien por sí lo contrario de lo afirmado en la sentencia., y lo que en realidad pretende el recurrente es que su propia valoración de la prueba prevalezca sobre la del juzgador, según lo pone de relieve al interpretar la escritura de constitución de la sociedad de modo distinto a como lo hace la Sala sentenciadora e intentar privar de eficacia probatoria al documento acreditativo de la variación fiscal y al consistente en una felicitación de Navidad de la

dirección de «Transportes P, S. L.», en la cual figura el local discutido como domicilio o lugar en que tal dirección radica, lo que obliga a desestimar el motivo tercero y, consecuentemente, el cuarto y último, en el que, contra lo afirmado en la sentencia, se parte del supuesto de que no hay prueba de que el local sea utilizado por dicha sociedad...

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

~~_____~~

Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de junio de 1965.

EL HECHO DE QUE, VENDIDA UNA FINCA EN DOCUMENTO PRIVADO, SE VENDA POSTERIORMENTE A DISTINTA PERSONA EN DOCUMENTO PÚBLICO, NO SE DESVIRTÚA, A LOS EFECTOS DEL IMPULSO, SI NO HA SIDO RESUELTA PREVIAMENTE AQUELLA VENTA EN FORMA LEGAL, Y EN SU CONSECUENCIA SON DOS LOS ACTOS LIQUIDABLES.

Antecedentes.—En documento privado, D. R. M. vendió a D. M. A. una finca rústica en 3.000.000 de pesetas, con fecha de 27 de marzo de 1953, que fué liquidada oportunamente, y el comprador interpuso recurso contra la liquidación, alegando que el contrato no había llegado a consumarse por carecer el vendedor de la facultad de disposición, a causa de litigio pendiente con los presuntos herederos de su esposa, lo que motivó la sustitución del contrato por otro posterior de arrendamiento, con opción de compra entre los mismos interesados en escritura notarial, otorgada en 30 de abril de 1958, con lo cual quedó sin efecto e inexistente la venta primeramente pactada e inexistente la misma, procediendo, a juicio de los interesados, la nulidad de la liquidación impugnada por la inexistencia de la transmisión de la finca y solicitando el recibimiento a prueba para acreditar la autenticidad de dicha escritura.

La reclamación fué desestimada por el Tribunal provincial, fundado en que el examen del documento demostraba que se trataba de un contrato en el que concurrían todos los requisitos del

• artículo 1.261 del Código civil para su existencia, cuyos términos, claros y precisos, contenían un contrato de compraventa, conforme al artículo 1.445 del dicho Código, contra el que no se había ejercitado la acción resolutoria procedente en el caso de ser la cosa litigiosa, y que en el orden fiscal, con arreglo al artículo 41 del Reglamento del Impuesto, era perfectamente eficaz la venta impugnada; no obstante, los defectos así de fondo como extrínsecos que pudiesen afectar a su validez; constituyendo únicamente, de acuerdo con el artículo 48 del propio texto reglamentario, la resolución firme declaratoria de su nulidad o resolución, cuestión determinante, no de la nulidad de la liquidación, sino de la devolución de su importe; sin que, por otra parte, la jurisdicción económico-administrativa tenga facultades para definir sobre nulidad o rescisión de los contratos, ni pueda producir en ningún caso la efectos pretendidos la voluntaria resolución del contrato libremente pactada, ni tampoco la doble venta de la finca.

El acuerdo fué recurrido ante el Central en alzada, y éste dijo que, de la simple lectura del contrato y de la expresa conformidad de las partes en orden a la transmisión de la finca, cabe sostener la conclusión de acuerdo con los artículos 1.261 y 1.445 del Código civil, que el contrato tipifica específicamente una compraventa sujeta al impuesto, a tenor del artículo 2.º de la Ley del Impuesto de 1947, aplicable al caso por razón de la fecha de presentación del documento, sin que la eficacia del contrato sea afectada por la doble venta, ya que esta situación está prevista en el artículo 1.477 del Código civil y no impide que el impuesto se liquide por ambas transmisiones, mientras no exista una declaración judicial sobre inexistencia o nulidad absoluta, rescisión o resolución del contrato, que daría lugar a la devolución del impuesto, en aplicación del artículo 58 del Reglamento, como tampoco puede afectar a la exigencia del impuesto el mutuo acuerdo de las partes, dejando sin efecto el contrato, dado que ello no tiene trascendencia fiscal, por la misma razón de que, cuando se produce, no ha lugar la devolución, antes bien, conforme al mismo artículo 58, se considera como un nuevo acto tributable.

En definitiva, el Central confirma las liquidaciones cuestionadas.

Comentarios.—El caso es tan claro, que no requiere comentario alguno, porque el texto de los artículos del Reglamento en juego son perfectamente claros y jurídicos; si las dos enajenaciones son civilmente perfectas, es claro que a cada una de ellas se le ha de aplicar el impuesto, dada su eficacia, en tanto los tribunales no declaren que una de ellas ha quedado civilmente sin efecto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de junio de 1966.

EL INSTITUTO DE CRÉDITO PARA LA RECONSTRUCCIÓN NACIONAL NO GOZA DE EXENCIÓN SUBJETIVA DEL IMPUESTO, PORQUE NO REÚNE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 2.º, APARTADO B) DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—La Compañía Transmediterránea obtuvo del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional un préstamo hipotecario de 35.000.000 de pesetas, destinado a la construcción del buque «Villa de Madrid», y en garantía de aquél hipotecó el buque.

El contrato fué liquidado por el concepto hipotecas con bonificación del 50 por 100, a cargo del Instituto, el cual recurrió la liquidación, alegando la exención subjetiva del impuesto, concretada en la Ley de 16 de marzo de 1939, Decreto-Ley de 7 de julio de 1950 y el 23 de mayo de 1952, exención, por otra parte, a juicio de la reclamante, confirmada en la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, al establecer en el artículo 3.º, apartado B), número 2, la exención de los actos y contratos en que la obligación de tributar recaiga sobre los organismos regulados por la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre régimen jurídico de las Entidades estatales autónomas, en cuanto sus presupuestos hayan sido aprobados por el Consejo de Ministros y publicados por el Ministerio de Hacienda, como dispone el artículo 40 de la misma Ley, cuyas circunstancias concurrían en el Instituto recurrente.

El Tribunal provincial desestimó el recurso con el apoyo en que la Ley del Impuesto no recoge la exención alegada, sin que, por otra

parte, sea admisible el argumento relativo a los Organismos estatales autónomos, porque no resulta probado que el Instituto reuniese semejante condición, ni el hecho, de que en la partida de los presupuestos generales del Estado relativa a las dotaciones para financiación de los organismos autónomos se haya incluido el mencionado Instituto, era muy diferente al de la publicación misma de sus propios presupuestos, como exige el número 2.º del apartado B) del artículo 3.º de la Ley Fiscal.

El acuerdo fué recurrido al Central, con reiteración de los argumentos de primera instancia, y haciendo hincapié en el carácter de Organismo estatal del repetido Instituto.

El Central dice que la Ley del Impuesto mantiene, en el artículo 4.º, apartado C), la bonificación o exención parcial del 50 por 100 en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que para la construcción de buques en astilleros españoles por encargo de empresas españolas, se otorguen en cualquiera de las formas previstas en el artículo 3.º de la Ley de Hipoteca Naval, siempre que su importe se invierta totalmente en la construcción de la nueva nave, beneficio de carácter objetivo rectamente aplicado por la Oficina gestora; pero lo que no recoge dicha Ley Fiscal es la exención subjetiva a favor del Instituto recurrente, que para ciertas operaciones establecieron la Ley de 16 de marzo de 1939 y el número 46 del artículo 3.º de la Ley de 7 de noviembre de 1947, y, de modo general, equiparándola al Decreto-Ley de 7 de julio de 1950, por lo que obligadamente hay que entender, con arreglo a lo ordenado en la transitoria 4.ª de la Ley del Impuesto, que dichas exenciones de índole subjetiva carecen de aplicación para los contratos celebrados a partir de 1 de mayo de 1958, en que entró en vigor dicha Ley Fiscal.

Añade la Resolución comentada, que tampoco puede prosperar el recurso de alzada con apoyo en que el Instituto recurrente es un Organismo estatal, porque para ello sería necesario que concurriesen los requisitos a que se refiere el artículo 3.º, número 2.º de la Ley del Impuesto, o sea, que sus presupuestos hubieran sido aprobados por el Ministerio de Hacienda, circunstancia que no se da en el caso, sin que el recurrente haya probado lo contrario, antes bien, la carencia de la condición de entidad autónoma re-

sulta de no aparecer incluida como tal en el Decreto de 14 de julio de 1962, y, por otra parte, la equiparación entre el Estado y el Instituto no determinaría la exención del contrato de préstamo hipotecario, sino la mutación de la persona contribuyente, en virtud del artículo 7.º de la Ley del Impuesto, el cual establece que en los contratos de garantía a favor del Estado vendrá obligado a satisfacer el impuesto el que la constituya, lo que corrobora el final del mismo artículo, diciendo que en toda convención en que sea parte persona que disfrute de exención o bonificación de carácter subjetivo, la obligada al pago será la otra parte contratante en los mismos supuestos en que corresponde al que contrate con el Estado.

A continuación cita varias de sus Resoluciones con idéntica doctrina y desestima el recurso.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de junio de 1966.

LA EXENCIÓN PREVISTA EN EL APARTADO 2.º DEL ARTÍCULO 18 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO POR CONTRATO MIXTO, CUANDO EL CONSTRUCTOR ALEGARE HABER APORTADO EN TODO PARTE DE LOS MATERIALES, NO TIENE LUGAR SI EL CONTRATISTA-CONSTRUCTOR NO ACREDITA ESTAR INCLUIDO EN EL IMPUESTO INDUSTRIAL Y AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LA CUOTA CORRESPONDIENTE A TAL ACTIVIDAD INDUSTRIAL.

Antecedentes.—En la Oficina liquidadora de Madrid se presentó una escritura en la que la sociedad C. M. P. S. A. declaraba como obra nueva una determinada casa, en cuya escritura se procedió a la división material de los pisos y de los locales comerciales, junto con los estatutos de la Comunidad de propietarios, con la solicitud de exención por el concepto de obra nueva, a tenor del apartado 7) del artículo 18 del Reglamento.

La Oficina liquidadora giró la liquidación por el concepto de contrato mixto sobre el total valor de la nueva construcción.

La representación de la sociedad recurrió la liquidación ante el Tribunal provincial, con fundamento en el apartado 7) del artícu-

lo 18 del Reglamento del Impuesto, alegando que la reclamante había realizado la construcción por administración, entendiéndose directamente con los proveedores e instaladores, así como con los obreros y demás personal para la construcción y satisfaciendo las cuotas de seguros sociales, y que, con fecha de 31 de marzo de 1958, se había dirigido al administrador de Rentas de la provincia, exponiendo que la actividad de la sociedad no estaba incluida en la contribución industrial, licencia fiscal, pero que si lo estuviera, aceptaba la contribución por tal concepto; de lo cual deducía la exención del impuesto por el expresado precepto del artículo 18 del Reglamento, ya que el no estar incluida en el impuesto industrial, no era culpa de la recurrente.

Aportó como prueba, certificación acreditativa de no figurar como contribuyente por contribución industrial el año 1960, en el epígrafe 1.089, que grava la actividad industrial en su cuota fija.

El Tribunal provincial desestimó el recurso, diciendo que la presunción de existencia del contrato mixto sólo puede desvirtuarse mediante la prueba de que la persona a cuyo favor se hizo la declaración, figura habitualmente incluida en el impuesto industrial, al objeto de dedicarse a aquella clase de construcciones, y a este respecto, según la certificación aportada, la recurrente no figura durante 1960 incluida en el epígrafe 1.089, que grava la actividad de la construcción en su cuota fija, y ello implica que no concurren los requisitos exigidos por el Reglamento del impuesto.

La interesada se alzó ante el Central, insistiendo en los razonamientos anteriores y añadiendo que la exención se da, aun en el caso de que no se justifique el alta en la cuota fija de contribución industrial, licencia fiscal, cuando realmente no se encuentra sujeta a tal tributo, como en el caso ocurre, en el que no ejerce la recurrente más actividad en 1960 que la construcción de la finca cuestionada no tenía por qué tributar, dado que la construcción la realizó directamente por administración, sin mediar contratista, subcontratistas o destajistas.

El Central dice que reiteradamente tiene declarado, interpretando el artículo 2.º del apartado VI) del impuesto y el apartado 7) del 18 del Reglamento, que la sujeción al mismo de las de-

claraciones de obra nueva lo son por presunción legal de la existencia de un contrato mixto de ejecución de obras con suministro de materiales, o sea, que la exigencia del impuesto no nace por el concepto de obra nueva, que no implica transmisión alguna de bienes, sino por la presunción de un contrato anterior o coetáneo de ejecución de obras, cuyo resultado es la construída y declarada, y por ello el mismo apartado dispone que la aclaración de obra no estará sujeta al impuesto cuando se acredite que el mismo fué pagado por el contrato de construcción.

