

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLII * Marzo-Abril 1966 * Núm. 453

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 Cabezero; 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

Bolafios y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1966.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«La finca como objeto de derecho real», por GABRIEL GARCÍA CANTERO	281
«Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», por VICENTE TORRALBA SORIANO	309
 NOTAS:	
«La polémica entre hipotecarista sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», por MANUEL VILLARES PICO	363
«En torno a la polémica Carretero-Roca», por MANUEL GÓMEZ GÓMEZ	379
 LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	399
 DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:	
«Arrendamiento transaccional integrado por arbitrador y firma en blanco», por LUIS DíEZ PICAZO	413
 JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTÍÑO	443
2. Sentencias del Tribunal Supremo:	
Civil: Obligaciones y Contratos, por BARTOLOMÉ MENCHÉN	461

	Págs.
Mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS ...	474
Contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉ- REZ y SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO	478
Fiscal, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL	535

LIBROS:

«Scritti minori», de ANTONIO CICU, por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	545
«Crisi ed evoluzione nel Diritto di Proprietà», de GIOVANNI SILVIO COCO, por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	550
«La Empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil», de MANUEL BROSETA PONT, por MANUEL SERRANO	554
«Droit Réel, Propriété et Créance. Elaboration d'un système rationnel des Droits Patrimoniaux», de GINOSSAR, por PE- DRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	563
«Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual», de M. GARCÍA AMIGO, por ELÍAS IZQUIERDO	568

REVISTAS:

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	577
-------------------------------------	-----

ESTUDIOS

La finca como objeto de derecho real⁽¹⁾

SUMARIO: I. LA FINCA COMO BASE DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. — II. EL CONCEPTO REGISTRAL DE FINCA: GENERALIDADES — III. LA FINCA EN SENTIDO MATERIAL. — IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO MATERIAL DE FINCA. LA NOCIÓN DE FINCA FUNCIONAL — V. LA FINCA FUNCIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Código Civil y Ley Hipotecaria*; 2. *Leyes especiales relativas al Régimen de la Propiedad Rústica*; 3. *La Ley del Suelo*. — VI. DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO REGISTRAL DE FINCA. — VII. CLASES DE FINCAS REGISTRALES: 1. *La finca registral normal*; 2. *Fincas especiales*: A) Las fincas discontinuas; B) La propiedad horizontal; C) El agua; D) Concesiones administrativas.

I.—LA FINCA, BASE DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

El Registro español de la Propiedad, a diferencia del francés —aun después de la reforma de 1955 (2)—, y a semejanza del alemán, se lleva por fincas.

(1) Sobre el tema pueden verse, en general, aparte las indicaciones de los Manuales de Derecho civil: J. GONZÁLEZ, *Derecho inmobiliario y Derecho hipotecario*, en el vol. de «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil», I (Madrid 1948), p. 9 ss.; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, «Diritti reali» (Milano 1952), p. 201 ss.; BIONDI, *I beni* (en el *Trat. Vassalli*) (Torino 1953), páginas 57 ss., con una selecta bibliografía; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II (Barcelona 1954), pp. 59 ss.; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II (Madrid 1955), pp. 209 ss.; COSSIO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*² (Barcelona 1955), pp. 68 ss.; LACRUZ, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*² (Zaragoza 1957), pp. 85 ss.; BOLLA, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici* en «Atti del primo Congresso Nazionale del diritto agrario» (Firenze 1936), pp. 266 ss.; ROVIRA MOLA, s.v. *Finca*, en «NEJ»; LÓPEZ PRIEGO, s.v., *Finca*, en «Diccionario de Derecho Privado», SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects; de la conception et de la classification juridiques des biens corporels* en RTDC, 57 (1958), pp. 1 ss.

Cfr. también nuestros trabajos: *La noción de finca funcional en la Ley del Suelo*, en RDP, 49 (1965), 1114 ss.; y *Notas sobre la individualización de inmuebles*, en ADC, 18 (1965), 853

(2) Dice ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario* (Barcelona 1960), páginas 9, ss.; que en la nueva ordenación del Registro de la Propiedad en

Debe reconocerse que la finca, en cuanto es uno de los elementos de la relación jurídico-real, ha ejercido siempre un gran atractivo como factor de unificación registral, al que no escaparon los primeros comentaristas de nuestra Ley Hipotecaria. MORELL Y TERRY (3) propugnaba una concepción unitaria del Registro, el cual debía abarcar tres ramas: el sujeto (Registro Civil), el objeto (Registro de cosas) y la relación (Registro Notarial). Cada una de estas ramas debería subdividirse a su vez en otras varias, y así el Registro de cosas se bifurcaba en Registro de muebles y Registro de inmuebles, y este último comprendía tres especialidades: 1.º El Catastro o Registro, en el que se hace constar la existencia física de la finca, su naturaleza, situación, linderos, etc.; 2.º El Registro de la Propiedad, en el que se hace constar el estado jurídico de los bienes inmuebles, o sea los derechos sobre los mismos, con todos sus elementos, extensión y condiciones; y 3.º El Amillaramiento o Registro fiscal para hacer constar la riqueza inmueble de un país, su utilidad y renta líquida al efecto de gravar y repartir equitativamente las contribuciones que pesan sobre aquélla. Una clasificación más técnica de los Registros ha de hacerse con base en la eficacia de su publicidad, pero ello no obsta para reconocer cierta utilidad a la clasificación sugerida por el hipotecarista citado, al menos en cuanto destaca la importancia del objeto en la relación registral.

Son muy convincentes las razones aducidas para que el Regis-

Francia, la finca no es tomada en consideración como unidad registral básica, sino tan sólo como algo complementario de la unidad persona o titular de la finca o derecho real inmobiliario, y que como el fichero de fincas rústicas y el de fincas urbanas sólo funcionan a efectos de mera información, el principio de especialidad queda fuertemente debilitado. Apreciación en la que sustancialmente coincide PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *El sistema registral francés*, en RCDI, 36 (1963), 760 ss. quien subraya, sin embargo, la importancia práctica del fichero inmobiliario, aunque reconociendo también que «carece de valor jurídico propio». respecto de las fichas inmobiliarias, observa este autor que «a través de estas fichas asoma en el sistema francés la idea del folio real, cuyas ventajas son conocidas por la doctrina francesa, que destaca el carácter inmutable de la finca sobre el variable de las personas y la facilidad de información de un Registro organizado por fincas. Pero aparece en forma muy rudimentaria y desnaturalizada. En primer lugar, por el significado puramente instrumental del fichero. Y, además, porque sólo las fincas urbanas abren ficha autónoma». Sobre el considerable esfuerzo realizado mediante un sistema de intercomunicación para coordinar el Registro y el Catastro, cfr. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, loc. cit., pp. 755 ss.

(3) Cit por Cossío, op cit., p. 69.

tro de la Propiedad se lleve por fincas, por ser éstas el elemento duradero, naturalmente visible y tangible de la relación jurídico-real, mientras que el elemento subjetivo—el propietario—está sujeto a variación. Se ha dicho por SANZ FERNÁNDEZ (4) que en el estado actual de los estudios hipotecarios no se concibe otro medio técnico de organización del Registro que el que toma por base la finca; y ello es una consecuencia del principio de especialidad que exige, entre otras cosas, la determinación exacta de la finca sobre la que recae el derecho real en términos tales que permitan identificarla con precisión, asegurando el paralelismo entre el Registro y la realidad física; finalmente, ello es también una necesidad del principio de publicidad, que según la Resolución de 11 de abril de 1928 requiere «que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que las terceras personas a quienes la inscripción interesa sepan dónde han de encontrar cuanto al inmueble haga relación y cuanto defina su situación jurídica, sin temor a las limitaciones consignadas en otros asientos independientes», y «esta exigencia, puesta de relieve en la afirmación de que el Registro para un tercero es el folio abierto a la finca, lleva como lógica deducción a la necesidad de que cada parcela figure inscrita, bien aisladamente, bien como parte integrante de una superior entidad, y quede sometida a los derechos reales que se constituyan o modifiquen en los asientos extendidos bajo el número correlativo, pero no a las servidumbres y limitaciones que aparezcan en otros folios no relacionados reglamentariamente con el de la finca en cuestión».

Nuestro sistema legal resulta de la articulación de los siguientes preceptos:

Conforme al artículo 243 de la L.H.: «El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el Libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos». Norma de carácter formal, inserta en el título que trata «Del modo de llevar los Registros», pero de la que se deriva, como dice SANZ FERNÁN-

(4) SANZ FERNÁNDEZ, op. cit., II, pp. 210 s

DEZ (5), que el Registro en general se descompone en tantos registros especiales como fincas.

La norma material se expresa en el artículo 8.º de la L.H., cuyos dos primeros párrafos disponen: «Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo. Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial».