De ahí, sigue diciendo la Resolución que nos ocupa, que el precepto reglamentario establezca que la presunción de la existencia del contrato mixto que el precepto prevé, podrá desvirtuarse con la prueba de que la persona declarante figura incluida en el impuesto industrial, al objeto de dedicarse a tales construcciones, y, en todo caso, justificando que satisfizo el impuesto de derechos reales por el contrato otorgado, y es lo cierto que en el caso la recurrente tiende a demostrar que no venía incluida en el impuesto industrial en su cuota fija de licencia fiscal, precisamente por no dedicarse habitualmente a la construcción de inmuebles en la fecha de la declaración de obra nueva, argumento que lleva a la conclusión contraria a la pretendida.

Añade después la Resolución que nos ocupa, que tampoco puede prosperar el motivo de la inexistencia del contrato de ejecución de obra nueva por haber sido construída por administración y haber sido realizados directamente los pagos a proveedores e instaladores y al personal de la obra, pues el hecho de haber aportado la declarante la totalidad de los materiales, únicamente produciría, conforme al segundo párrafo del apartado 7) del artículo 18 citado, la consecuencia de que se liquidase el contrato de obras, no el contrato mixto, si se justifica la previa adquisición de esos materiales por el aportante y sin perjuicio de la liquidación que corresponda por tal adquisición.

En definitiva, el Central confirma el acuerdo del provincial, desestimatorio del recurso.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1966.

SOBRE LOS REQUISITOS QUE HAN DE CONTENER LAS NOTIFICACIONES.

Antecedentes.—Con motivo de una reclamación formulada por cierta entidad sobre una liquidación por el impuesto de derecho reales, fué ésta notificada mediante cédula en la que únicamente se expresaba el plazo de ingreso y que, de no realizarlo, se impondría la multa del 10 por 100 anual de la cantidad liquidada.

El acto fué notificado el 19 de julio de 1962, y el mismo día fué recurrido ante el Tribunal provincial por medio de escrito presentado en la Oficina de Correos, como previene el apartado F) del Reglamento de Procedimiento en su artículo 76, alegando lo pertinente en cuanto al fondo del recurso. Este fué desestimado por dicho tribunal, fundado en que las liquidaciones habían sido notificadas el 30 de junio de 1962, y el plazo de quince días para recurrir había expirado el 19 de julio siguiente, por lo que, interpuesta la reclamación el 21 de dicho mes, era extemporánea.

Recurrido el acuerdo, se alegó el error del Tribunal provincial en cuanto afirma que la reclamación se interpuso el 21 de julio de 1962, siendo así que el escrito se presentó en la Oficina Postal el 19 del mismo mes y fué remitido por correo certificado.

El Central, en mérito de la competencia que le atribuye el artículo 46 del Reglamento de procedimiento, se plantea la cuestión nueva, no planteada en primera instancia, de si la notificación al presentador fué o no eficaz al efecto del cómputo del plazo para recurrir, y dice que no expresó los recursos que procedían, ni los órganos ante los que había de interponerse, ni el plazo para ello, y en su consecuencia no reúne los requisitos de los artículos 34 a 36 del Reglamento de 29 de julio de 1924, aplicable durante su vigencia a los actos de gestión, artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y artículo 124 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, se sigue que los vicios señalados implican la nulidad de la notificación, y en su con-

secuencia no puede entenderse que, desde el día siguiente al en que fué practicada, corría el plazo para impugnar las liquidaciones.

Además, sigue diciendo el Central, se da la circunstancia de que el fallo impugnado incide en el error de estimar, presentando el escrito inicial el 21 de julio de 1962, siendo así que dicho escrito se fechó y selló en la Oficina Postal el 19 de dicho mes, de acuerdo con el artículo 76 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, es decir, el día en que terminaba el plazo para recurrir, y, por tanto, aunque no hubiera sido nula la notificación, estaba promovida en plazo la acción impugnatoria.

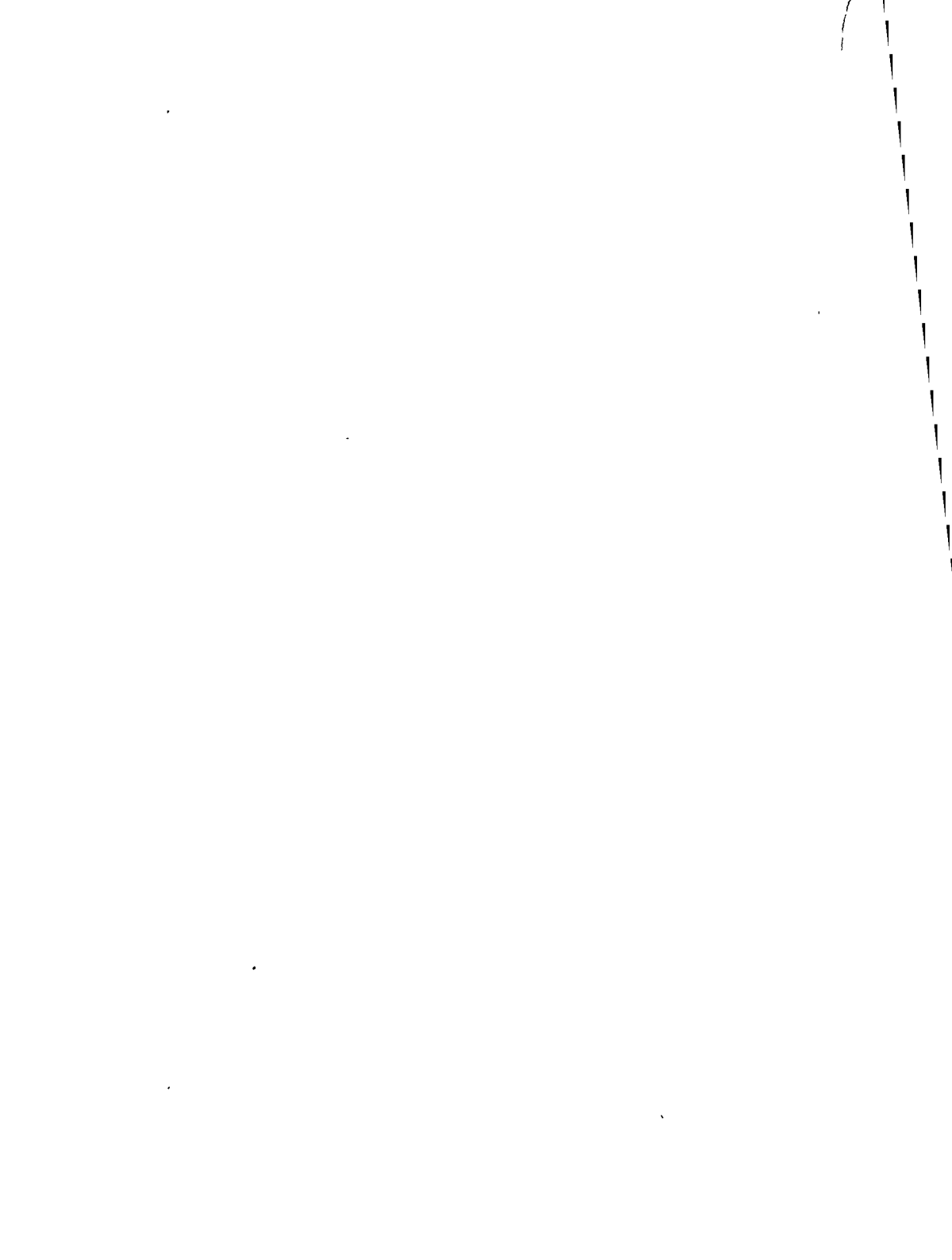
En definitiva, se revoca y se ordena al Tribunal inferior que resuelva la cuestión de fondo planteada.

Comentarios.—Como único comentario, diremos que los razonamientos estimatorios del recurso y la nulidad del acuerdo impugnado no tienen discusión posible; pero nos permitimos añadir que la nulidad de la notificación de que se tratá está patente si se recuerda el texto del artículo 84 del Reglamento vigente del Procedimiento Económico-Administrativo de 26 de noviembre de 1959, vigente al discutirse el problema reseñado. Dice así. en los números 2 y 3: «La notificación deberá practicarse mediante entrega de copia íntegra del acto de que se trate.»

«Deberá expresarse, además, si el acto es o no definitivo en vía económico-administrativa, y, en su caso, los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que habrán de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen pertinente.»

JOSE-M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL,

Abogado del Estado.



LIBROS

Mario AMELOTI: *La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano. Giuffrè, 1958; 290 págs.

El estudio del Derecho romano es muy a menudo necesario al civilista, no sólo como gimnasia mental, o como ejercicio de comprensión histórica, sino también para el planteamiento justo de los problemas con que se encuentra en su trato con el ordenamiento vigente. El libro que comentamos puede ser una buena muestra de la utilidad, incluso inmediata, de las investigaciones romanistas para los estudiosos y prácticos del Derecho actual, pues no exagera su autor al afirmar que el estudio del instituto de la prescripción a lo largo de la historia del Derecho de Roma alcanza a dar razón no sólo de la actual disciplina positiva, sino también de las dificultades dogmáticas en que el mismo instituto se debate.

En efecto, la reglamentación moderna de la prescripción, si bien no tiene punto de contacto con la prescripción del procedimiento formular, está claramente inspirada en la prescripción justiniana, pasada a través del tamiz de las sucesivas experiencias. No sólo numerosos principios han permanecido válidos, como el de la interrupción, de la suspensión, de la no consideración del oficio, sino que se presentan todavía abiertas muchas cuestiones que el tardo Derecho romano proponía: v. gr., la relación entre prescripción extintiva y prescripción adquisitiva, la relación entre prescripción de la acción y prescripción del derecho.

Ahora bien, el autor no hace construcciones dogmáticas, ni plantea expresamente otros problemas que los del Derecho romano. Es la suya una investigación abordada con el criterio de la verdad histórica—de ahí el análisis, tan cuidadoso, de las fuentes—y no de la sistematización, brillante quizá, pero inevitablemente arbitraria en este campo.

La exposición sigue en orden cronológico las sucesivas épocas del proceso romano, *legis actiones*, procedimiento *per formulam*, *cognitio extraordinaria*. Comienza haciendo notar que el principio de pérdida de las acciones por el transcurso del tiempo es ajeno y contrario a la primitiva concepción jurídica romana. *Legis actiones*, y posteriormente acciones civiles, se tienen para siempre; la imposición de términos a la acción contradice aquel principio de intangibilidad, que es también perpetuidad, de los derechos individuales preexistentes, que es elemento esencial del derecho quirritario. El autor observa, recogiendo en parte observaciones de SCHULZ, que los juristas de la época aún no habían captado el valor de la certeza de las relaciones jurídicas, fundamento último del instituto (que, para AMELOTTJ, responde a consideraciones de oportunidad y necesidad práctica de nuestra organización económico-social, más que a una exigencia moral o a elucubraciones de abstracta lógica jurídica); «los romanos, ante un hecho externo como el transcurso del tiempo, son reacios a atribuirle eficacia». Las excepciones que han creído ver los autores a este principio de perpetuidad de las acciones, en el procedimiento primitivo, son consecuencia de no distinguir convenientemente entre pérdida o extinción de los derechos sustantivos subyacentes, y la verdadera prescripción de las acciones en sentido procesal: «Así, en el caso de la usucapión... la pérdida de la *actio-auctoritatis*..., la extinción por no uso del usufructo y de las servidumbres... Es posible afirmar que la perpetuidad de las acciones civiles no sufre más que una sola e insignificante excepción: el *praejudicium ex lege Cicereia*».

En el procedimiento formular—objeto del capítulo segundo—las prescripciones presentan indudablemente importancia y frecuencia, aunque sin convertirse en regla, en el ámbito de las acciones pretorias, comprendiendo también las edilicias. La temporalidad es asimismo un aspecto frecuente de otros medios procesales que traen su existencia del pretor: *exceptiones*, *interdicta*, *in integrum restitutiones*. Estudia en especial las divergencias y aplicaciones de una regla atribuida a CASIO, que considera anuales las acciones pretorias penales, y perpetuas las reipersecutorias; y otra regla, ésta de GAYO, que dice que en general son anuales, señalando excepciones varias a la anualidad, sin indicar causa

ni criterio. Hace luego referencia por separado a cada una de las acciones honorarias y edilicias. Analiza a continuación el juego de la temporalidad en el ámbito de los interdictos, a partir del principio del Digesto (43, 1, 1, 4), que declara «*interdictorum quaedam annalia sunt, quaedam perpetua*»; y, por último, dentro de este capítulo, el carácter anual de la *in integrum restitutio* del derecho clásico.