La regulación se completa con el artículo 13 de la L.H., que viene a proclamar el carácter exclusivo de la hoja registral: «Los derechos reales limitativos, los de garantía, y en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan»; sin que el segundo párrafo, relativo a la posibilidad de una doble inscripción facultativa de las servidumbres reales, represente propiamente una excepción al principio anterior, pues como derechos subjetivamente reales constituyen una cualidad del fundo dominante, lo que justifica su constancia, además, en la hoja de éste.

En la práctica, al registro de cada finca se destina cierta cantidad de páginas del Libro de inscripciones, lo que forma el folio de la misma (6) No se acepta, por tanto, el sistema alemán del encasillado, que ofrece, sin embargo, mayor claridad formal (7).

Con todo, no leves son los defectos que la doctrina achaca en este punto a nuestro sistema inmobiliario. Se señala la posibilidad de que tengan acceso al Registro fincas inexistentes (8), así como el riesgo de doble inmatriculación (9). ROCA SASTRE (10) señala que, por la inexistencia de un buen Catastro la finca puede entrar en el Registro sin justificante alguno de su existencia

(5) SANZ FERNÁNDEZ, loc cit p 211

(6) LACRUZ, op cit., p. 90.

(7) Así COSSÍO, op cit., p. 72. Advierte SANZ FERNÁNDEZ, op cit., II, p. 211, nota 9: «En el sistema español el folio no es el Registro particular de cada finca. Las palabras folio u hoja tienen en nuestro sistema un significado puramente material, exento de todo alcance jurídico, como consecuencia de la forma especial de los asientos, para los que no se sigue el sistema de encasillado. No obstante, por la influencia de otros sistemas, es frecuente utilizarlas en la doctrina con alcance igual al del Derecho germánico. En tal caso, debe entenderse que se hace referencia al número que corresponde a la finca, según el párrafo primero del artículo 8.º».

(8) Así, SANZ FERNÁNDEZ, op. y vol. cit., pp. 212 ss. esp. p. 215.

(9) Problema en el cual no podemos entrar aquí.

(10) ROCA SASTRE, op y vol. cit., pp. 61 s.

y características, y aun cuando hubiera sido exactamente descrita la primera vez cabe que el Registro no recoja los sucesivos cambios físicos producidos en la misma. Añádase, como dice LACRUZ (11), que los procedimientos de inmatriculación son inseguros, porque la fijación de los caracteres físicos de un inmueble se basa fundamentalmente en la descripción que de él hace su propietario. Así habrá de concluirse, con COSSÍO (12), que no es posible mantener el adecuado paralelismo entre el Registro y la realidad, ni llegar a una perfecta individualización de la finca descrita.

Por otra parte, el legislador no formula un claro concepto de finca, y aunque ello se juzga favorablemente por la doctrina (13), sin embargo, obliga al intérprete a un serio esfuerzo reconstructivo

II.—EL CONCEPTO REGISTRAL DE FINCA: GENERALIDADES

El concepto registral de finca es un concepto técnico, de carácter formal, al servicio de los fines de publicidad registral y que presenta autonomía e independencia respecto del concepto material o sustantivo de finca. Tal autonomía parece acertada y beneficiosa; dado que el concepto de finca en el Derecho civil está en constante evolución—como luego comprobaremos—, podrá así recibirse, a efectos registrales, el más conforme con las necesidades y exigencia del tráfico de bienes en cada época; resta añadir que tal autonomía deberá entenderse subordinadamente, dado el carácter instrumental del Registro de la Propiedad.

Pero si el concepto registral de finca es autónomo respecto del concepto material o sustantivo, ello no significa que pueda desentenderse de éste. La Ley Hipotecaria se apoya en las categorías civiles de bienes y las presupone constantemente. Sabido es que la Ley de 1861 se abstuvo de dar una definición de bien inmueble a efectos del Registro, limitándose a formular una norma aclaratoria de carácter negativo, el artículo 4.º, el cual fue

(11) LACRUZ, op. cit., pp. 91 s.

(12) COSSÍO, op. cit., p. 84.

(13) ROCA SASTRE, loc. cit.

redactado nuevamente en la reforma de 1909 en los siguientes términos: «Se reputan inmuebles los enumerados en el artículo 334 del Código civil, sin perjuicio de lo dispuesto sobre los requisitos y forma de la inscripción». Pero con razón lo criticó don Jerónimo GONZÁLEZ y fue suprimido en la reforma de 1944.

Para formular una noción exacta de finca en sentido registral parece necesario—o al menos conveniente—precisar la noción civil de finca. ¿Qué entiende por finca nuestro Código civil? Pero en vano buscaremos su concepto en este cuerpo legal; más aún, se trata de una terminología que no se utiliza con exclusividad por el propio legislador, quien en este punto, como en tantos otros, hace gala de gran variedad terminológica y de una rica sinonimia.

En la *summa divisio* del artículo 333 C. c. se habla de bienes muebles e inmuebles, pero también, para designar a estos últimos, se utilizan en otros lugares muy diversas denominaciones que pueden verse a continuación:

- a) De *cosa o bien raíz* se habla en los artículos 499 y 1.549.
- b) De *fundo*, en los artículos 597 y 612.
- c) De *tierras*, en los artículos 334 números 1.º y 7.º, 473 y 1.523.
- d) De *propiedad*, en los artículos 351, 384, 414, 581, 582 y 614.
- e) De *suelo*, en los artículos 360, 517, 1.591, 1.593 y 1.656.
- f) De *terreno*, en los artículos 350, 351, 361, 362, 363, 364, 365, 369, 370, 374, 386, 387, 407 números 3.º, 4.º y 6.º, 417, 426, 553, 564, 573 número 3.º y 603.
- g) De *heredad*, en los artículos 334 números 4.º, 5.º y 7.º, 366, 367, 368, 370, 372, 374, 388, 473, 562, 564, 573, 574, 591, 592 y 1.906.
- h) De *predio*, en los artículos 358, 384, 407 número 8.º, 408 números 1.º y 2.º, 415, 416, 417, 420, 421, 476, 477, 478, 486, 518, 530, 533, 535, 538, 540, 543, 545, 546 números 1.º, 3.º, 5.º y 6.º, 552, 553, 556, 557, 558, 560, 561, 564, 565, 566, 569, 586, 587, 588, 598, 599, 1.633 y 1.805.
- i) De *finca*, en los artículos 334 número 6.º, 390, 408 número 5.º, 471, 480, 502, 503, 509, 517, 531, 534, 541, 557, 564, 567, 568, 573, 575, 581, 582, 594, 595, 596, 602, 612, 821, 822, 1.066, 1.324, 1.471, 1.483, 1.514, 1.516, 1.519, 1.561, 1.571, 1.582, 1.605, 1.615, 1.619, 1.622,

1.623, 1.624, 1.625, 1.626, 1.627, 1.630, 1.631, 1.632, 1.634, 1.635, 1.636, 1.637, 1.638, 1.640, 1.641, 1.644, 1.647, 1.648, 1.651, 1.652, 1.653, 1.656, reglas 7.^a, 8.^a y 10.^a; 1.657, 1.659, 1.660, 1.661, 1.664, 1.877, 1.882, 1.883, 1.906, 1.922 número 7.º, 1.965 y 1.966.

La expresión *finca* es la que se emplea, relativamente, con una frecuencia sólo comparable a la expresión *cosas o bienes inmuebles*. En efecto:

j) La palabra *cosa o bien inmueble* aparece utilizada en los artículos 10, 271, 272, 317, 333, 334, 335, 336, 347, 491-1.º, 494, 530, 605, 606, 607, 788, 903, 977, 1.324, 1.349, 1.358, 1.363, 1.367, 1.413, 1.444, 1.469, 1.470, 1.471, 1.473, 1.503, 1.604, 1.606, 1.627, 1.667, 1.668, 1.675, 1.786, 1.802, 1.874, 1.923, 1.924, 1.927, 1.928, 1.957, 1.959 y 1.963.

En este elenco, probablemente incompleto, de sinónimos con que el Código civil denomina a las fincas de modo genérico, hemos encontrado hasta una decena de expresiones que son utilizadas indistintamente. Resulta curioso constatar las preferencias del legislador por una u otra de ellas; así, en materia de servidumbres prefiere hablar de *predios*; en materia de compraventa y de censo predomina la voz *finca*; mientras que el término *inmueble* parece el de uso más general a lo largo de todo el articulado.