Con la *extraordinaria cognitio* empieza a aflorar entre los romanos la exigencia de la seguridad, de la certeza de los derechos que corresponden a cada uno. Se trata de un viraje en la sensibilidad jurídica, que llevará a la creación de la *longi temporis praescriptio*. Pero no es ésta su única manifestación; en las *cupsae liberales*, en las *quaerellae inofficiosi testamenti*, *inofficiosae donationis*, *inofficiosae dotis*, *non numeratae pecuniae*, en las controversias fiscales, en el proceso penal, se observa un nuevo enfoque del problema de la pérdida de las acciones por el transcurso del tiempo, y en general una admisión mucho más frecuente de términos de prescripción. Entre todos estos casos, objeto de examen en el capítulo tercero, adquiere particular relieve la *longi temporis praescriptio*, que constituye una expresión de la exigencia de la certeza en materia de propiedad, ofreciendo remedio, pero sobre el plano procesal más bien que sustancial, a ciertas insuficiencias de la *usucapio*. Esta *praescriptio*, que nació como excepción oponible principalmente a la *vindicatio*, evolucionó posteriormente en una doble línea de desarrollo. Por un lado, en el curso de la época postclásica, tiende progresivamente a modificarse de prescripción extintiva en prescripción adquisitiva, hasta que será fundida por Justiniano con la clásica *usucapio*, viniendo a formar el nuevo instituto de la usucapción justinianeana. Por otro lado, representa el principal modelo y principio de donde surge la prescripción general de las acciones.

A partir de este punto los problemas se hacen aún más interesantes para el civilista actual. El mismo interés se mantiene a lo largo del capítulo cuarto, dedicado a la prescripción teodosiana y su posterior desarrollo.

Una vez que Teodosio II decidió sujetar a prescripción todas las acciones, salvo poquitas (medida, por otra parte, mucho menos revolucionaria de cuanto pueda parecer a primera vista, pues

no sólo se inspira, sino que se basa expresamente en la *longi temporis praescriptio*, y resulta preparada por un clima cada vez más propenso a la prescripción), esta prescripción general de treinta años encuentra acogida y confirmación en las leyes imperiales y en el derecho vulgar, penetrando también en las legislaciones bárbaras y en el naciente derecho de la Iglesia. Se impone aún más en Oriente, donde viene completada por las disposiciones de los sucesivos emperadores y alcanza con Justiniano una reglamentación bastante completa. El instituto de la prescripción se presenta entonces con una unidad suficientemente orgánica, que constituye el tema de la elaboración de los sucesivos intérpretes, desde los glosadores a los pandectistas, y finalmente la base esencial e ineliminable sobre la que el instituto resulta forjado para el presente en los modernos ordenamientos jurídicos que se construyen sobre el derecho romano.

En el estudio de la disciplina justiniana del instituto de la prescripción, señala primero los términos de prescripción en vigor, desde el ordinario treintenal a aquellos más largos (hasta la imprescriptibilidad) o más cortos; determina el momento inicial del transcurso de la prescripción, con particular consideración de la doctrina de la *actio nata* y de la cuestión práctica de las prestaciones periódicas; pasa luego a los principios que regulan la prescripción, es decir, el de la interrupción, de la suspensión, de la *successio* y *accessio temporis*; por último, recoge la eficacia de la prescripción, ya sea sobre la realización procesal, ya sea en sus reflejos sobre el derecho subyacente; lo que le obliga a tomar una vez más, aquel problema tan debatido por los pandectistas, y en sí poco romano, de la permanencia o no, una vez transcurrida la prescripción, de una *naturalis obligatio*.

El índice de las fuentes citadas abarca, a doble columna, desde la página 274 a la 290.

JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA.

Francesco BERLINGIERI: *I diritti di garanzia sulla nave, l'aeromobile e le cose caricate*. Padova. Cedam, 1965; 690 págs.

Este volumen, que hace el número tres de las publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos de la Facultad de Economía y Comercio de la Universidad de Génova, constituye un amplio estudio, concienzudo, documentado y bien elaborado, sobre un interesante aspecto del derecho mercantil, de indudable alcance práctico; pero su rigor técnico, su robusta arquitectura y seguros cimientos doctrinales hacen que la envergadura del mismo sea superior a la del simple tratado práctico destinado a satisfacer necesidades y a solucionar problemas inmediatos de los profesionales de la especialidad. Por otra parte, nada más lejano del método exegético.

Su estructura es tripartita. Se abre con una investigación de las normas que en el ordenamiento italiano regulan esta materia, planteando interesantes problemas de derecho internacional, por cuanto Italia firmó la Convención de Bruselas de 10 abril 1926 sobre unificación de algunas reglas sobre privilegios e hipotecas marítimas, y la de Ginebra de 19 junio 1948, sobre reconocimiento internacional de los derechos sobre aeronaves, anterior la primera y posterior esta última, a la entrada en vigor del *Codice della Navigazione* (16 marzo 1942). Las reglas de ambas convenciones, creadoras de derecho mercantil uniforme, prevalecen sobre las del *Codice* en los puntos en que éste mantiene una regulación divergente; por otra parte, las divergencias son relativamente escasas, observables sobre todo en materia de privilegios. En consecuencia y salvo eventuales contrastes entre las normas internas y las de las Convenciones, la disciplina del instituto es la que resulta del *Codice della Navigazione*.

En el capítulo segundo de la primera parte analiza por separado los elementos que desde el punto de vista del contenido son comunes a todos los derechos de garantía: derechos de realización, de persecución y de preferencia, y como elemento secundario el derecho a la conservación del bien gravado. Es de notar que si bien orilla los problemas de teoría general relacionados

con la estructura de los derechos de garantía (refiriéndose en amplia nota a la teoría tradicional que los encuadra en los derechos reales y a la teoría procesal representada egregiamente por CARNELUTTI, así como a las posteriores teorías intermedias), observa que en todo caso no subsisten entre la hipoteca y los privilegios especiales del derecho de la navegación diferencias estructurales de tal relieve que hagan oportuno su examen por separado; por el contrario, todos ellos entran en la categoría de derechos de garantía, considerada como *tertius genus* entre los derechos reales y los de crédito.

Las cosas gravadas, objeto del capítulo tercero, son las que constituyen el término de referencia de los varios elementos que forman parte del derecho de garantía: la nave, la aeronave, el flete y las cosas cargadas. Procede a su individualización, tanto con respecto a su consistencia física (problema de las partes constitutivas, separables o no, los accesorios, las pertenencias de la nave o aeronave, el equipaje de los viajeros como parte de la carga, etc.) como a los requisitos jurídicos de comerciabilidad y enajenabilidad de los mismos.

Al hablar del flete, como objeto de un derecho de garantía, hace notar que este derecho presenta una cierta analogía con la prenda de créditos; sin embargo, la circunstancia de que el privilegio pueda ser ejercitado también después de pagado el flete, mientras la suma se encuentre en manos del capitán o del consignatario, claramente indica que la garantía no grava el crédito, sino lo que constituye el objeto de tal crédito, es decir, una suma de dinero (de otro modo, con el pago del flete al consignatario o al capitán la prenda debería extinguirse automáticamente, por cuanto en tal momento tiene lugar la extinción del crédito).

La segunda parte, con el título de «Las vicisitudes de las garantías», está dedicada al examen de los derechos de garantías en su aspecto dinámico. Se articula en tres capítulos, dedicados respectivamente a la constitución, modificación y extinción de las garantías, en los que se estudian ordenadamente las circunstancias o supuestos de hecho (*fattispecie*) de la constitución y extinción de la hipoteca y de los privilegios de distintos tipos,

especiales y generales, marítimos o de derecho común, así como las diferentes modalidades que puede adoptar la eventual modificación de los derechos de garantía, ya sea en cuanto al titular de los mismos, ya sea en cuanto a la cosa que constituye su objeto mediato. En este último aspecto son interesantes las páginas que dedica a la llamada subrogación real, que considera como un fenómeno de modificación objetiva (es decir, un cambio de la cosa sobre que recae la garantía), y no como el nacimiento de un nuevo derecho de garantía, derivado del anterior y acomodado a la naturaleza del nuevo objeto sobre que recae (crédito o suma de dinero).

En la tercera y última parte se estudian los problemas relativos a la actuación de la garantía; aquí el planteamiento desborda los ya amplios campos en que hasta entonces se movía (derecho marítimo, aéreo, mercantil, civil, internacional), para introducirse en uno nuevo: el procesal. Los títulos en que se basan los privilegios e hipotecas suelen ser títulos ejecutivos, lo que comporta no pocas especialidades de procedimiento; y estos problemas procesales, y más ampliamente los relativos a la fase de la actuación de la garantía, se complican aún más cuando la garantía recae sobre una nave de nacionalidad extranjera; aquí de nuevo el derecho internacional y el derecho comparado salen a primer plano. En el Apéndice que pone fin a la obra se consideran en particular algunos de los problemas que pueden plantearse, desde el punto de vista del derecho italiano, cuando pretende presentarse ante un juez italiano un derecho de garantía previsto en un ordenamiento extranjero. En particular, trata el autor con cierta amplitud el instituto anglosajón del *mortgage*.

Las notas a pie de página son abundantes y amplias, y la bibliografía a que hacen referencia francamente abrumadora, incluyendo, además de autores italianos, franceses y alemanes, no pocos trabajos de Derecho anglosajón. Algún error se cuele por estas notas (*peccata minuta*), en este caso molesto para los que leemos desde España: en un amplio pie de página, en la 85, cita un artículo 39 de una supuesta Ley Hipotecaria española de 1893, a la que, además, parece considerar como vigente. Aunque otros de esta entidad pudieran encontrarse a lo largo del buen número

de páginas que la obra contiene, no creo que lleguen a dañar seriamente la altura de la misma.

Un índice de autores, y otro de materias (una buena costumbre ésta de los índices, que convendría extender por su utilidad), cierran el volumen.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

Enrico BESTA: *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*. Milano. Giuffrè, 1964; 334 págs.

Se trata de la reimpresión de una obra ya algo antigua, un manual de historia del derecho italiano, centrado en el estudio de la evolución de los derechos sobre cosas desde el primitivo derecho quirritario hasta el código de 1865, vigente al tiempo de escribir el autor. De apretado contenido, claro y sintético, recoge la quintaesencia de muchos estudios monográficos.

En la exposición del tema no sigue un criterio estrictamente cronológico, de modo que el estudio no viene dividido en épocas sucesivas del Derecho italiano, sino en capítulos dedicados a subtemas o aspectos concretos, siguiendo un criterio sistemático. Según el autor, la experiencia recogida desde la publicación de un curso en 1906, lejano precedente de éste, le ha inducido a utilizar este criterio, más ventajoso en cuanto que permite observar mejor el desarrollo continuo de las instituciones.

Tienen cierto interés sus observaciones metodológicas sobre los criterios formales y categorías mentales que al historiar el derecho han de aplicarse a los *facta* históricos. Los criterios son esencialmente jurídicos, afirma; y prosigue: «En una materia como la que este curso trata es imposible prescindir completamente de toda referencia a la constitución económica y social. Sin darnos razón de los sistemas económicos vigentes en los diversos momentos de nuestro desarrollo, no podremos de hecho darnos razón de los impulsos que pueden inducir a mudar las normas reguladoras de las relaciones entre el hombre y las cosas; pero la historia del derecho y la de la economía no van por eso confundidas, y el cambio de las relaciones económicas con-

viene tenerlo en cuenta sólo en cuanto pueda haber tenido repercusiones jurídicas». En los «Prolegómenos sociológicos y económicos», que constituyen el capítulo primero de este estudio, expone algunas precisiones sobre su toma de posición respecto al problema de la relación entre la estructura económica y la jurídica, opuesta a «las construcciones históricas erigidas bajo el imperio del materialismo histórico». «Las estructuras jurídicas —nos dice— tienen una propia razón de ser que no siempre se resiente de la mutación del andamiaje económico». En este mismo capítulo se muestra escéptico ante «los creyentes en el paralelismo entre las estructuras económicas y las jurídicas». Pero abandonadas las consideraciones preliminares y metido ya en faena de historiador del derecho, parece olvidar, o en todo caso relega a plano secundario, esta preocupación por las relaciones entre la estructura jurídica y otros órdenes de fenómenos sociales, siguiendo así el camino tradicional, técnico y aséptico, de que tan difícil resulta salir sin perderse en los vericuetos de la sociología o la economía. El mismo autor nos explica que «el derecho de propiedad no cambia en su forma según el suelo sea atribuido al individuo o a un grupo, y no muda tampoco por la diversa extensión del objeto a que pueda referirse. Lo que más reacciona a la mutación de las condiciones económicas puede ser la configuración de los *iura in re aliena*».

Resulta imposible dar un resumen detallado del contenido de este libro, que ya de por sí es un resumen sobre todos los temas que pueden caber en un tratado de derechos reales (y algunos otros, como veremos), presentados sucintamente en todos los ordenamientos jurídicos que se han sucedido sobre el territorio italiano. Tras el capítulo de «Prolegómenos sociológicos y económicos», presenta diez dedicados a problemas que hoy llamaríamos de «parte general», entre los que se encuentran los de la configuración y distinción de los derechos reales, formalismo y publicidad en las relaciones con las cosas, y los relativos al concepto mismo de cosa, sus clasificaciones y distinciones; estudia aquí las *res divini iuris*, las cosas públicas, las *res Mancipi et nec Mancipi*, *bona avita et conquista*, cosas simples, compuestas, colectivas, pertenencias y cosas accesorias, los frutos, la distinción entre muebles e inmuebles; todo ello, como es natural, en los

diferentes derechos y épocas que en su conjunto forman la historia del derecho italiano. El capítulo XII está dedicado a la posesión. A partir del XIII hace objeto de estudio la propiedad; la propiedad, sus límites y limitaciones: límites físicos o externos (tratándose de fundos); límites derivados del condominio, limitaciones impuestas en atención a la familia, derivadas de la situación del fundo, derivadas de los derechos del fisco; limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad por utilidad pública y privada, expropiación por utilidad pública y comunidad coactiva (medianería y otras relaciones de vecindad).

Del capítulo XXII al XXXI estudia los modos de adquisición de la propiedad, incluyendo el problema de la *traditio* en su desarrollo histórico. Uno de los capítulos (el XXV) está dedicado al problema del «trabajo como fuente de propiedad», con observaciones inteligentes sobre el hecho, sin duda llamativo, de que ningún ordenamiento lo haya reconocido expresamente: «Los iusnaturalistas, en realidad, han buscado a menudo en el trabajo la más bella justificación de la propiedad. Pero el derecho positivo continuó por su camino. Ni siquiera la Revolución francesa lo desvió. Tampoco siguieron distintos principios las codificaciones nuestras. Cuando el socialismo empezó su crítica despiadada de las instituciones vigentes, esta tenaz dependencia de nuestro código a las tradiciones romanas habría podido aparecer como uno de los defectos sociales: pero el punto más discutido fue el del contrato de trabajo, en el que el trabajo no es en absoluto considerado como generador de derechos sobre la cosa, sino como generador de derechos frente al propietario de la cosa».

Después de tres capítulos dedicados respectivamente a la propiedad pública, a los bienes comunales y a la propiedad eclesiástica, pasa a hacer historia del resto de los derechos reales. De interés especial, aunque en definitiva confusos, son los capítulos dedicados al análisis de ciertas relaciones del hombre con la tierra, características del Medievo, cuya complejidad y persistencia, sin embargo, aún sigue planteando problemas en los ordenamientos actuales: derechos de usufructo, superficie, anfiteuosis, precario, censos, beneficios y feudos. Vienen luego los capítulos dedicados a los derechos reales de garantía, de preempción y retracto, privilegios y cargas reales. Los dos últimos capítulos

del libro (XLVI y XLVII) tratan temas de marcado interés procesal: la defensa de la posesión (enlazando con temas ya enunciados en el capítulo XII) y, por último, la defensa de la propiedad.

La bibliografía, amplia (ocupa veinte páginas), viene presentada al final de la obra. Está ordenada por capítulos y abarca hasta el año 1933.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

Centenario de la Ley del Notariado.—Sección cuarta: *Fuentes y bibliografía.*—Volumen II, Tomo 2.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Barcelona, 1963.

En este volumen figura el trabajo de ORIOL VALLS SUBIRÁ sobre «El «Signum» notarial».

El autor, partiendo de un testamento sacramental del siglo XI, va estudiando la evolución de los signos notariales. Inicialmente, el Notario—quizá un religioso con atribuciones de fedatario—, tras la lectura del testamento y conformidad del otorgante y testigos, dibujaría una cruz debajo de lo escrito. Marcaría un punto en tres de los cuatro ángulos formados por los brazos de la cruz, y pondría la pluma en manos del otorgante, y le haría trazar el cuarto punto.

Cree Oriol que así, seguramente, nació el «Signum». «Una cruz—dice—, signo del cristiano, y los puntos acogidos a ella, mínimo rasgo, para que el que no sabía firmar... encontrara facilitada su tarea, que completaba con temblorosa mano, y al que luego daba tanto valor como si de una verdadera firma se tratara.»

Los puntos junto a la cruz del «Signum» estarán primero abiertos. Aparecerán también cerrados por cuatro arcos, formando como una cruz, de extremo a extremo de sus brazos. Esos arcos dibujados se harán por los Notarios más abiertos o más alargados. A veces se sustituirán por rectángulos o se transformarán en ángulos cerrados como puntos de flechas, rellenos de tinta. El «Signum» resaltará así con fuerza al pie del documento.

Señala el autor cómo la imaginación, combinada por la importancia atribuida por el Notario a su «Signum», hace que los puntos se multipliquen, puestos, ya no por el otorgante o los testigos, sino por el propio Notario. Se mantienen los cuatro rasgos señalados en los signos, se añaden las letras de su nombre y apellidos y se convierten en difícil anagrama. Tanto se llegaban a complicar la vida los Notarios, que, tardando mucho tiempo en dibujar su «Signum», habrían de impetrar el permiso regio para cambiarlo por alguno más simple...

* * *

Se reproducen a continuación varios centenares de signos de los siglos XIII al XVII, ordenados cronológicamente, que pertenecen a Notarios de las diversas provincias y Estados de la antigua Corona de Aragón: Cataluña, Aragón, Mallorca, Valencia, Andorra, Rosellón, Córcega y Cerdeña. Figuran, además, para la más fácil consulta de los signos, un índice cronológico de los mismos e índices onomástico y geográfico de los Notarios.

* * *

Otro trabajo comprendido en este volumen de los publicados en el Centenario notarial es el de «Los signos notariales más antiguos de Colonia», del Doctor HANS GERIG, archivero en dicha ciudad alemana.

Partiendo de una tesis doctoral sobre la materia, presentada a la Universidad de Marburgo por LUDWIG KOECHLING, y de otros trabajos, el autor investigó los signos notariales que figuran en millares de documentos del Archivo Histórico de la ciudad de Colonia y del arzobispado de la misma población. El signo más antiguo que recoge es del año 1279, y en su estudio, que cronológicamente lo termina en 1351, comprende hasta 55 Notarios.

Teniendo en cuenta las profundas relaciones comerciales de Colonia con España, y el gran número de documentos autorizados por Notarios españoles, que sin duda se encuentran en los Archivos referidos, el autor quiso contribuir con estas notas a las publicaciones del Centenario de la Ley notarial de 1862, venciendo

las dificultades de la falta de una historia del signo notarial y la necesidad de elaborar una terminología técnica en la materia, con ayuda, dice, de la Heráldica, de la Numismática, de la historia del arte e incluso de las Matemáticas.

* * *

En resumen, los dos trabajos muy someramente examinados, constituyen una valiosa aportación al estudio de la historia del Notariado en el Centenario de su Ley orgánica.

JUAN CUADRADO CÁNOVAS.

Aldo DELL'ORO: *La cose collective nel diritto romano*. Milano. Giuffrè, 1963; 220 páginas.

El presente estudio—nos dice el autor—se propone examinar si el derecho romano configura como objeto de las relaciones jurídicas los agregados de cosas. Con mayor precisión, se debe averiguar si tales agregados son considerados entidades distintas de las cosas singulares que los componen y que conservan, sin embargo, disciplina autónoma. Es el problema de las *universitates facti*, cosas cuyos elementos aparecen materialmente separados pero que, sin embargo, reciben una denominación única comprensiva del todo y están sujetas, al menos a ciertos efectos, a un tratamiento unitario.

La doctrina recibida mantiene, en general, que los romanos no conocieron otros agregados de cosas con el carácter de *una res* que aquellos compuestos de seres animados y hace notar la raíz estoica de esta supuesta posición jurisprudencial; algunos autores restringen aún más el campo de las cosas colectivas con tratamiento unitario en el derecho romano, limitando la categoría al rebaño y a los agregados similares de animales, e incluso hay quien ha manifestado dudas sobre la posibilidad, si bien no la ha excluido francamente, de que pueda hablarse verdaderamente de complejos unitarios de cosas en el derecho romano.

Frente a esta opinión el autor afirma que la categoría de la cosa colectiva es utilizada por los juristas romanos, con termi-

nología varia, en buen número de supuestos; no se trata de una categoría jurídica formalmente abstraída del sistema, sino del reconocimiento en casos concretos de una necesidad social manifestada en el comercio jurídico; «puede hablarse de cosa colectiva como de categoría empírica que la jurisprudencia utiliza por consideraciones particulares, limitando el criterio general de reconocer la autonomía a las solas cosas singulares». No es, pues, la voluntad de los particulares, disponentes o partes, la que atribuye relevancia a determinados agregados de cosas, sino que es la concepción económico-social la que les dé existencia objetiva. Esta individualización en la consideración social de algunos complejos de cosas se produce en casos numerosos, sí, pero limitados a aquellos en que la permanencia de los elementos consiente el cumplimiento de la función a que el agregado está destinado, y el mantenimiento del nombre por el que es individualizado.

Por otra parte, el hecho de que la aplicación del concepto de cosa colectiva sea frecuentísima en materia de legados, y bastante corriente en materia de compraventa, mientras sea escasamente hallable en orden a otros institutos, depende sólo del hecho de que la interpretación de la consideración económico-social relativa a la cosa colectiva tenía particular relieve allí donde ésta podía sufrir limitaciones o restricciones, o ampliaciones arbitrarias; donde la aplicación resultaba pacífica es evidente que las cuestiones no se presentaban, y por tanto no podía requerirse el concurso de la actividad de la jurisprudencia.

Para llegar a estas conclusiones realiza el autor un cuidadoso examen de las fuentes romanas, que transcribe siempre con indicación de las interpolaciones y variantes detectadas por la doctrina. Divide el estudio en tres partes. En la primera trata de los agregados unitarios de cosas animadas, comenzando por los de animales, ya sean de número fijo (*biga*, *triga*, *cuadriga*), o de número indeterminado, en especial el *grex*; a continuación los agregados unitarios de esclavos (la *familia servorum*, el *chorus*, *histriones*, *mimi*, *tragoedi*, *comoedi*); mostrando que todos ellos, sobre todo los de mayor importancia económica en la sociedad romana, como el rebaño, son considerados repetidas veces en las fuentes como objetos de relaciones jurídicas determinadas (en la *vindicatio*, usufructo, legado, compraventa, etc.).

La segunda parte, en la que bajo el título «Los agregados unitarios de cosas animadas e inanimadas», estudia extensamente el importante problema del *instrumentum*, es quizá la más interesante. Los juristas romanos trataron repetidas veces, sobre todo al referirse a los legados de algunos *instrumenta*, en particular el *instrumentum fundi* o *agri*. «El concepto de *instrumentum* tuvo una larga y cuidadosa elaboración—que DELL'ORO analiza con detalle—, que demuestra cómo para individualizarle se tuvieron en cuenta las concepciones económico-sociales continuamente desarrolladas». El autor demuestra cómo el *instrumentum* entraba como objeto individualizado en múltiples relaciones jurídicas, y no únicamente como objeto de los legados; la individualización del *instrumentum* no depende de la voluntad personal del propietario, sino de las condiciones económico-sociales, que hacen que determinado complejo de cosas, con las que se realiza cierta actividad o explotación, sean considerados socialmente como formando un todo unitario.

En la tercera parte pasa a considerar los agregados unitarios de cosas inanimadas, *suppellex*, *penus*, bibliotecas y otras colecciones, *vestis*, *ornamenta*, *mundus*, *aurum* y *argentum*. Puede, en consecuencia, mantener que los casos de *universitates* considerados por los juristas romanos no se limitan a agregados de animales, sino que muchos otros agregados son considerados unitariamente en determinadas relaciones jurídicas. Es evidente que estas cosas colectivas han de tener ciertas particularidades que diferencian su régimen del de las meras cosas singulares, por la individualidad latente de las cosas de que se componen; pero los juristas romanos, teniendo en cuenta factores económicos, y la consideración social hacia determinados agregados de cosas, no dudaron en aplicarles regulaciones específicas en las que tales agregados eran tratados como *una res*. Es interesante este criterio de la función socio-económica y del tráfico de los negocios, que el autor nos muestra como subyacente en la elaboración técnico-jurídica de los jurisconsultos romanos.

Termina el libro con un índice de autores y con otro de las fuentes citadas, literarias y jurídicas.

FUENMAYOR, Amadeo de: *El Convenio entre la Santa Sede y España sobre Universidades de estudios civiles*.—Ediciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1966, 310 págs.

El ilustre Catedrático de Derecho civil de la Universidad de la Iglesia en Navarra realiza en esta obra un interesante estudio del Convenio de 5 de abril de 1962 sobre las Universidades dedicadas a estudios no eclesiásticos establecidas por la Santa Sede en España.

El capítulo primero de este trabajo está dedicado a los antecedentes del Convenio, y en el mismo, partiendo del principio de libertad de enseñanza y de los derechos del individuo, familia e Iglesia en materia de educación, anteriores a los del Estado, va examinando la situación de la Universidad española, concebida en régimen de monopolio estatal por la Ley Moyano de Instrucción Pública de 1857 y en la legislación posterior, y el ambiente poco propicio hacia la Universidad Católica en España, hasta llegar a analizar las distintas fases del proceso de elaboración del Convenio.

El autor arranca, en el terreno de los hechos y realizaciones, del establecimiento en nuestra Patria de la primera de las Universidades libres, por virtud del Decreto «Erudiendae», de 6 de agosto de 1960, que confiere carácter universitario al Estudio General de Navarra, fundado en 1952 por el Opus Dei.