La distinción entre fincas rústicas y urbanas está presente a lo largo del articulado del Código. Algunas veces se habla expresamente de *finca rústica* (así en los arts. 503 y 1.523, y en el enunciado del cap. II, tit. VI, Libro IV) y *predio rústico* (artículo 572-3.º y 1.577), así como de *fincas o predios urbanos* (en el enunciado al cap. citado en el art. 1.966-2.º y en el art. 1.580). Pero para designar a estos últimos se prefiere hablar de *edificio* (así en los arts. 517, 518, 559, 569, 572, 573, 584, 586, 1.591, 1.593, 1.907) o de *casa* (496, 524, 527, 588 y 1.910).

Resulta fundamentalmente que finca, en sentido material o sustantivo, es equivalente a bien inmueble (hablando también el legislador en otros pasajes de cosa o bien raíz, fundo, tierras, propiedad, suelo, terreno, heredad y predio). Pero ¿qué son los inmuebles para el Código civil? En sentido negativo y con base en el artículo 335, puede decirse que inmueble es lo que no se puede transportar sin menoscabo de un punto a otro; definición

insuficiente a la vista de los adelantos técnicos que permiten hoy día el traslado de edificios y monumentos sin detrimento de su integridad de un punto a otro de la superficie terrestre. A esta misma idea de algo unido o adherido al suelo de manera permanente responden diversos supuestos del artículo 334 (números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º y 8.º). Hay que dar, por tanto, la razón a don Jerónimo GONZÁLEZ (14) cuando afirmaba que los complejos desenvolvimientos modernos sobre el concepto de finca ninguna luz reciben de los artículos 333 y 334 del Código civil.

En la Ley Hipotecaria y aparte de las expresiones genéricas de *cosas* o *bienes*, la sinonimia se reduce prácticamente (15) a las voces *finca* e *inmueble*, utilizadas según un curioso criterio de paralelismo. Así, en el título I sólo se habla de inmuebles (vid. arts. 1.º y 2.º); en el II se utilizan parejamente ambas expresiones (así *finca* en los arts. 7, 8, 13, 20, 21, 36 y 41; y de *inmueble* se habla en los arts. 9, 16, 17, 20, 36 y 38); en el título III se prefiere la voz *finca* (que se emplea hasta siete veces: artículos 41, 45, 59, 61, 63, 64 y 75) sobre la de *inmueble* (que sólo aparece en los artículos 42 y 71); en el título IV, por el contrario, sólo se emplea la última (así, arts. 79, 80 y 103); en el V las preferencias del legislador se inclinan por *finca* (arts. 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 127, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 141, 155), aunque no faltan las referencias a *inmuebles* (arts. 104, 106, 110, 157, 160, 169, 184, 194); preferencia que se altera en el título siguiente a favor de *fincas* (así, arts. 198, 199, 201, 203, 205 y 210), pues de *inmuebles* sólo se habla en el artículo 206; nueva alternancia en el título VIII (*inmuebles*: arts. 225, 227, 235; *fincas* sólo en el 230), pasando otra vez la primacía a *fincas* en el título IX (arts. 243, 246, 249, 250, 253).

Escasa luz encontramos, por tanto, en la terminología del Código y de la Ley Hipotecaria para descubrir lo que el legislador entiende por finca o bien inmueble. Por otra parte, el significado etimológico tampoco aclara gran cosa, pues la voz *finca* deriva del verbo antiguo *fincar*, y éste, a su vez, de *ficar*, que implica la idea de permanencia, que literalmente se encuentra también en la voz *inmueble*.

(14) J. GONZÁLEZ, loc. cit., p. 14.

(15) La voz *predio* sólo aparece utilizada en el art. 8.º L. H.

Un concepto legal de finca se contiene en el artículo 4.º del Real Decreto de 3 de abril de 1925: «Porción de terreno cercada por una línea poligonal que pertenezca a un propietario o a varios pro-indiviso dentro de un mismo término municipal». Definición que comprende—dice Cossío (16)—, aparte de un requisito inoperante (que se halle dentro de un término municipal), el elemento físico (trozo de superficie de la tierra, edificado, o sin edificar, dotado de límites precisos) y el elemento jurídico (titularidad jurídica única).

III.—LA FINCA EN SENTIDO MATERIAL (17)

En la doctrina tradicional, tanto extranjera como española, hay bastante coincidencia a la hora de definir la finca en sentido material.

En Francia, RIPERT-BOULANGER (18) definen a los inmuebles como aquellos que están dotados de una posición fija, en tanto que los muebles se caracterizan por ser susceptibles de desplazamiento. También CARBONNIER (19) continúa adherido a la concepción clásica sobre la materia: «La naturaleza imborrable del inmueble consiste en ser una porción del territorio, lo que le mantiene constantemente bajo la vista y el control del soberano territorial, quien es incapaz de perseguir al bien mueble, el cual puede ser desplazado, ocultado, confundido y destruido».

(16) Cossío, op. cit., p. 73.

(17) A la bibliografía citada en nota 1, *adde*: IBÁÑEZ ALDECOA, *Fincas rústicas y urbanas*, en «Pretor», 4 (1955), núm. 31, pp. 5 ss.

(18) RIPERT-BOULANGER, en el *Traité de Planiol*⁵, I (Paris 1950), pp. 889 ss. Estos autores hacen una interesante exposición histórica sobre la terminología jurídica francesa; así *heritages* equivale a inmueble en general, pero en el siglo XVIII se aplicaba sólo a las tierras; *fonds de terre*, o simplemente *fonds*, se aplica en el *Code* en numerosos artículos para designar al inmueble en general, conforme con el significado romano de *fundus*.

(19) CARBONNIER, *Droit civil*, II, 1 (Paris 1955), pp. 45 ss. y 147 ss. También siguen la corriente tradicional MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 2 (Paris 1965), página 124, cuando describiendo la superficie y el volumen del objeto de la propiedad inmueble dicen: «La propiedad inmueble recae sobre el suelo o sobre elementos que están unidos al suelo. La determinación de su asiento es, por tanto, la de determinada superficie; una propiedad inmobiliaria está determinada por sus linderos, es decir, por las propiedades vecinas (...). Pero la propiedad no se ejerce sólo sobre una superficie; necesariamente debe tener por objeto cierto volumen. Una superficie sin espesor apenas tendría interés, pues no permitiría ni plantar, ni construir, ni cavar».

PIOLA (20), en la doctrina italiana, define el fundo como parte limitada de la superficie terrestre que se encuentra sometida a la propiedad privada. MESSINEO (21) se atiene, asimismo, a los conceptos tradicionales y califica de inmueble al bien que no puede transportarse de un lugar a otro sin que sufra en su consistencia e integridad material, añadiendo que el concepto jurídico de bien inmueble corresponde casi siempre al concepto físico.

En Alemania no se distingue entre finca en sentido material y en sentido registral, sino que es el Registro el que determina en todo caso el concepto de *Grundstück*. Finsa es una porción delimitada de superficie terrestre que se ha inscrito en el Registro como finca independiente (22).

Entre nosotros, escribe CASTÁN (23): «Entre los inmuebles por naturaleza figuran las fincas. En su consideración sustantiva y fundamental se llama finca a un trozo de superficie terrestre que, física o legalmente, aparece individualizado y separado de las contiguas y sobre el que un sujeto ejerce relaciones dominicales». Remite a otro lugar el estudio de la concepción formal o registral de finca, si bien no se ocupa de exponerla en el Derecho de cosas (24). Según ALBALADEJO (25) «a ciertos bienes inmuebles por naturaleza o incorporación se les llama fincas. Estas son cosas constituidas por un trozo de terreno edificado o no, o incluso sólo por una parte de un edificio (un piso)». Entre los autores de estudios monográficos, ROVIRA MOLA (26) define la finca como «la porción delimitada del espacio vertical u horizontal, perteneciente a un propietario o a varios pro-indiviso».

La desmesurada extensión dada en el artículo 334 a la categoría de bienes inmuebles obliga a la doctrina a limitar la noción

(20) PIOLA, s. v. *Fondo*, en NDI.

(21) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* ⁹ (Milano 1957), I, páginas 368 s.

(22) WIEACKER, *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, en ACP. 148 (1943) 102; NIPPERDEY-ENNECERUS, *Lehrbuch des burg. Recht* I, 1, «Allg. Teil des B. G. B.» ¹⁵ (Tübingen 1959), p. 768; WESTERMANN, *Sachenrecht* ⁴, p. 347; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrecht* ² (München u. Berlin 1963), p. 111.

(23) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral* ⁸, I, 1 (Madrid 1952), página 386.

(24) Noción la de finca material que no se amplía al tratar del objeto del dominio, en op. cit. II. *Derecho de cosas* (Madrid 1951), p. 98.

(25) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil I* (Barcelona 1960), p. 306.

(26) ROVIRA MOLA, s. v. cit.

de finca a los inmuebles por naturaleza, lo que en otros ordenamientos no ocurre (27).