* * *

En el capítulo II se estudian las normas jurídicas contenidas en el Convenio, su carácter doblemente civil y canónico y el objeto de las mismas, que es, en definitiva, el reconocimiento de efectos civiles a los estudios cursados en las Universidades de la Iglesia, denominación con que se designan en el artículo 3.º del propio Convenio los Centros de Enseñanza Superior erigidos en España por la Santa Sede, dedicados a los mismos estudios que las Universidades del Estado. La confesionalidad de la Universidad española justifica el no usar el calificativo de «católicas» para las nuevas Universidades.

Se examinan los requisitos generales para el reconocimiento de los estudios. Se tratará de estudios no eclesiásticos, que a su vez estén comprendidos en los planes de las Facultades universitarias y Escuelas Técnicas Superiores del Estado español. Los Centros docentes, en efectivo funcionamiento, radicarán en territorio nacional, dentro de la misma provincia eclesiástica que su sede central. Las enseñanzas serán conformes con las Leyes fundamentales de la nación, y el Profesorado necesitará previa conformidad estatal.

Se analizan con todo detalle los requisitos, en particular de los tres sistemas del reconocimiento de los estudios. Un primer sistema regulado por el artículo 5.º del Convenio, y que denominaremos A), siguiendo a FUEMAYOR, contempla las Universidades con plenitud de efectos, en las que se exigen las condiciones que, en cuanto a selección y escolaridad de los alumnos, planes de estudios y pruebas académicas, impone el Estado en sus Universidades y Escuelas Técnicas. Además, la plantilla del profesorado estará integrada al menos en un 75 por 100 por Catedráticos numerarios de Universidad; el Rector será de nacionalidad española; se aplicarán los regímenes de protección escolar y corporativo estudiantil de la Universidad oficial, y existirá un representante del Ministerio de Educación Nacional, hoy Educación y Ciencia.

En el sistema B) se comprenden aquellas Universidades en que no se dan las exigencias del anterior, en cuanto al profesorado. Los alumnos de estos Centros habrán de verificar al final de sus estudios exámenes de igual categoría que los previstos en las Leyes de Ordenación Universitaria o de Enseñanzas Técnicas ante Tribunales nombrados por el Ministerio.

Por último, en el sistema C) nos encontramos con Centros docentes de la Iglesia, adscritos a Universidades civiles, en los que, para la validez de los estudios que en ellos se realicen, se precisará rendir por todos los alumnos en los Centros estatales correspondientes todas las pruebas académicas de asignaturas, cursos y grados, establecidas por el Estado en sus planes de enseñanza.

En este mismo capítulo se estudia el problema de la autonomía de las nuevas Universidades, las limitaciones a la misma, la disposición adicional del Convenio sobre reconocimiento de la

Universidad de Navarra, que se otorgaría por Decreto de 8 de septiembre de 1962 y las demás disposiciones dictadas para distintas Facultades y Escuelas de la misma Universidad y de las de Deusto y Salamanca.

* * *

La aplicación y modificación de las normas convenidas es la materia tratada en el capítulo III de la obra a que nos referimos. En él se estudian las estipulaciones que de carácter contractual o de índole normativa se encuentran en el Convenio, concebido éste como un tratado internacional. Las estipulaciones normativas son auténticas Leyes en el Ordenamiento español, ya que se dio el requisito de la Ratificación, y el Convenio se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, cumpliéndose así la solemnidad de la promulgación.

Se examina, en particular, lo relativo a la resolución bilateral de las dudas y dificultades de aplicación, partiendo de la Disposición final, que remite al artículo XXXV del Concordato vigente de 1953, conforme al cual, facultada la Iglesia para organizar Centros docentes de cualquier orden y grado, el Estado procederá de acuerdo con ella al dictar las disposiciones relativas al reconocimiento de los estudios.

* * *

Versa el capítulo IV sobre la valoración del Convenio. Se consideran los aspectos metajurídicos y los jurídicos del texto legal.

Entre los primeros, se insiste en el monopolio estatal en lo universitario, que se mantuvo en la Ley de Ordenación de 29 de julio de 1943, y superado recientemente, en cuanto a las enseñanzas técnicas, por la Ley de 1957 y por el propio Convenio. Establecido por dicha Ley, el reconocimiento de Escuelas Técnicas Superiores, no estatales, sin ninguna discriminación, y creada la Universidad de Navarra, se encontraba el Estado español en el cauce adecuado para no seguir viviendo de espaldas al fenómeno universal de la libertad de enseñanza. Había que superar la paradoja de la confesionalidad del Estado, que impedía admitir

Centros de enseñanza superior de la Iglesia católica... Con el Convenio quiebra el principio del monopolio. Se partió del artículo 9.º de la Ley universitaria del 43, que remitía lo que en su día se determinara «mediante acuerdo entre ambas potestades» para llegar, no a un estatuto general para todas las Universidades no estatales, sino, tras una larga y difícil negociación, a crear un tipo de estos Centros, sin precedente en ningún país del mundo.

En el orden jurídico, el Convenio comprende, junto a algunas normas que delimitan la autonomía de las nuevas Universidades, muchas más de remisión al ordenamiento estatal, estimado como Ordenamiento común universitario, como hemos visto al aludir al reconocimiento.

* * *

El V y último capítulo de la obra comentada trata del profesorado en las Universidades estatales y privadas.

Se examina la Ley de 17 de julio de 1965, reguladora de las figuras de Catedrático ordinario, Profesor agregado y Profesor extraordinario, y la supresión de las oposiciones directas a cátedras, con las repercusiones en el profesorado de las Universidades de la Iglesia.

Según el artículo 20 de la nueva Ley, los Profesores universitarios, en sus diversas clases, «no podrán pertenecer simultáneamente en ningún caso a los cuadros docentes, ni aceptar encargos de cursos regulares en los Centros privados o adscritos de Enseñanza superior de igual especialidad». Por otra parte, la misma Ley impide la excedencia voluntaria de los Profesores agregados hasta que no hayan transcurrido dos años de servicio activo. Tampoco podrán quedar supernumerarios hasta que se cumpla tal plazo. Difícil será, por todos los conceptos, que funcionen Universidades de estudios civiles en tales circunstancias, máxime cuando para las del sistema A) se precisan las tres cuartas partes de Catedráticos numerarios en sus plantillas, figura, por otra parte, desaparecida, al menos con esa denominación, en la Ley de 1965.

* * *

Todas las dificultades apuntadas hacen pensar a FUENMAYOR en la necesidad de revisar el Convenio de 1960.

Fervoroso partidario de la autonomía de todas las Universidades, reconoce imparcialmente en su documentada obra la labor desarrollada en las Universidades oficiales, únicas existentes en una dilatada época de nuestra historia docente. «Si prescindimos del signo secularizador con que se instaura el sistema de monopolio, el balance es claramente positivo, porque la objetividad obliga a reconocer que a lo largo de un siglo el Estado—en un activo ejercicio de su función supletoria—ha devuelto a la institución universitaria, que había llegado a la más amentable decadencia, la vitalidad y el prestigio perdidos.»

Estas son sus acertadas palabras. En pie queda la importancia y actualidad del tema abordado. Muy recientemente, en la apertura de curso de la Universidad de Granada, nuestro Ministro de Educación, Profesor LORA TAMAYO, ha anunciado la libre iniciativa en la creación de Universidades, la autonomía en planes de estudio y selección del profesorado y el autogobierno de los Centros universitarios, como principios inspiradores, entre otros, de una nueva Ley de Bases de Ordenación de la Universidad española.

JUAN CUADRADO CÁNOVAS.

Salvatore PUGLIATTI: *Il trasferimento delle situazioni soggettive*.

I. Milano. Giuffrè, 1964, 94 páginas.

Salvatore PUGLIATTI es sobradamente conocido; un trabajo con su firma promete siempre ser interesante. El que ahora presentamos es parte de un «Curso de derecho» civil, publicado para suministrar a los estudiantes un texto que les ayude a la preparación de los exámenes. Esta finalidad didáctica inmediata se manifiesta en la ausencia de notas y bibliografía, y, desde un punto de vista más externo, en el hecho de haber sido estas páginas (pulcramente) litografiadas.

Aunque el título general del Curso sea «la transmisión de las situaciones subjetivas», esta primera parte de las tres anuncia-

das está dedicada al tratamiento de las situaciones subjetivas en general, planteando con toda precisión los problemas más elementales de caracterización de las mismas. La elementalidad de esta obra y el tratarse de un instrumento de la labor de cátedra, no se manifiestan en un inadecuado planteamiento de los temas, ni mucho menos en el mero amontonamiento de opiniones comunes, sino que, por el contrario, se mantiene un rigor técnico (compatible con la difícil tarea de decir las cosas desde el principio, sin apenas presupuestos previos) de nivel de verdaderamente universitario. Es obra elemental en cuanto que trata de nociones básicas de la ciencia del derecho, aquellas con las que hay que construir todo pensar jurídico, tomadas a partir de sus manifestaciones más sencillas, y de modo comprensible para quien no tenga otro conocimiento que el somero de las instituciones jurídicas; no es «elemental» en cuanto este término tenga de peyorativo e indicador de una deficiente altura científica. El fuerte valor formativo de la obra es quizá su principal y difícil mérito.

Las cien páginas escasas de esta primera parte son una lección magistral de metodología jurídica, no porque éste sea el tema de las mismas, sino por el método con que desarrolla el anunciado. En algún momento la preocupación metodológica aflora a la superficie, como cuando critica ciertas teorías que excluyen de la categoría de derecho subjetivo los derechos de crédito (por cuanto no constituyen un *agere licere*) e incluyen en los derechos reales (los verdaderos derechos subjetivos) algún derecho tradicionalmente considerado personal, como el arrendamiento y el comodato. Frente a tales concepciones, seriamente discutibles en su opinión, hace notar que «el derecho es concreta experiencia histórica, y así la ciencia y la técnica del derecho están no solamente ligadas a datos objetivos, sino que tienen una tradición histórica propia, en la cual constantemente se refleja la exigencia de orden y de unidad sistemática que caracteriza la ciencia y la exigencia de máxima y más adecuada funcionalidad que caracteriza a la técnica: una y otra juntas y respectivamente ligadas al derecho positivo, en su concreta realidad histórica. Los datos de los problemas jurídicos, por tanto, están puestos por el derecho positivo y por la tradición científico-técnica, y no pue-

den ser arbitraria y apriorísticamente supuestos con un procedimiento intelectualista que es negación de toda concreción histórica y de toda tradición».

Pone de manifiesto primeramente los diversos sentidos en que el término «derecho» o «derechos» es utilizado, tanto en el lenguaje común como en el jurídico, y muestra las diferencias que entraña en cada uno de sus significados. Puesto que la propiedad es el derecho de los derechos y paradigma de todos ellos, estudia con cierto detenimiento su esencia y consistencia, para poner en claro fácilmente las diferencias de estructura entre propiedad (utilizada como modelo de los derechos reales) y los derechos de crédito. Sólo entonces se atreve a hacer una primera caracterización del derecho subjetivo, abstrayendo los datos jurídicamente relevantes observados en los ejemplos típicos anteriormente propuestos. Para mejor mostrar las diferencias entre derechos reales y de crédito, estudia las relaciones en que unos y otros pueden encontrarse: en especial las hipótesis de adquisición de **la propiedad u otro derecho real** por medio de un derecho de crédito. Rechaza la tesis de quienes pretenden resolver en abstracto el problema de las relaciones entre derechos personales y derechos reales, aclarando que ni siempre es necesario el instrumento «derecho de crédito» para adquisición de un derecho real, ni los derechos de crédito son meros instrumentos o situaciones transitorias, abocadas a desaparecer para la realización de los intereses del sujeto; la concepción de los derechos personales como instrumentos y los reales como situaciones finales, es una extrapolación basada, en efecto, en datos ciertos, pero que no tiene en cuenta todos los datos.

Los derechos subjetivos no son las únicas situaciones jurídicas activas existentes; la consideración del llamado «derecho a la libertad» de la posesión, y de la protección del comerciante frente a una concurrencia desleal, le sirven para poner de manifiesto la existencia de otras situaciones en que los intereses de un sujeto están protegidos por el ordenamiento, sin atribución al sujeto de un derecho subjetivo en sentido técnico. A esta altura de la exposición se ocupa del concepto de «intereses», al que dota de un significado amplísimo, comprensivo de cualquier fin humano tipificable y jurídicamente tutelable; este término cons-

tituye el centro de gravedad de la noción de situación subjetiva, la cual noción es de naturaleza teleológica. «El contenido de las situaciones subjetivas está representado por los intereses que constituyen el objeto de la tutela jurídica. La variedad de tales intereses hace imposible toda tentativa de determinación o de clasificaciones. Por el contrario, tal tentativa es posible y presenta indudable utilidad si se procede desde el punto de vista del sujeto. Es necesario que se tenga presente que desde este punto de vista se pueden individualizar aspectos típicos de la tutela jurídica predispuesta en favor de los sujetos, en vista de sus intereses. Estos aspectos, aislados o en variadas combinaciones, se encontrarán después en las singulares figuras de situaciones subjetivas». Procede, pues, a señalar estos diferentes aspectos en que puede mostrarse la tutela jurídica, utilizando los conceptos de «facultad», «pretensión», «potestad o facultad potestativa», facultad de autotutela y acción», y «expectativa».

Considera, por último, las modificaciones que puede sufrir el contenido de la situación subjetiva, en especial limitaciones y comprensiones, producidas por la coexistencia (pacífica o beligerante) de varias situaciones subjetivas; así como las posibles situaciones subjetivas complejas.

El punto final lo es sólo del planteamiento de los problemas, que habrán de ser recogidos en la segunda parte de esta obra (dedicada, en la intención del autor, a la caracterización de las figuras típicas de las situaciones subjetivas), para culminar en la tercera, cuyo contenido da el título a la obra completa, dedicada al concepto de transmisión (*trasferimento*) en su significado más amplio y en sus aspectos típicos. A juzgar por la que estamos comentando, las siguientes habrán de presentar un interés cada vez mayor y siempre excepcional.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

Salvatore PUGLIATTI: *Studi sulla rappresentanza*. Milano. Giuffrè, Editor. 1965. Rústica, VIII + 538 páginas.

En un breve *Preámbulo* nos indica el autor el propósito de la obra: recopilar toda su producción en torno al tema, la cual, por su carácter y extensión, acusa una gran variedad y que abarca un amplio lapso de tiempo, de 1927 a 1965 (con un total de quince trabajos). Su fin primordial ha sido siempre lograr construcciones de máximo rigor sistemático, pero siempre asentadas en el Derecho positivo y de aplicaciones prácticas, buscando a la vez servir a la tradición jurídica italiana. Concluye el autor este punto con un recuerdo de sus maestros y compañeros de estudios.

* * *

El *primer trabajo*, que data de 1927 (Mesina, 34 págs.), titúlase *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*. Comienza precisando los conceptos de hecho jurídico, poder jurídico y derecho subjetivo. Perfil a luego el objeto de este trabajo: examinar las facultades de disposición con respecto a un derecho, en su más específico sentido, esto es, los concretos actos de disposición a realizar en cada caso. Aparecen en la referida facultad dos elementos: un poder de disposición y una manifestación de voluntad. El poder de disposición sería el resultado de la yuxtaposición de dos elementos heterogéneos: subjetivo (emanación de la personalidad y libertad jurídica del sujeto) y objetivo (contenido del derecho en cuestión). En cuanto al primero (que se identifica con la capacidad de obrar del sujeto en sus concretas manifestaciones) debe ser éste entendido como «estado de normalidad», sólo alterado por la concurrencia de hechos impositivos.

Ambos elementos nos proporcionan una visión estática. Para apreciar su dinámica precisase la concurrencia de una manifestación de voluntad del sujeto; en ella distingue el autor un elemento material («voluntad del contenido») y otro formal (acto o momento de la decisión).

Hace tras ello referencia el autor a la doctrina iniciada por

THON y seguida por FERRARA, CHIOVENDA y en cierto modo por CRICALA, según la cual la facultad de disposición sería una entidad jurídica independiente, distinta del singular derecho subjetivo. No la acepta el autor, por estimar que supone una confusión con los presupuestos que posibilitan la transferencia del derecho y legitiman sus efectos.

Pasa luego a los aspectos prácticos de la cuestión. Ante todo, existen derechos personalísimos e intransmisibles. No es que respecto a ellos la capacidad de obrar del sujeto no pueda generar el acto de disposición; es que por sí mismos carecen de aptitud de ser susceptibles de actos dispositivos.

A continuación—siempre con una sistemática paralela a la de CHIOVENDA—examina el autor cuatro hipótesis:

- La obligación de no enajenar cosa propia: no es que afecte a la capacidad del propietario; trátase sólo de la asunción de una obligación, traducida de incumplirse en el resarcimiento de daños.
- El pacto de prelación («protimisos»): también supondrá sólo un resarcimiento de daños, como el caso anterior.
- El negocio fiduciario (obligación de dar a la cosa recibida bajo fiducia el uso querido por el cedente) En ningún modo limita la disposición. De incumplirse, se traducirá en responsabilidad por daños.
- Contrato preliminar de venta. Es una pura y simple obligación personal.

Sigue luego una parte de gran interés: examen de los casos en que se dice que la facultad de disposición pertenece a persona distinta del sujeto titular del derecho.

A) Ejercitada por persona distinta, pero en nombre e interés del titular: *Negocios translativos de derechos, por medio de representante voluntario o legal*. Estamos ya en el núcleo del trabajo. El autor recuerda que tradicionalmente se dice que el representante viene investido de un especial poder. No le parece satisfactorio, precisando que la doctrina no se ha ocupado lo bastante del asunto, a excepción de HUPKA. Se ha de examinar la cuestión general de las relaciones entre voluntad del repre-

sentante y del representado respecto al negocio representativo. Tres soluciones se han señalado:

1. Que sólo es relevante la voluntad del representado, único contratante, siendo el representante un mero instrumento o portavoz. Teoría de SAVIGNY, seguida por RUHSTRAT, SCHEURL, DERNBURG, HELLMANN, CANSTEIN.

2. Que en la relación de representación debe distinguirse un portavoz de la voluntad negocial (representante) y un destinatario del interés (representado), siendo el primero el único contratante. Teoría llamada «de la representación» («Repräsentationstheorie»), de BUCHKA, WINDSCHEID, UNGER, BRINZ, REGELSBERGER, ENNECCERUS, LABAND, CURTIUS, ZIMMERMANN y HUPKA.

3. Doctrina de la cooperación de voluntades («Zusammenwirken») de representante y representado, de MITTEIS (seguido por TARTUFARI) para huir de las unilateralidades anteriores. Ambas voluntades participan en la génesis del negocio, si bien con un amplio margen de posibles combinaciones, según los casos.

Expone luego el autor su opinión personal: ambas voluntades concurren, en efecto, pero no en una medida cuantitativamente diferente, sino con diversa función, por su naturaleza y cualidad. El representado, con el acto de decisión, aporta el elemento formal; el representante, la «voluntad del contenido» o materia.

Es por ello el representado verdadera parte en el negocio, con múltiples consecuencias (posible carácter mercantil del acto si el sujeto es comerciante, existencia de buena fe...). En cambio, relevantes serán, por parte del representante, los vicios de voluntad que puedan existir.

Lo dicho vale también para la representación legal, en que es la ley misma la que aporta la forma jurídica que se precisa.

B) Facultad de disposición ejercitada por quien no está legítimamente investido del derecho. En realidad se trata sólo de proteger la buena fe de un tercero (acreedor aparente, heredero aparente, etc.).

C) La facultad es ejercitada por persona distinta del titular, legítimamente, pero en nombre propio y sin atender al in-

terés de aquél. Es la hipótesis intermedia respecto a las anteriores (expropiación por utilidad pública, ejecución forzosa). Se produce aquí por la ley una revocación del derecho del primer titular, con su atribución a otro sujeto; se trata de un traspaso independiente de cualquier acto de disposición.

Tras esta sistematización termina el trabajo.

El *segundo* de los estudios publicados refiérese al *Conflicto de intereses entre el representante y su principal* (Mesina, 1928; 120 págs.). Se halla dividido en una Introducción y tres capítulos.

En la primera ocúpase de la estructura del fenómeno de la representación y de sus aspectos económico-social y jurídico. Vendría incluida la representación en el género más amplio de las relaciones de cooperación, siendo susceptible de distintas acepciones: representación natural o de hecho y jurídica, subdividida esta en mediata e inmediata. A continuación, puntualízanse las distintas relaciones que se pueden dar en el fenómeno estudiado: entre el principal o *dominus negotii* y cooperador (internas, consecuencia del negocio fundamental de gestión); entre representante y tercero (en el negocio final); entre representante y representado y tercero, y entre representado y tercero. Declara luego el autor que situará la figura del representante como clave de toda la cuestión y de su estudio, y pasa a considerar la relación representativa en sentido estricto, en sus aspectos externo e interno y con las relaciones marginales que pueden presentarse.

Tras ello se plantea el problema del conflicto de intereses entre principal y representante; su solución requiere antes la determinación de las conexiones existentes entre relación de gestión y representación.

Bajo esta rúbrica («Relación de gestión y representación») figura el capítulo I. Quiere el autor plantearse la cuestión desde sus orígenes y así estudia la figura del mandato con todas sus posibles implicaciones y casos especiales. Aparece con ello la representación como instrumento jurídico para la ejecución del mandato frente a terceros. Señala la necesidad de interpretar rectamente la doctrina que distingue el lado externo y el interno

del mandato, y analiza el poder o facultades del mandatario como deber jurídico y como necesidad objetiva, legal o natural. Ocúpase luego de la concepción de la representación como elemento accesorio o connatural al mandato y como institución jurídica autónoma (negocio de apoderamiento), con su posible independencia conceptual y sus límites, exponiendo las críticas que se han esgrimido. Sitúa el autor la llamada *contemplatio domini* como pieza esencial en el concepto de representación.

Estudia a continuación PUGLIATTI la figura de la «procura» y su posible autonomía. Analiza la cuestión en los casos de conferimiento de mandato y de gestión representativa, pasando a analizar los artículos 1.759 y 1.762 del anterior C. Civil italiano, y 332 y 335 del C. Procedimiento Civil, para comprobar la pretendida subsistencia de la «procura», una vez extinguida la relación de gestión y el ámbito de la llamada «procura genérica».

Entrando luego en la contemplación de la relación de representación, señala dos presupuestos para su eficacia: presencia del «poder de representación» como índice de la posterior imputación del negocio final al principal; y la *contemplatio domini*, concebida como obligación de actuar en interés del representado.

En el capítulo II estúdiense los posibles conflictos de intereses tenidos en cuenta por el Derecho positivo italiano del momento. Requiere para ello—dice el autor—una cuidadosa labor de análisis de las disposiciones, distinguiendo los casos de representación convencional y legal.

Entre las normas relativas a esta última, contéplanse las referentes al ejercicio de la patria potestad: facultades conferidas por los artículos 224 y 231 del anterior Código (equivalentes al 320-327 del actual) y prohibición contenida en el 1.457 (hoy en el 32, 378 y 1.471 del Código de 1942). Tras ello, las normas que regulan la figura del tutor: sus poderes (arts. 224 y 277) y prohibiciones a que está afecto, según el mismo 1.457 y el 300 (hoy 378), aparte otros extremos de menos relieve. Con ello se intenta ver cómo se disciplinan los conflictos de intereses entre tutor y pupilo, y aquellos otros entre incapaces sujetos a una misma tutela. Por último, figuran las disposiciones sobre el protutor: artículo 266 (hoy 360).

En cuanto a normas en materia de representación voluntaria, contémpnanse primero las de posible aplicación común con la especie anterior: así, el citado 1.457, en relación con el 386 del antiguo C. Comercio. Y tras algunas consideraciones finales, concluye el capítulo.

Dedicase el capítulo III al estudio de los «Caracteres, disciplina y efectos del conflicto de intereses». Su primer apartado se destina al concepto, elementos y caracteres. Analizase la presencia de la figura en las relaciones con terceros y su posible eficacia obstativa. Todo ello nos conduce a que la realización del exclusivo interés del representado sea elemento esencial de la *contemplatio domini* y que la ejecución de la voluntad del representado aparezca como elemento de exclusión del conflicto de intereses. La aparición del mismo queda configurada como un riesgo dañoso para el representado.

En el segundo apartado se enumeran sus distintas formas: conflicto directo (con especial atención al art. 150 C. Comercio, equivalente hoy al 2.391 C.C.) e indirecto; conflicto actual y eventual o posible: real y aparente, etc.

Por último, en el tercer apartado se analizan sus efectos: en relación con los poderes del representante y con la naturaleza del acto; su influencia sobre la existencia y sobre la validez del acto, etc.

* * *

Titúlase la *tercera colaboración*: *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza* (Mesina, 1929, 58 págs.), con un total de diecinueve apartados.

Pasa revista, para comenzar, a las principales concepciones modernas sobre la representación, en particular las últimas orientaciones alemanas e italianas. Examínase por el autor la tesis que propugna la unión de la representación con la relación de gestión, pasando luego a los principales momentos que se advierten en dicha relación (encargo del principal; *contemplatio domini*). Tras exponer cómo ha venido siendo configurada dicha relación de gestión sostiene la necesidad de llegar a una concepción general y única. Estúdiense con profundidad, entre otros

puntos, la figura de la cooperación, para ver el entronque de la relación de gestión con la misma (cooperación interna y externa—conclusión de negocios—, cooperación material y jurídica).

Trátase luego de la configuración de la relación de gestión en el Derecho positivo italiano. Estúdiase la figura del mandato como relación de gestión: mandato civil con representación; representación implícita y expresa; mandato mercantil y comisión (incluyendo las figuras especiales: *institor*, representante mercantil, viajante, encargado, agente comercial).

Pasando ya a otro plano, se estudia la figura de la sociedad como contrato de gestión. En primer lugar, la sociedad civil (con especial atención a las figuras del administrador propiamente dicho y del socio administrador). Después, la sociedad mercantil (y con separación examina el autor las figuras de los administradores de las colectivas, comanditarias y anónimas). Por último contémplese la figura de los liquidadores de las sociedades.