IV.—EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO MATERIAL DE FINCA. LA NOCION DE FINCA FUNCIONAL (28)

Hay que rechazar un concepto inmutable de finca en sentido material. Acertadamente, MESSINEO (29) ha aludido al carácter relativo de la noción de cosa inmueble, el cual depende del estado de desarrollo de la técnica en un momento histórico determinado, la cual puede convertir en muebles algunas cosas consideradas ordinariamente como inmuebles. Es ilustrativo, a este respecto, lo ocurrido con la propia distinción de bienes muebles e inmuebles, cuya historia está ligada a la de las modificaciones y desarrollo de la producción y tiene su punto de partida en la concepción económica dominante hasta hace algunos siglos; hoy día, después del desarrollo del tráfico y de la actividad industrial y del fenómeno de los títulos-valores, sólo por inercia puede reconocerse vigencia al viejo aforismo *res mobilis, res vilis*.

En un reciente trabajo, SAVATIER (30) ha expuesto el sentido de la evolución de la distinción de los bienes corporales que, a su juicio, ha consistido en pasar de una concepción concreta a una concepción abstracta; así, por influjo del progreso técnico, la propiedad del inmueble ha venido a ser propiedad de una superficie, y la de un mueble propiedad de una materia; bien entendido que la superficie en que consiste el inmueble está, a su vez, integrada por materia, la cual, por su parte, está destinada a movilizarse. El ilustre civilista contrapone una concepción de geo-

(27) Cfr. la minuciosa regulación del Código español—que tuvo su inspiración en los artículos 517 ss. del *Code français*—con la más sucinta del artículo 812 ss. del Cód. ital. de 1942, o con la esquemática del artículo 655 C. c. suizo.

(28) Breve, pero enjundiosa síntesis histórica en J. GONZÁLEZ, loc. cit., páginas 9 ss., quien, obviamente, no pudo tomar en cuenta los más recientes desenvolvimientos; BIONDI, op. cit., p. 58 ss.

(29) MESSINEO, op. y vol. cit., p. 388.

(30) SAVATIER, loc. cit. Me he ocupado ampliamente de este importante estudio en mi trabajo sobre *La noción de finca funcional en la Ley del Suelo*, citado, págs. 1.116 s.

metría plana—la nueva—a otra de geometría de las tres dimensiones—la implícita en el *Code*—, y aun aventura la hipótesis de que llegará el día en que el espacio cúbico acotado será objeto de tráfico, con independencia de la superficie sobre la que reposa (31).

La evolución trazada por SAVATIER parece cierta en sus líneas generales, pero estimo que debe completarse con la consideración de un doble fenómeno, acaso no suficientemente tenido en cuenta por este autor. Se trata del amplio desenvolvimiento, tanto doctrinal como legislativo, obtenido por el Derecho agrario y por el incipiente, aunque también prometedor, Derecho urbanístico o de la Planificación urbana. Uno y otro se orientan hacia una concepción funcional del bien inmueble que representa, en mi opinión, un avance importante sobre la concepción meramente abstracta de la finca preconizada por SAVATIER.

Como he expuesto en otro lugar (32), la noción de finca funcional tuvo su origen en Alemania con base en los estudios de BUSSE, WIEACKER, BAUR y WESTERMANN, entre otros, y ha logrado eco en la doctrina italiana en algunos autores, que apuntaban a una concepción fundamentalmente económica de los bienes (33), o que resaltaban el aspecto social de los mismos (34); últimamente cabe resaltar el esfuerzo de BARBERO (35), acaso no totalmente logrado. Los mayores resultados se han obtenido por los agraristas, a partir, sobre todo, del estudio fundamental de BOLLA,

(31) Queda fuera de este trabajo la posibilidad de configurar en nuestro Derecho la llamada finca cúbica.

(32) GARCÍA CANTERO, *La noción de finca funcional en la Ley del Suelo*, cit., pág. 1.115.

(33) BARASSI, op. cit., I, p. 203, trata de introducir en la noción tradicional de fundo elementos de carácter económico; a su juicio, el propietario del suelo a que alude el artículo 932 ss del Cod. de 1942, no es sino el propietario del fundo, palabra que suele utilizarse por el legislador cuando quiere aludir al suelo entendido como unidad económico-jurídica.

(34) ASI BIONDI, op. cit., p. 61, escribe que todo bien, independientemente de la distinción entre mueble e inmueble, está sujeto a aquel régimen de orden superior que está sugiriendo por razones de interés social, y que si el legislador fascista entendía el orden corporativo como parte viva e integrante del orden público, sin embargo, eliminado el orden corporativo permanece siempre viva y operante la noción de interés y de orden público, que es universal, aunque en concreto pueden darse manifestaciones diversas, según los tiempos.

(35) BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*⁵ I (Torino 1958), páginas 230 ss., quien conceptúa el objeto de la relación jurídica como *unum funzionale*.

contenido en su famosa ponencia al Congreso de Florencia de 1935, en la que hace una completísima investigación sobre el significado jurídico de *fundus* para los romanos, llegando a unas conclusiones que considera directamente aplicables para el Derecho moderno (36). Según ULPiano, *fundus autem integrum aliquid est*. El fundo es algo unitario, inescindible, cualificado no por la extensión, sino por el destino subjetivo a un fin, de modo que faltando éste el fundo viene a ser un trozo cualquiera de terreno. El fundo aparecía regido por una serie de reglas formales: Es *datus*, *adsignatus* después de un procedimiento administrativo, y es *limitatus*; la *limitatio* se realizaba mediante una solemne ceremonia en la que se siguen criterios religiosos, astronómicos y geométricos. Hasta se diría—observa BOLLA (37)—que al fundo se le atribuye una individualidad independiente; tiene un nombre, el *vocabulum fundi*, con el que se inscribe en el catastro y se indica en las ventas y en las sucesiones; tiene una propia estructura interna que aparece formada: a) por el suelo, los edificios destinados a la economía del fundo, la casa del dueño, los terrenos, las aguas, etc.); b) el *instrumentum* o *dos fundi*; y c) los *jura fundi* (*iter, actus, via*). Concluye BOLLA su investigación afirmando que el fundo tiene una individualidad propia por su destino económico y por su función, y que el derecho manifiesta una progresiva tendencia dirigida a impedir la disolución de sus elementos organizados y a tutelar la integridad del fundo como ente existente por sí mismo.

El camino abierto por los agraristas ha permitido a otros autores superar la concepción del fundo como «*res mere quantitatis* que se puede dividir y subdividir, o acrecer, casi con abstractas operaciones intelectuales o con simples mediciones» (38). Escribe PUGLIATTI que «cada porción del suelo cultivado, o cultivable, adquiere en acto o tendencialmente una individualidad que la hace inconfundible con cualquier otra, aunque sea próxima o contigua. Y no sólo porque, de hecho, como puede serlo de derecho, esté aislada y cerrada además de dividida, sino justamente por sus

(36) BOLLA, op. y loc. cit.

(37) BOLLA, op. y loc. cit., p. 276.

(38) PUGLIATTI, *Lineamenti della proprietà agricola*, en el vol. «La proprietà nel nuovo diritto» (Milano 1954), p. 318.

caracteres específicos; condiciones propias, sólo naturales o revalorizadas por la obra humana, especialmente por el cultivo y por su modo específico de desarrollarlo. Cada fundo es una "unidad económica" y no la parte de una unidad más vasta, tendencialmente ilimitada» (39). Del propio modo, para CICALA (40) el fundo ya no se aparece sólo como un trozo definido de superficie terrestre sujeta a cultivo y al régimen jurídico de la propiedad privada, sino además como una institución en la que se funden en unidad sintética todos los elementos materiales e ideales ofrecidos por la naturaleza física y por la estructura jurídica que la constituyen.

Entre nosotros, la noción de finca funcional ha encontrado algún eco ya en la doctrina civilista (41).

Por su parte, los modernos tratadistas de Derecho urbanístico, al exponer el concepto de parcela urbanística, subrayan que el espacio ya no es sinónimo de suma o conjunto de superficies de suelo, sino que más bien es una unidad orgánica que sirve de asiento y fundamento a la vida del pueblo establecido en el mismo. La ordenación general de las fincas urbanas conforme a su destino fundamental se realiza a través del Plan (42).

V.—LA FINCA FUNCIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Podemos ahora preguntarnos si estas nuevas concepciones sobre los bienes inmuebles tienen algún reflejo en el Derecho español.

(39) PUGLIATTI, loc. cit.

(40) CICALA, *Brevi considerazioni sul 'fondo' come istituzione sociale e normativa*, en «Atti del Primo Convegno Internazionale del Diritto Agrario» (Milano 1954), II, p. 32.

(41) LACRUZ, op. cit., p. 88 ss.; LUNA SERRANO, *El patrimonio familiar* (Roma-Madrid 1962), pp. 110 s.; *Aspectos agrarios de la Ley del Suelo*, en el Vol. «Coloquios sobre problemas de la Ley del Suelo» (Madrid 1965), p. 69; MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo* (Madrid 1964), página 45, nota 16, con referencia al inmueble urbano.

(42) Cfr. MARTÍN BLANCO, op. cit., p. 47. De este libro ha escrito LACRUZ que representa una aportación de fundamental importancia a nuestro nuevo Derecho urbanístico, en la recensión que le dedicó en RCDI 38 (1965), 1.403.

1. CÓDIGO CIVIL Y LEY HIPOTECARIA.

No puede decirse que el concepto funcional de bien inmueble esté totalmente ausente de nuestros cuerpos legales fundamentales. Hay algunos atisbos del mismo en los supuestos que la doctrina denomina de inmuebles por destino y que se comprenden en el artículo 334 del Código civil; igualmente en la referencia a la explotación agrícola, industrial o fabril que el testador puede mantener indivisa conforme a la facultad que le otorga el artículo 1.056, 2; de modo especial el supuesto contemplado en el número 2.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria (43).

Pero es, sobre todo, en la legislación especial complementaria del Código civil, en donde pueden observarse recogidos el mayor número de casos de fincas funcionales en el Derecho español.

2.—LEYES ESPECIALES RELATIVAS AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD RÚSTICA.

Con la salvedad de que se trata de fincas otorgadas sólo en disfrute, cabe destacar los llamados huertos familiares, regulados por Decreto de 12 de abril de 1950, en los que se toma en cuenta el destino específico asignado por el legislador. Resulta, en efecto, del artículo 5.º de dicho Decreto que «tendrá la consideración legal de huerto familiar toda pequeña parcela de regadío próxima a un poblado en la que una familia campesina pueda obtener, empleando en su cultivo las horas libres de trabajo, productos hortícolas con los que atender a sus necesidades elementales de consumo directo» (44).

Con mayor nitidez se perfila la noción de finca funcional en la regulación del Patrimonio familiar por la Ley de 15 de julio de 1952, que lo configura como explotación autónoma de tipo medio, formado por una o varias fincas y sus accesorios, teniendo como caracteres los de ser jurídicamente indivisible, inembargable e inaliena-

(43) Lo ha hecho notar LUNA SERRANO, *Aspectos agrarios*, cit., p. 69, nota 19.

(44) El fin del huerto familiar se tutela a través de un riguroso régimen de disfrute y transmisión, tal como resulta de los artículos 6.º y 7.º del Decreto.

ble, debiendo transmitirse a un sucesor único. La funcionalidad aparece en los requisitos exigidos por el artículo 3.º: a) suficiencia económica de la producción de la tierra en orden a la satisfacción de las necesidades de una familia campesina después de atender las exigencias de una buena explotación; b) parcelamiento conveniente; y c) absorción de la capacidad de trabajo de una familia campesina (45).

También se recoge implícitamente la noción de finca funcional en las leyes de 15 de julio de 1954 sobre fijación de unidades mínimas de cultivo y de 14 de abril de 1962 sobre Explotaciones Familiares. Aquí el procedimiento técnico seguido por el legislador es diferente que en el caso anterior. Dado que reparcelar *ex novo* la totalidad del suelo agrícola nacional es empresa prácticamente irrealizable, se fijan unos módulos abstractos que en teoría pueden considerarse como fincas ideales de extensión mínima, y se declaran indivisibles las fincas que resulten de extensión inferior a las mismas. El factor clave para que la finca cumpla satisfactoriamente su destino de servir a la producción nacional es aquí el de la extensión, considerándose que por debajo de la señalada como mínima ya no son fincas rentables. La Ley de Explotaciones Familiares ha dispuesto la gradual derogación de la de Unidades Mínimas de Cultivo. No es posible entrar aquí en el detalle de su funcionamiento práctico ni, en general, sobre su eficacia en orden a los fines propuestos (46).

En el procedimiento de concentración parcelaria se da una más intensa intervención administrativa en orden a una configuración más funcional de la propiedad rústica. La compleja tramitación que se regula en el texto refundido de 8 de noviembre de 1962 está encaminada a obtener fincas de reemplazo que sustituyan a las antiguas en mejores condiciones de explotación, lo que fundamentalmente se logra reduciendo un gran número de pequeñas parcelas a pocas fincas de extensión adecuada. A la vista de las finalidades asignadas a la concentración por el artículo 2.º de la Ley, entiendo que la finca de reemplazo

(45) LUNA SERRANO, *El patrimonio familiar*, cit., pp. 109 s.

(46) La bibliografía fundamental está recogida por PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS en *La conservación de las unidades agrarias*, en ADC, 12 (1959), *in fine*. Adde ROCA SASTRE, *Suplemento* cit., pp. 179 ss.

es también una finca funcional. Es de notar que en la reorganización de la propiedad se toma en cuenta la unidad indivisible de concentración y la unidad tipo de aprovechamiento—ésta con carácter facultativo—, lo que revela la comunidad de fin entre ambas instituciones.

3. LA LEY DEL SUELO.

La Ley de 12 de mayo de 1956 afrontó por primera vez en España la resolución de los graves problemas planteados en la utilización y explotación de la propiedad urbana. Tratando de lograr la «óptima utilización del suelo con fines urbanísticos», dicha Ley limita las facultades dispositivas de los propietarios en orden a la parcelación y reparcelación del suelo urbano, introduciendo el concepto de «unidad parcelable» regulado por el artículo 80 y dando una definición de solar que constituye otro ejemplo de finca funcional (47).

VI.—DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO REGISTRAL DE FINCA

La autonomía ya señalada del concepto registral de finca se destaca también por los hipotecaristas. Para ROCA SASTRE (48) es finca, según el Registro, todo lo que abre folio registral propio, y aunque la Ley no se ha preocupado de precisar el concepto tratándose de finca normal, sí lo ha hecho tratándose de las fincas anormales o especiales, dejando aquel cometido a la doctrina; por otra parte, la Ley Hipotecaria ya supone formados los conceptos fundamentales por el Derecho civil, y del mismo modo que no suministra el concepto de persona o de negocio jurídico, tampoco proporciona el concepto de finca en sentido registral.

(47) Sobre la parcela urbanística mínima, FUENTES SANCHÍZ, *En torno al Urbanismo, Política del Suelo y Registro de la Propiedad*, en RCDI, 36 (1963), páginas 494 ss. Sobre el concepto de solar, ampliamente MARTÍN BLANCO, op. cit., página 61. Para los aspectos registrales, ROCA SASTRE, *Suplemento cit.*, pp. 195 y siguientes.

(48) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., II, pp. 61 s.

Apreciación esta última que no deja de ser objetable, pues si la finca es el eje de la institución registral no parece hubiera sobrado una precisa definición que señalara con claridad el campo de la especialidad hipotecaria. SANZ FERNÁNDEZ (49) llega, incluso, a acuñar una expresión nueva para designar a la finca registral, formulando el concepto de entidad hipotecaria, que es más amplio que aquélla, pues comprende no sólo las fincas propiamente dichas, sino todos los entes físicos o jurídicos referidos a las mismas que conforme a la Ley o al Reglamento pueden abrir el Registro particular a que se refiere el artículo 243 de la Ley. Para LACRUZ (50) debe subrayarse el carácter esencialmente relativo y mutable de finca registral; para el Registro la finca no es siempre una parte limitada y concreta de la superficie terrestre; a veces, una finca registral carece en cierto modo de entidad de superficie por hallarse superpuesta a otras; o bien la localización geográfica es un mero concepto de relación y no abarca toda la sustancia del objeto inmatriculado (concesión administrativa); en todo caso, la condición de «finca en sentido material» no determina automáticamente la inmatriculación de un trozo de terreno como finca autónoma. Coincidiendo sustancialmente con otros autores, dice que «es finca todo lo que abre folio en el Registro», y aunque el legislador hubiera podido optar por un sistema en que el Registro fuera determinante de la realidad de las fincas, no lo ha hecho así y entre nosotros las fincas ingresan en el Registro sobre la base de sus antecedentes históricos, pueden continuar su historia material con independencia de la registral, y es en su condición material como funcionan en el tráfico. En parecidos términos se expresa Cossío: «Es finca en sentido hipotecario toda entidad física o jurídica a la que se puede abrir un registro particular» (51).

En la jurisprudencia hipotecaria encontramos las declaraciones siguientes:

En un recurso relativo a la inscripción de una servidumbre, la Resolución de 30 de septiembre de 1922 dijo: «Los principios

(49) . SANZ FERNÁNDEZ, op. cit., II, p. 219.

(50) LACRUZ, op. cit., pp. 86 s.