Continuando la exposición, se trata también con mucha minuciosidad la institución del arrendamiento de obra como relación de gestión o cooperación; su distinción con la figura del mandato, desde el Derecho romano y posterior evolución; sus criterios distintivos en la doctrina (agrupados en: criterios romanísticos, de la onerosidad y la gratuidad. Criterios derivados de aquéllos en torno a la actividad noble en el mandato y de la estabilidad de la relación en la *locatio*. Criterios de distinción en cuanto que se trata de formas distintas de cooperación. Criterios que el autor califica expresamente de erróneos, como el de las implicaciones con terceros, y el considerar la representación como esencia al mandato, al modo francés e italiano).

Se precisa atenerse a la realidad; evidentemente, será la representación compatible con el mandato e incompatible con la *locatio operis*; es un índice externo de distinción. Mas lo importante es separar conceptualmente las distintas formas de cooperación. Seguidamente, se estudian las aludidas figuras en un Proyecto italo-francés de Obligaciones y Contratos (de esta época), con atención a las posibles implicaciones que pueden guardar con los contratos de trabajo.

Para terminar, estúdiense también como posibles figuras de

gestión el depósito y la *negotiorum gestio*. Finaliza el autor con las posibles consecuencias en el Derecho positivo italiano.

Presentados con una mayor extensión estos primeros trabajos para mejor apreciar el estilo y sistemática del autor, por razones de espacio hemos de sintetizar al máximo el restante contenido de la obra.

El cuarto trabajo titúlase *Idee e spunti sulla rappresentanza* (A propósito de un libro reciente) (Messina, 1930, 48 págs.). Constituye una amplia y documentada crítica de la obra de Vittorio NEPPI, *La rappresentanza nel diritto privato moderno*, acabada entonces de aparecer. Punto por punto va refutando sus principales argumentos. (Por ejemplo, la inutilidad de la distinción entre representación directa e indirecta, la oscura concepción de la «voluntad abstracta» en el fenómeno representativo que quiere presentar el autor, etc., etc.).

La quinta colaboración figura bajo la rúbrica de *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi* (1936, 52 págs.). Enlaza, como el mismo PUGLIATTI pone de relieve, con el tema de su segundo estudio. Se ha venido tradicionalmente diciendo que la presencia de una oposición de intereses entre representante y representado impide pueda desarrollarse la relación representativa. Reexamina el autor la cuestión, presentando algunos casos en que tal supuesto nos impide la producción de algunos efectos. Distingue las situaciones que pueden presentarse según las distintas clases de negocios de que se trate (en particular los llamados «negocios sobre patrimonio ajeno»). También encontramos aquí interesantes consideraciones sobre la noción de «abuso de poder». En total, el trabajo comprende quince apartados o secciones.

La siguiente colaboración, *Contratto consigo mismo, rappresentación y conflicto de intereses*, es un comentario jurisprudencial (S. Tribunal de Casación, de 2 junio 1929, Banca Billese c. Crédito Italiano-Lanificio Marzotto). Desea volver PUGLIATTI sobre la cuestión del autocontrato, en parte por el referido asunto (que es fundamentalmente de derecho cambiario); pero también por la aparición de un estudio de SRAFFA y BONFANTE. (Abarca el estudio once páginas y seis apartados). El Tribunal, de acuerdo con la opinión tradicional, había negado la posibilidad de la figura.

Pero nada se opone en principio—dice—a su admisión; su límite estará en la presencia de un conflicto de intereses, el cual no es inevitable ni fatal. Examina el autor los distintos supuestos en que podrá darse en la práctica.

Sigue luego *Venta forzosa y representación legal* (1932, 11 páginas), concebida como una réplica a CARNELUTTI, debido al comentario que éste había hecho a la obra de PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi*. Su tema consiste en la determinación de la naturaleza jurídica de la venta forzosa, a través de comparaciones con la representación legal, para resaltar sus diferencias.

Sobre el mismo asunto vuelve en 1933 (siguiente trabajo, *Ancora svolta rappresentanza nella vendita forzata*, 20 págs., 11 apartados), que sirve de réplica a la contestación de CARNELUTTI.

La interesante figura del contrato por persona a designar contéplase en el estudio *contratto per persona da nominare e iassa di registro* (1940, 11 págs.). Es un comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Venecia de 19 diciembre 1939, *Finanza c. Bruschi*, en la cual se sienta esta doctrina: la obligación de pagar la tasa registral en los contratos concluidos por persona a designar, incumbe también, como obligado solidariamente, al estipulante, al producirse la declaración del tercero. No comparte el autor en líneas generales la solución jurisprudencial. Es de resaltar el análisis conjunto que hace aquí PUGLIATTI de materias de Derecho civil y Derecho fiscal.

Lo propio sucede con el estudio *Límites de la llamada interposición procesal en la ejecución tributaria* (1942, 14 págs, subdividida en seis apartados). Es también un comentario de jurisprudencia.

Sigue después el trabajo *Representación legal y suspensión de la prescripción* (11 págs.), que toma como motivo una sentencia del Tribunal de Milán de 17 diciembre 1931, *Meda-Winterbottom c. Galimberti*, que sentó que la prescripción de la acción por responsabilidades contra los administradores de una Sociedad anónima no viene sujeta a las causas de suspensión del artículo 2.119 (hoy 2.941 en el C. C. de 1942). No se muestra de acuerdo el autor en que dicho artículo, por sólo hablar de «personas» sin más puntualización no se aplique a las personas jurídicas (pues

ubi lex non distinguit...). Lo que ocurre es que no debe confundirse la dicotomía «representación convencional-legal» con la de «representación voluntaria-necesaria». En este supuesto de hecho, por tratarse de una Sociedad, persona jurídica, su representación es convencional, aunque necesaria. De ahí el diferente tratamiento y la diferente protección que el representado recibirá de la Ley: salta a la vista la diferencia de este supuesto con el de la representación legal de los incapaces. Por ello no debe aplicarse el citado 2.119 a la representación de las personas jurídicas. De este modo es como se justifica y cobra toda su fuerza la tesis del Tribunal.

De 1947 data el estudio *Acerca de la representación indirecta* (14 págs. con seis apartados). Se parte del examen de la distinción «representación directa-indirecta», preexistente incluso tras el BGB y el Código de 1942, a pesar de las numerosas críticas recibidas. Concluye el autor que aún es útil su mantenimiento, dado el diferente modo de producirse sus efectos, especialmente en la indirecta.

Seguidamente aparece la colaboración *La representación indirecta y la muerte del representante* (1953, 40 págs., con un total de 18 apartados). Motivo de la misma fué la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 27 noviembre 1951. Se estudian con gran cuidado los problemas planteados por el mandato de adquisición de bienes inmuebles (o muebles registrables) que se han consumado con su adquisición a nombre del mandatario pero por cuenta ajena, habiendo éste fallecido (con lo cual se extingue el mandato); la cuestión de la declaración testamentaria del mandatario reconociendo que la adquisición se hizo por cuenta y con dinero del mandante, etc.

El penúltimo trabajo incluido en este volumen (Milán, 1959, 48 págs.), es *Relevancia de la relación interna en la representación indirecta* (comprendiendo 25 apartados). Estúdiase la cuestión en la nueva codificación italiana (arts. 1.705-1.707, especialmente), analizándose distintos puntos: poder de apropiación del mandante; relevancia externa del mandato y el traspaso automático de los derechos; el problema de la venta de cosa ajena; el de la venta obligatoria en general; la *reivindicatio utilis* y la

del vendedor, la del comitente en los casos de quiebra; las cuestiones planteadas por la subrogación y la *cessio legis*; el pago liberatorio, el subingreso y la acción indirecta; la subrogación, etc.; entre otras varias cuestiones abordadas (como diversas especies del amplio género que el autor llama «cooperación jurídica»).

Por último, encontramos un trabajo calificado por el autor como «Apéndice», titulado *Programa de introducción a un curso sobre la representación en Derecho privado* (1965, 35 págs.), que, a diferencia de los anteriores, ya publicados en otros momentos y lugares, se compuso expresamente para esta obra. Aparece dividido en siete capítulos o secciones.

El primero de ellos ofrece una recopilación de disposiciones del Código italiano en que aparece el término «representación»:

— En el Derecho familiar personal: patria potestad, tutela, protutela, diversas curatelas de los menores, ausentes e interdictos.

— En Derecho familiar patrimonial: administración del patrimonio familiar por los cónyuges, de los bienes dotales, de los de la comunidad conyugal.

— En materia de personas jurídicas (asociaciones, comités).

— En materia de condominio, en sus diversas especies.

— Sociedades: en sus diversas clases, colectivas, comanditarias simples, sociedades por acciones o anónimas, sindicatos de obligacionistas, sociedades de interés nacional, comanditarias por acciones, cooperativas; institución de los liquidadores.

— En materia de empresas comerciales (auxiliares del empresario: *institor* o factor, encargados, mandatarios, comisionistas, agentes, gestores de negocios ajenos, factores de empresas agrícolas, comandantes de nave y aeronave.

— En Derecho sucesorio: medidas provisionales del heredero llamado a una herencia; administración de la herencia yacente; administración en casos de beneficio de inventario; ejecutores testamentarios; curadores especiales.

— Las disposiciones específicas sobre representación: artículos 1.387-1.400.

El apartado II destinase a recoger los rasgos generales y elementos constitutivos del fenómeno de la representación. El III, al estudio de la fuente del poder de representación voluntaria («procura»), y el IV a su configuración como negocio jurídico. El V, al análisis de la «relación de gestión» (gestión de intereses); el VI, a las relaciones y funciones de las voluntades de representante y representado. Y el VII, y último, a la llamada «representación pasiva». Con ello realiza el autor una síntesis de todas sus ideas delineadas en los trabajos anteriores. Y termina con ello la obra, incluyendo finalmente una tabla de equivalencias entre los anteriores Cuerpos legislativos italianos y el vigente «Codice Civile»

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,

Ayudante de la Facultad de Derecho
de Valencia.

DE LA VILLA, Luis Enrique: *El trabajo a domicilio*.—Publicación de Editorial Aranzadi. Pamplona, 1966. 602 págs.

El libro que se comenta constituyó la tesis defendida por el Profesor LUIS ENRIQUE DE LA VILLA para la colación del grado de Doctor en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales (Sección de Políticas), con el que consiguió la calificación de Sobresaliente «Cum Laude», y posteriormente el Premio Extraordinario de Doctorado, contando para su realización con una beca de estudios de la Fundación Juan March. Solamente estos antecedentes serían suficientes para establecer una valoración objetiva de la obra; pero es que, además, el autor consigue con ella ofrecernos una panorámica completa sobre el trabajo a domicilio, tanto desde el punto de vista histórico como desde el jurídico, que constituye la base fundamental del estudio efectuado, y al que dedica particular atención.

La mejor valoración que se podía hacer del libro está contenida en su prólogo, escrito por el eminente Profesor PÉREZ BOTAJA, al afirmar que es «el estudio más importante que conocemos; no sólo el más extenso y completo; el de mayor acopio bibliográfico; el de problemática más acabada; el de sistemática más

perfecta; el de metodología más depurada y conclusiones más precisas. Queremos ponderar, ante todo, su profundidad».

El mérito principal del Profesor DE LA VILLA reside en que, a pesar de la extensión del libro, no nos encontramos ante una obra meramente expositiva, sino ante un conjunto sistemático y técnico-jurídico tratado con evidente originalidad. Como no es posible en tan breve espacio hacer un comentario particular de cada una de las partes del libro, que forzosamente habría de ser muy extenso, se hace indispensable reseñar a continuación la estructura del mismo:

PRIMERA PARTE.—1. El trabajo a domicilio en la Historia. 2. La situación social de los trabajadores a domicilio.—3. El impacto de las transformaciones industriales.—4. El sistema de producción descentralizada.—5. La inexistencia de vínculos de solidaridad.—6. La determinación cuantitativa del trabajo a domicilio.—7. Los peligros y la repulsa del «sweating system».—8. La intervención del Estado.

SEGUNDA PARTE.—9. El trabajo a domicilio y las primeras medidas policiales de protección al trabajo por cuenta ajena.—10. La regulación del trabajo a domicilio en la génesis del Derecho del Trabajo.—11. La regulación jurídico-laboral común del trabajo a domicilio.—12. La regulación jurídico-laboral especial del trabajo a domicilio.

TERCERA PARTE.—13. Presupuestos, supuestos y modalidades del trabajo a domicilio.—14. La relación jurídica del trabajo a domicilio.

CUARTA PARTE.—15. Seguridad social en el trabajo por cuenta ajena.—16. Seguridad social en el trabajo por cuenta propia.

QUINTA PARTE.—17. Las constantes del trabajo a domicilio y su corrección.—18. El trabajador a domicilio ante el Sindicato.—19. El trabajador a domicilio ante la Administración laboral.—20. El trabajador a domicilio ante la jurisdicción de trabajo.