(51) Cossío, op. cit., p. 73.

fundamentales del Registro de la Propiedad se refieren directamente a trozos deslindados y comprenden, dentro de la finca determinada en forma hipotecaria, tanto las partes naturales del suelo como los cuerpos orgánica y mecánicamente unidos al mismo, mientras constituyan una parte integrante del inmueble; y, en su virtud, la discusión entablada en este recurso respecto a si la servidumbre recae sobre un solar o sobre un edificio, ha de resolverse en el sentido de que el predio sirviente es una entidad hipotecaria con todo lo que se la haya incorporado o se estime legalmente comprendido dentro de ella».

Más interesante, por razón del objeto, es el caso resuelto por la Resolución de 4 de noviembre de 1925, referido a la posibilidad de inscribir como finca autónoma dos habitaciones segregadas de un edificio, si bien se resiente la doctrina de la Dirección de las orientaciones entonces vigentes sobre la propiedad horizontal. En ella se declaró: «En nuestro sistema hipotecario, basado en superficies deslindadas, el edificio independiente que responde a un concepto tradicional, está destinado a un uso perpetuo y se ajusta a un plan arquitectónico o a un rudimentario proyecto, viene a formar con su solar un todo único en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas, que se prestan tan poco a ser objeto de una propiedad aislada, como los materiales empleados en la construcción, las ruedas de un reloj en marcha o los órganos de un animal vivo, y esto no por capricho del legislador o por exagerada orientación doctrinal, sino porque desde el momento en que las partes integrantes de un objeto se presentan como necesarias para la existencia del todo y son, más que cosas independientes, verdaderos trozos que se encuentran en recíproca dependencia corporal, carecen de las condiciones presupuestas o exigidas por el mismo carácter absorbente e ilimitado del derecho de dominio, tal y como aparece reflejado en nuestras leyes civiles». Interesa también destacar de esta resolución el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la individualización de inmuebles, si bien con carácter limitado, pues se alude a «la preferente atención que ha de merecer la voluntad de los solicitantes cuando las circunstancias físicas del inmueble no contradigan la inscripción por separado».

Según la Resolución de 2 de enero de 1928, «la palabra finca aparece empleada en la Ley Hipotecaria y su Reglamento unas veces con referencia a la superficie deslindada y encerrada en un solo perimetro y otras como entidad hipotecaria compleja que comprende varias parcelas o diversidad de elementos económicos».

En la jurisprudencia civil encontramos declaraciones del siguiente tenor:

«La finca está determinada por su naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marcan sus linderos». (S. de 12 de marzo de 1948.)

«En el concepto de finca hipotecaria normal, la línea poligonal es lo esencial y lo demás accesorio». (S. de 10 de diciembre de 1960.)

VII.—CLASES DE FINCAS REGISTRALES

La doctrina (52) distingue entre fincas normales, continuas u ordinarias, y fincas anormales, discontinuas o especiales.

La Ley Hipotecaria no define, como sabemos, el concepto de finca registral normal. En la doctrina se está de acuerdo en definirla (53) como «un trozo de terreno o de espacio físico, edificado o no, debidamente delimitado y perteneciente a una o varias personas pro-indiviso».

Al ser la finca registral un puro concepto formal, los autores definen las fincas especiales de una manera negativa. Así LACRUZ (54) dice que son aquellas entidades inmobiliarias que no consisten en un simple polígono de la superficie terrestre y que, sin embargo, abren folio registral. Es de notar que en nuestro Derecho, a partir de la última reforma, se observa una tendencia restrictiva encaminada a otorgar la consideración de finca registral casi exclusivamente a las entidades físicas, y no a los derechos.

(52) SANZ FERNÁNDEZ, op. y vol. cit., pp. 219 ss.; ROCA SASTRE, op. y vol. cit., páginas 62 y ss.; COSSÍO, op. cit., pp. 72 ss.

(53) Así, por ej., ROCA SASTRE, op. y vol. cit., p. 63.

(54) LACRUZ, op. cit., pp. 105 ss.

1. LA FINCA REGISTRAL NORMAL.

A la vista del artículo 334 C. c. cabe afirmar que sólo pueden constituir finca normal los inmuebles por naturaleza; los demás carecen de suficiente entidad registral para que pueda abrirseles una hoja especial; los derechos reales limitados se inscriben en la hoja correspondiente a la finca sobre la que recaen; las concesiones administrativas son fincas especiales.

La finca ha de ser objeto de propiedad privada; no se concibe la inmatriculación de fincas vacantes, y en caso de renuncia que conste en instrumento público, aquella situación resultará por modo indirecto (55). Por no ser de propiedad privada, el artículo 5.º R. H. exceptúa de la inscripción «los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio», así como «los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial», y, por último, «los templos destinados al culto católico»; la última clase de bienes se excluyen de la inscripción por su cualidad de *res sacra*.

Según el artículo 4.º del Reglamento es indiferente la persona individual o jurídica a que pertenezcan los inmuebles susceptibles de inscripción, siempre que—como acabamos de ver—sean objeto de propiedad privada; así se enumeran los del Estado, la Provincia, el Municipio y las entidades civiles o eclesiásticas; obviamente—aunque no se diga expresamente—los de particulares. Los artículos 17 y siguientes del Reglamento Hipotecario contemplan diversos supuestos de inscripción de bienes del Estado, Provincia y Municipio, en cuyo examen no es posible entrar aquí; respecto a los bienes del Estado, dichos preceptos deberán ponerse ahora en relación con los artículos 42 y concordantes de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964. El artículo 11 R. H. trata de la inscripción de inmuebles pertenecientes a las Capellanías colativas extinguidas, y el artículo 19 se refiere a la de

(55) GARCÍA CANTERO, *La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado*, en «Rev. de Administración Pública» (1965), núm. 47, p. 61.

los bienes pertenecientes a la Iglesia o a las entidades eclesiásticas, o a los que se les devuelvan y deban quedar en su poder amortizados.

El artículo 30 R.H., después de la reforma de 17 de marzo de 1959, contiene la novedad de recoger expresamente la inscripción de los títulos de concentración parcelaria, cuyo régimen legal se regula ahora por el artículo 70 del texto refundido de 8 de noviembre de 1962; de esta forma, las fincas de reemplazo—que como antes indiqué pueden calificarse de fincas funcionales—tienen acceso directo al Registro mediante un procedimiento especial. En cierto sentido pueden considerarse fincas nuevas, sin conexión con aquéllas a las que sustituyen, pues, en principio «serán inscritas sin hacerse referencia... a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican» (56). En cuanto al régimen de la propiedad concentrada se introduce el principio de la inscripción obligatoria para los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales limitados constituidos sobre las mismas; se establece la plena coordinación entre el Catastro y el Registro, de suerte que para poder inscribir los documentos debe acompañarse la cédula parcelaria catastral correspondiente y el plano de la finca (cfr. arts. 71, 72 y 75 del texto refundido de Concentración parcelaria).

El mismo artículo 30 del R.H. permite inscribir las concesiones de fincas o derechos reales otorgados por la Administración para colonización u otros fines análogos de carácter social. Considero que esta norma es directamente aplicable a los títulos constitutivos del patrimonio familiar, cuya finalidad social es innegable; acaso por esta vía pudiera sostenerse el carácter de finca registral asumido por el patrimonio familiar, y que sería

(56) No parece pueda hablarse aquí de tracto sucesivo. Como escribe Roca SASTRE, *Suplemento*, cit., p. 30: «La concentración parcelaria... no constituye propiamente una agrupación registral de fincas en sentido técnico, pues las nuevas fincas resultantes del proceso de concentración ingresan en el Registro de la Propiedad como si fuesen objeto de inmatriculación registral, abriéndoseles en consecuencia nueva hoja en el Registro, prescindiendo de si anteriormente figuraban o no inscritas, de suerte que en las nuevas inscripciones que se practiquen debe omitirse toda referencia a la hoja registral que antes, acaso, tuviesen abierta las fincas de procedencia integrantes de la nueva finca.» Pero ahora hay que tener en cuenta las excepciones del artículo 23, conforme al artículo 70 del texto vigente.

no ya especial, sino normal cuando consistiera en una parcela bien delimitada de la superficie terrestre (patrimonio en coto redondo o en una única parcela), y que sería la finca especial del artículo 8.º número 2.º L.H., en el caso de estar constituido por una pluralidad de parcelas (57).

En cambio, el derecho de superficie no abre folio registral (58), sino que se hace constar en la inscripción de la finca sobre la que se ha constituido; aún en el supuesto de que se haya pactado que lo construido revierta no al dueño, sino al superficiario, al expirar el plazo convenido, parece que tampoco se abre nuevo folio.

2. FINCAS ESPECIALES.

Se incluyen aquí

A) *Las fincas discontinuas.*

Según Cossío (59) se hallan constituidas por una pluralidad de unidades físicas independientes, no contiguas entre sí, pero que se encuentran vinculadas reciprocamente por una relación de dependencia física o jurídica. Entre las fincas discontinuas se mencionan los supuestos regulados por los números 1.º y 2.º del artículo 8.º de la Ley

a) El territorio, término redondo o lugar de cada foral en Galicia o Asturias, siempre que reconozcan un solo dueño directo o varios pro-indiviso, aunque esté dividido en suertes o porciones, dadas en dominio útil o foro a diferentes colonos si su conjunto se halla comprendido dentro de los linderos de dicho término. Esta norma, de escasa importancia práctica, implica—según Cossío (60)—más que sustantivación de un derecho real un medio de resolver el problema planteado cuando el objeto físico del dominio comprende una serie de fincas diferenciadas, objeto a su vez de varios dominios útiles.

(57) Esta posibilidad no la contemplan LUNA SERRANO ni ROCA SASTRE.

(58) Así últimamente ROCA SASTRE, *Suplemento*, cit., p. 69.

(59) Cossío, op. cit., p. 74.

(60) Cossío, op. cit., p. 75.

b) Toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí.

Se inspira este precepto en el concepto moderno de explotación o empresa, y reviste un especial significado para el Derecho agrario, dando mayor importancia al destino económico que a la configuración física, y permite acoger en el Registro a la noción de finca funcional como antes se ha indicado. Bajo esta perspectiva parecen excesivas las críticas que se han dirigido a esta norma (61).

Estas fincas discontinuas podrán crearse, bien directamente al llevar a efecto la inmatriculación, bien mediante nueva inscripción de fincas anteriormente inmatriculadas como independientes. El artículo 44 R. H. desarrolla dicho precepto legal. Su número 2.º enumera *ad exemplum* una serie de variedades regionales de este tipo de propiedades que forman un cuerpo de bienes unidos con uno o más edificios, aún no colindantes, siempre que haya unidad orgánica de explotación o una relación de subordinación con el edificio. En el número 3.º se refiere a las explotaciones agrícolas que formen una unidad orgánica de explotación con nombre propio y una organización económica que no sea la puramente individual, y ello, naturalmente, aunque estén constituidas por predios no colindantes y carezcan de casa de labor. Las explotaciones industriales están contempladas en el número 4.º, permitiéndose su inscripción como una sola finca no sólo en el supuesto de estar situada dentro de un perímetro, sino bastando que forme un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí.

La exigencia legal de una unidad orgánica entre los diversos bienes que la componen trata de impedir que se inmatriculen en un solo folio varias fincas por el mero hecho de pertenecer al mismo propietario.

(61) Así SANZ FERNÁNDEZ, op. y vol. cit., p. 228, la califica de «excepción anómala dentro de nuestro sistema general de organización del Registro», lo que, sin embargo, no le impide reconocer su trascendencia práctica a efectos del crédito hipotecario.

B) *La propiedad horizontal.*

Después de la reforma de la propiedad horizontal, llevada a cabo por la Ley de 21 de julio de 1960, parece puede sostenerse que el número 3.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria contiene un supuesto de finca hipotecaria normal, referido a inmuebles urbanos, tanto si pertenecen a un solo propietario como si su titular es una comunidad de tipo romano, mientras que en los números 3.º y 4.º se contemplan supuestos de fincas especiales (62).

El número 4.º se refiere a «los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida, o por lo menos comenzada». La inscripción debe contener la descripción del edificio en su conjunto y los diferentes pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignándoles un número y la cuota de participación en el inmueble, haciendo constar también los pisos meramente proyectados. La inscripción se hace a favor del dueño constituyente del régimen de propiedad horizontal o de los titulares de los pisos o locales. De suyo, la finca urbana inscrita en régimen de propiedad horizontal es una finca registral normal, aunque contiene la especialidad de servir de base, con carácter facultativo, a la inscripción de cada uno de los pisos o locales como fincas independientes, viniendo a ser así una inscripción principal o matriz.

Conforme al número 5.º pueden inscribirse como fincas independientes «los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen». Como dice BATLLE (63), se trata de una inscripción facultativa. La especialidad de la finca estriba en carecer de superficie propia, al hallarse superpuesta a otras; encuentra su razón de ser en facilitar el tráfico de fincas urbanas.

(62) En general, BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*⁴ (Alcoy 1960), páginas 181 ss.

(63) BATLLE, op. cit., p. 184.

(64) LACRUZ, op. cit., p. 106.

C) *El agua.*

Dice LACRUZ (64) que la inmatriculación autónoma se justifica en este caso por ser el agua, a la vez, una cosa fija—pues como fuerza o elemento se mantiene utilizable en su mismo sitio—, y un elemento separable de la superficie por donde discurre, objeto de tráfico independiente y de utilización diversa; la apertura de hoja especial no es una exigencia lógica absoluta de nuestro sistema inmobiliario, pero sí una medida muy conveniente que permite aislar todos los datos relativos al tráfico jurídico de las aguas.

Las aguas de dominio privado, que según el artículo 334-8.º Código civil, tienen la consideración de inmuebles, podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquélla que ocuparen o en que nacieren. La existencia del agua puede hacerse constar en la inscripción de la finca de que forma parte como una cualidad de la misma (art. 71 R.H.). También pueden inscribirse como finca independiente los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos mediante concesión administrativa (art. 69 R.H.), o por prescripción adquisitiva (art. 69 R.H.), en cuyo caso deberá utilizarse el acta notarial, conforme al artículo 70 del propio Reglamento (65).

D) *Concesiones administrativas.*

Conforme al artículo 44 número 6.º R.H., pueden inscribirse «las concesiones administrativas, excepto cuando sean accesorias de otras fincas o concesiones»; la inscripción se efectúa mediante la escritura pública o el título de la concesión (art. 31 R.H.). En todos estos casos, dice Cossío (66), el derecho real se sustantiva, viniendo a constituir una finca hipotecaria abstracta que comprende una serie de elementos materiales y jurídicos, todos los cuales aparecen fundidos en la idea de su destino común.

(65) En general, sobre los requisitos de estas inscripciones, ROCA SASTRE, op. cit., II, pp. 129 ss.

(66) Cossío, op. cit., p. 79.

LACRUZ (67) subraya por su parte que lo que se inmatricula en el Registro no es una porción de terreno o unos elementos materiales, sino la propia concesión, es decir, un derecho subjetivo, individual y absoluto de tipo patrimonial, adquirido mediante determinación de la autoridad. ROCA SASTRE (68) considera de rigurosidad lógica la virtualidad inmatriculadora de la concesión administrativa, ya que ésta crea o hace nacer una propiedad privada anteriormente inexistente como tal, pues sólo existía un dominio público, una *res extracommercium*, no susceptible de tráfico jurídico; observa también que la concesión no implica transferencia de derecho real, sino simple constitución *ex novo* o adquisición originaria de propiedad. Lo discutible de esta última opinión es la calificación de propiedad privada para el derecho derivado de la concesión, pareciendo más acertado catalogarlo, como LACRUZ, de derecho subjetivo de tipo patrimonial.

Sin poder entrar aquí en el detalle de la reglamentación de cada supuesto, baste decir que el R. H. prevé los casos siguientes: concesiones de ferrocarriles (arts. 60 ss.); concesiones mineras (arts. 67 y 68); explotaciones industriales destinadas a producción o distribución de energía eléctrica (art. 72) (69).

GABRIEL GARCÍA CANTERO.

P. Ayudante de Derecho Civil.
Juez de Primera Instancia.

(67) LACRUZ, op. cit., p. 107, citando a Fleiner.

(68) ROCA SASTRE, op. cit., III, p. 290.

(69) Sobre estas inscripciones, en general, ROCA SASTRE, op. cit., III, pp. 291 ss.

Eficacia del contrato preliminar de arbitraje

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. — Capítulo I: CUESTIONES PREVIAS: A) *Concepto y naturaleza*; B) *Conexiones entre el contrato o relación jurídica material y el contrato preliminar de arbitraje*; C) *Condiciones de validez*: a) Capacidad; b) Objeto; c) Forma. D) INTERPRETACIÓN. — Capítulo II: EFECTOS POSITIVOS: A) *Consideración previa de los efectos de la sumisión de las partes a los Tribunales ordinarios*; B) *Formalización del compromiso*: a) Voluntaria; b) Judicial: 1) Procedimiento; 2) Plazo para solicitar la formalización; 3) ¿Es necesario el otorgamiento de escritura pública?; 4) Medios de impugnación. — Capítulo III: EFECTOS NEGATIVOS: EXCLUSIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS: A) *Naturaleza de la excepción fundada en un pacto compromisorio*; B) *Virtualidad del contrato preliminar de arbitraje para excluir a los Tribunales ordinarios*: a) Doctrinas al respecto; b) Examen de la cuestión en la Ley española de 1953: 1) Tesis que considera que la demanda ante los Jueces ordinarios priva de eficacia al contrato preliminar; 2) Solución propuesta por CARRERAS; 3) Interpretación del Tribunal Supremo; 4) Constitución «a posteriori» de la excepción de compromiso pendiente de formalización.