El libro comprende un cuidado apéndice sobre legislación vigente en la materia, y, además, una abundante reseña bibliográfica especializada, seguida de un índice onomástico y otro sistemático.

RICARDO RUIZ SERRAMALERA.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1966.

Derecho turistico inmobiliario; problemas de titularidad, documentación y servidumbres, por Blas Piñar, pp. 315 a 335.

Los peculiares fines y caracteres del fenómeno turístico, y su importante repercusión en el campo inmobiliario, le han hecho acreedor a un tratamiento específico dentro del Derecho inmobiliario general español, recogido en la Ley de 28 de diciembre de 1963 y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964. El autor estudia las interesantes cuestiones que plantea esta nueva ordenación, a saber:

a) Requisitos que han de concurrir en la titularidad que el promotor debe aportar a fin de que sea iniciado el expediente de calificación como turística de un área determinada

b) Escrituración. Los títulos de propiedad, para ser admitidos a la solicitud inicial del expediente, deberán ser públicos y estar inscritos en el Registro. La opción de compra, configurada como derecho real y debidamente inscrita, es ti-

tulo hábil a estos efectos. Analiza asimismo, dentro de este apartado, la posible existencia de un derecho de superficie sobre bienes de dominio público, dimanante de la propia declaración administrativa que inicie el expediente; las ventas de fincas en áreas turísticas y las ventas a extranjeros

c) Complejo de limitaciones (servidumbres en sentido amplio), que pueden afectar a las fincas enclavadas en áreas que reciben el calificativo de turísticas.

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción, por Francisco Castro Lucini, pp. 337 a 368.

Distingue el autor requisitos de fondo y de forma. A su vez, dentro de los primeros, separa los requisitos generales que afectan al conjunto de la institución, de los personales, relativos al adoptante y al adoptado. Dentro de los segundos distingue requisitos constitutivos y de publicidad. Los constitutivos pueden a su vez subdividirse, según que hayan de cumplirse ante un funcionario público judicial o administrativo.

Se comprende en este número sólo la primera parte del trabajo, dedicada a estudiar los requisitos de fondo.

Negocio abstracto y reconocimiento de deuda, por José Luis de los Mozos, pp. 369 a 422.

Documentado estudio con el que se pretende poner en tela de juicio el criterio expansivo con que se interpreta el concepto del negocio abstracto, y en particular, la configuración del reconocimiento de deuda como figura de esta naturaleza. Únicamente en el Derecho alemán, dice el autor, aparece claro el carácter abstracto del reconocimiento de deuda, consecuencia lógica de la admisión por dicho ordenamiento del negocio abstracto con carácter general, apoyado antes del BGB en la autonomía privada, y después de éste, en su propio reconocimiento. Sin embargo, su adaptación a nuestro ordenamiento no parece admisible, dada la superioridad del argumento sistemático, sobre la pura construcción conceptual basada en el Derecho comparado.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 62, marzo-abril de 1966.

La teoría del refugio impositivo frente a la sociedad internacional, por Alfonso Rodríguez Sainz, páginas 289 a 341.

(Ver reseña núm. 63.)

Análisis jurídico del hecho imponible (conclusión), por Fernando Sainz de Bujanda, pp. 343 a 385.

Dedica el autor esta tercera parte de su extenso trabajo a estu-

diar la naturaleza del hecho imponible. Por ello, nos dice, es preciso desechar la perturbadora distinción entre la sustancia y la forma del mismo, apoyada en la idea de que la primera es económica, de modo que sólo la forma es jurídica. Ello llevado a sus últimas consecuencias supondría limitar exclusivamente el lado formal del hecho, la indagación jurídica sobre el mismo. El intérprete debe servirse siempre del método jurídico, sin excluir todo elemento de naturaleza extrajurídica, pero sin olvidar tampoco que el estricto conocimiento de las relaciones sociales, supuestos de hecho sobre los que operan las normas, no es suficiente al intérprete, pues éste ha de desentrañar los criterios valorativos que han presidido la operación creadora de la realidad jurídica. Preocupación esencial del tributarista ha de ser, pues, mantenerse fiel al método jurídico, pero procurando que éste no le ponga de espaldas a la realidad económica.

Número 63, mayo-junio.

La Hacienda en la Guinea Ecuatorial, por Gabriel Solé Villalonga, pp. 593 a 615.

Este estudio forma parte de los hechos sobre diversas materias, por la Comisión del Plan de Desarrollo Económico de aquella región, y comprende un análisis estadístico completo de su sistema fiscal en funcionamiento.

La teoría del refugio impositivo frente a la sociedad internacional, por Alfonso Rodríguez Sainz, páginas 616 a 676.

El refugio impositivo surge por la existencia como característica de la organización económica moderna de una serie de empresas que operan en diversos países (sociedades internacionales), y que aspiran a sustraerse de las limitaciones y cargas fiscales impuestas en el suyo de origen. Su análisis compete al Derecho tributario comparado, pues presentando una problemática diferente de la teoría de la exención, es nota esencial a su concepto la ventaja imical a su concepto, la ventaja impositiva comparativa que deriva de su uso. Destacada su importancia y proliferación actual; examina el autor las relaciones jurídico-tributarias y económicas que plantea; los procedimientos de las empresas para acogerse a él; su utilidad; sus tipos teóricos y reales, y, finalmente, las medidas adoptadas en los diversos países para entorpecer su existencia.

Número 64, julio-agosto.

Ajustes con fines impositivos a los beneficios en periodos de inflación, por Enrique Jorge Reig, páginas 857 a 875.

Anualidad presupuestaria y planificación económica. El problema de los gastos plurianuales, por Eusebio González García, pp. 877 a 899.

Se pone de relieve el contraste actual entre el viejo principio pre-

supuestario de la anualidad y las exigencias de la programación económica que obliga a los Estados modernos a afrontar gastos que no es posible hacer recaer sobre un solo ejercicio.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 100, abril-junio de 1966.

Las empresas públicas en forma de sociedad anónima, por Manuel Broseta Pont, pp. 267 a 290.

Se propone el autor averiguar hasta qué punto es posible la acumulación entre fines públicos y sociedades privadas; es decir, poner de manifiesto los problemas que plantea el hecho de que el Estado y los entes públicos utilicen la forma y estructura de sociedad anónima para dotar de vestidura jurídica a ciertas empresas. ¿Es pausable esta acumulación de fines públicos y mecanismos privados? ¿Qué subsiste en estos entes de la sociedad anónima? La experiencia se ha mostrado poco satisfactoria; el recurso público a la sociedad anónima parece ser meramente formal, con la consiguiente desnaturalización de esta institución privada. Ello le induce a propugnar de *lege ferenda* la búsqueda de un mecanismo que permita a los entes públicos realizar sus fines, sin los equívocos que utilizando instituciones inadecuadas siembran incertidumbre en el Derecho privado.

La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en el Derecho alemán, por Alvaro Garraalda Valcárcel, páginas 291 a 342.

Detenida exposición de la legislación alemana vigente sobre co-gestión de los trabajadores y problemas que ésta plantea en la práctica.

Credito bancario e hipoteca, por José Bautista Montero Rios, páginas 345 a 351.

Análisis de los problemas que plantean las hipotecas constituidas en superposición de garantía de créditos que originariamente han sido concedidos sin más aval que el personal del deudor, o con garantías reales distintas de la hipotecaria.

Las indemnizaciones a los arrendatarios por desalojo, por Salvador Bernal Martín, pp. 353 a 377.

El autor estudia estas indemnizaciones en aquellos casos en que la determinación de su contenido y del órgano llamado a fijarlas presenta dificultades en los diversos supuestos en que entra en juego el desalojo: necesidad de ocupación, derribo, expropiación forzosa y Ley del Suelo.

REVISTA DE DERECHO NOFARIAL

Número 52, abril-junio de 1966.

I. Estudios.

De las fuentes romanas de las Partidas, por Fermin Camacho Evangelista, pp. 7 a 67.

Sobre el concepto de finca, por Aurelio Díez Gómez, pp. 68 a 117.

El problema de individualizar la finca como objeto de derecho, resuelto empíricamente en Roma y en el Derecho germánico mediante un sistema tabular; resuelto también o al menos intentado en la mayoría de los sistemas modernos, exige una mayor dedicación en nuestra patria a la vista de su influencia decisiva en muchos aspectos (v. gr., moderno Derecho agrario). El autor separa tres cuestiones: la finca discontinua, la individualización de la finca y el negocio jurídico de individualización.

En orden a la primera esgrime diversos argumentos legales para concluir que ni siquiera en el orden registral existe la finca discontinua, se trata simplemente de varias fincas ordinarias que se inscriben como una sola, de lo que se deduce una serie de interesantes aunque discutibles consecuencias.

Si, pues, es esencial al concepto de finca la continuidad territorial, siendo continua toda la superficie terrestre, es preciso fijar el límite que haga cesar esa continuidad, dando lugar a las diversas fincas.

Ese límite o elemento individualizador no es material ni económico, nos dice, sino jurídico: la titularidad dominical unida a la voluntad del titular. Allí donde se interrumpe la titularidad termina siempre una finca, pero el dueño, por propia voluntad, puede distribuir su heredad normalmente en el número de fincas que desee. Este negocio jurídico de individualización, al que dedica la última parte de su estudio, nos dice que es un acto autónomo, aunque frecuentemente va unido a una transmisión; nominado, pues sus tipos principales aparecen recogidos en nuestras leyes, y atípico, pues carece de regulación específica. Analiza finalmente sus requisitos de capacidad y forma y sus efectos.

Examen de la normativa legal del denominado testamento «in articulo mortis», por Luis Martínez Calcerrada, pp. 119 a 193.

Cuestiones fundamentales que plantea la aparentemente sencilla regulación legal de esta forma testamentaria en el Código Civil, y referencia esquematizada a las prescripciones adjetivas de su procedimiento insertas en la LEC.

II Fórmulas y problemas de práctica notarial.

El notario ante las pretensiones de requerimiento a las autoridades, por Luis Beltrán Fustero.

Sobre disposición de bienes en la herencia indivisa, por Eduardo Menéndez-Valdés Golpe.

Inversiones de capital extranjero en España, por Santiago Pelayo Hore

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre de 1966.

La autonomía municipal: Aprobaciones y procedimientos bifásticos en el ordenamiento español, por J. A. García Trevijano, páginas 747 a 775.

Octubre de 1966.

Propiedad horizontal: Situaciones posibles en orden a su inscripción, por Buenaventura Camy, páginas 861 a 882.

Comienza el autor destacando dos principios básicos, uno estrictamente hipotecario: la unidad del folio real, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de llevar a un mismo folio derechos que afecten a partes concretas y especificadas de la finca objeto de ellos, y otro de orden civil general: todo derecho real requiere un substrato físico en que apoyarse para su existencia. De ambos se extrae diversas conclusiones, que podemos resumir en las dos ideas siguientes: primera, que el Registro sólo puede recoger fincas con existencia real, pero en modo alguno puede constituir finca registral la formada por una real y una cuota en la comunidad de otra también de esta clase, salvo si se trata de comunidades con fin subordinado, y segunda, que el hecho de surgir

dos fincas deslindadas con titulares distintos en cuanto a los derechos reales que sobre ellas recaigan, obliga necesariamente a que una de ellas o ambas pasen a folios diferenciados. En base de ellas y al escaso Derecho positivo que ofrece en esta materia la ley especial, afronta los distintos supuestos hipotecarios que la propiedad horizontal plantea: edificación proyectada, comenzada y terminada; hipoteca de pisos.

La trascendencia de la relación causal en el Derecho cambiario español, por J. Maria Elizaguirre, pp. 882 a 911.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 264, septiembre de 1966.

Sociedades y empresas mercantiles unipersonales, por José Rodríguez del Barco, pp. 786 a 802.

El autor entiende que hallándosese la sociedad de un solo miembro en contradicción con todo el régimen jurídico de las sociedades, no cabe una regulación general de aquélla, sino simplemente prever y normatizar la situación de unipersonalidad sobrevenida posteriormente (y por una serie de causas que analiza) a la constitución válida de una sociedad normal. Esta normatización ha de orientarse, además, a provocar en breve plazo la disolución de este tipo de sociedades o su transformación

en empresas individuales. En todo caso, debe considerarse negocio fraudulento el de constitución de sociedad preordenada a la reunión del capital o acciones en una sola mano.

La prescripción del impuesto en la nueva reforma tributaria, por Juan J. Bocanegra, pp. 803 a 809.

Número 265, octubre de 1966.

La construcción de edificios en comunidad, por Antonio Ventura-Traveset, pp. 898 a 912.

Por una serie de razones prácticas que el autor enumera, es ésta la fórmula que con más frecuencia se preconiza ahora para llegar a la propiedad horizontal. Objeto del presente trabajo es el examen de las sucesivas etapas de este nuevo procedimiento y de los problemas que en cada una de ellas surgen entre los comuneros.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Julio-septiembre de 1966.

Jurisprudencia de Andorra, por Francisco Soto Nieto.

Los requisitos del precio en la compraventa, por Ramón Badenes Gasset, pp. 635 a 680.

¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?, por Plutarco Marsá Vancells, pp. 709 a 726.