INTRODUCCION

La finalidad de este estudio es la de analizar la figura del contrato preliminar de arbitraje regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1953. Como se dice en la Exposición de Motivos de dicha Ley, la regulación que en la misma se hace de la cláusula compromisoria presenta en el Derecho positivo caracteres de rigurosa novedad. En efecto, si bien tal figura había tenido importancia en la práctica, carecía hasta la promulgación de la Ley de 1953 de un cuerpo de disposiciones legales que sirvieran de guía al intérprete. «Pero, sobre todo, la trascendencia—continúa diciéndose textualmente en la Exposición de Motivos—de la Ley en este sentido es el establecimiento en los artículos 9.º, 10 y 11, especialmente en el artículo 10, del otorgamiento a este contrato preliminar de una eficacia positiva y específica que consiste en poder obtener del Juez las consecuencias del contrato, aunque

alguna de las partes se niegue a formalizarlo». A través de este mecanismo, que la misma Ley llama de «formalización judicial del compromiso», se trata de superar el obstáculo que suponía la consideración de que «por tratarse de declaraciones de voluntad, esto es, de un hacer infungible, el Juez no puede ejecutarlas específicamente en caso de incumplimiento del obligado» (1). Como diría uno de los autores que primero estudió las innovaciones introducidas por la Ley de 1953, el cumplimiento del pacto compromisorio por el procedimiento que señala el artículo 10 «abre un horizonte nuevo en un punto donde la ciencia jurídica se hallaba estancada» (2).

La Ley de 1953, como toda obra humana, presenta sus imperfecciones, sus puntos oscuros. Este estudio dedicará especial atención a uno de los que rápidamente denunció la doctrina científica. Se trata de la eficacia que pueda tener el contrato preliminar por sí solo para impedir que los Tribunales ordinarios conozcan de las materias sometidas en el mismo a arbitraje. La Ley se limita a decir que «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral» (art. 19) y que «formalizado el contrato o pendiente de formalización judicial, el compromiso surtirá todos los efectos que le están atribuidos por esta Ley» (art. 11). Pero en ella no se dice si el contrato preliminar, cuando no está formalizado, ni pendiente de formalización, tiene fuerza para provocar la exclusión de los Tribunales ordinarios.

En las líneas anteriores se han expuesto sucintamente los dos puntos que van a ser objeto de análisis en este estudio. El primero se refiere a lo que se ha llamado por algún autor efectos positivos del contrato preliminar (3), consistiendo tales efectos en el desarrollo y realización de lo que en esencia contiene, esto es, en la instauración del arbitraje, ya sea a través de la formaliza-

(1) Exposición de Motivos de la Ley de 22 de diciembre de 1953.

(2) Díez PICAZO, *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*. «Anuario de Derecho civil», VII, fasc. IV, 1954, p. 1.173.

(3) En la Exposición de Motivos ya se habla del otorgamiento al contrato preliminar de eficacia positiva. La doctrina también emplea esta terminología, así CARRERAS se refiere a los efectos positivos de los convenios compromisorios (*Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje*. «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 2. Barcelona, enero-junio 1954, páginas 112 y 113).

ción voluntaria o de la judicial. El segundo apunta a algo que, siendo de una gran trascendencia, aparece como una simple consecuencia del primero; en efecto, lo querido en el contrato preliminar es, fundamentalmente, la sumisión a árbitros de las controversias que puedan surgir, y la exclusión de los Tribunales ordinarios, si es que se produce, aparece como consecuencia de aquel querer, como derivado del mismo, como efecto reflejo. Se ha hablado en este sentido del efecto negativo del contrato preliminar (4).

Señalados ya los objetivos fundamentales de este estudio, sólo queda poner de manifiesto que la realización del mismo exige un análisis casi completo del contrato preliminar de arbitraje, ya que solamente así podrán ser analizados los problemas indicados con todo el rigor necesario.

No se limita este estudio al análisis de la reglamentación que la Ley de 1953 hace del contrato preliminar de arbitraje, pues, teniendo ya tal Ley casi quince años completos de vigencia y existiendo al respecto una jurisprudencia no despreciable, era necesario, como se ha hecho, tenerla muy en cuenta para conseguir una visión más completa y viva de los problemas estudiados.

CAPÍTULO I

CUESTIONES PREVIAS

A) CONCEPTO Y NATURALEZA.

La cláusula compromisoria, que la Ley de 22 de diciembre de 1953 llama «contrato preliminar de arbitraje», siendo esta denominación más precisa, ya que no es de esencia de la institución ser una cláusula contractual (5), es—según la Exposición de Motivos de la Ley—«figura distinta y más sencilla que el compromiso y, por lo tanto, con requisitos menos rigurosos para su estipulación». Para fijar el concepto de la cláusula compromisoria es necesario determinar hasta qué punto son ciertas las afirmacio-

(4) CARRERAS (Jorge), *Estudio comparativo*, cit., pp 109 y ss.

(5) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.156.

nes anteriores y, especialmente, la que pone de manifiesto que la cláusula es «figura distinta» del compromiso. Ello implica el examen de la naturaleza jurídica de ambas figuras y, particularmente, el de la naturaleza de la cláusula compromisoria (6).

Ha sido frecuente la calificación de la cláusula compromisoria como una especie de los llamados contratos preparatorios, precontratos o promesas de contrato; llegando a afirmarse que no existía duda en cuanto a su calificación concreta, ya que la discusión «se centra en la elaboración del precontrato como concepto de la ciencia jurídica y en el deslinde de su ámbito y eficacia» (7). Sin embargo, la calificación de la cláusula compromisoria como un precontrato no es admitida con unanimidad por la doctrina, pues se ha estimado que «tales pactos están fuera del área del contrato preliminar al no ser preciso que contengan los datos sustanciales del compromiso posterior» (8).

Profundizando en el problema, se descubre que gran parte de la doctrina patria configura al contrato preliminar de arbitraje como un precontrato. Dentro de esta tendencia general pueden distinguirse dos orientaciones distintas, una, la que puede cali-

(6) En este estudio se emplearán para designar a la figura jurídica objeto del mismo los siguientes términos: contrato preliminar de arbitraje, el más adecuado que presenta, además, la ventaja de ser el término legal, cláusula compromisoria y pacto compromisorio.

(7) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.157.

(8) ROCA JUAN, *Pacto compromisorio* (Notas a los artículos 6 a 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1953). «Anales de la Universidad de Murcia. Derecho». Vol. XV, curso 1956-1957, p. 192. También fuera de España se ha negado el carácter de precontrato a la cláusula compromisoria (AYLWIN AZOCAR, Patricio, *El juicio arbitral*. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 1953, pp. 324 y siguientes). En la doctrina italiana se distingue entre cláusula compromisoria y contrato preliminar de compromiso. A la primera se le atribuye la misma naturaleza que al compromiso, del que se la diferencia por referirse a todos los litigios que puedan nacer de un contrato y no a una controversia ya nacida y determinada; por el contrario, «il contratto preliminare di compromesso» es un contrato por el cual las partes se obligan a estipular un compromiso. (NOBILI, Raffaele, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*. Padova. Cedam. 1957, p. 75, nota 22.)

SCHIZZEROTTO, refiriéndose al concepto contenido en el artículo 808 del «Codice di Procedura Civile», pone de manifiesto que con la cláusula compromisoria las partes no se obligan a estipular un compromiso, sino a confiar el conocimiento de las controversias a los árbitros. Habiéndose dictado una disciplina común para el compromiso y la cláusula compromisoria, ésta no se diferencia de aquél más que por el hecho de referirse a un número incierto y eventual de controversias. (*Dell'arbitrato*. Milano. Giuffrè, 1958, p. 61.) Fiel reflejo de esta tendencia que identifica la naturaleza del compromiso y de la cláusula es el trabajo de REDENTI, *Compromesso (Diritto processuale civile)*. «Novissimo Digesto italiano». Vol. III Torino. Utet. 1959. pp. 786 a 809.

ficarse de tradicional, considera que la naturaleza de «la cláusula compromisoria es la del precontrato, contrato anterior a otro (compromiso): un contrato que se concluye “actualmente” y que vincula a las partes a la cooperación y conclusión de un contrato “futuro”; por lo que han de estipularse las líneas generales y de principio de este futuro contrato» (9).

Otra orientación es la mantenida por Díez PICAZO, el cual, siguiendo las doctrinas sobre el precontrato del profesor DE CASTRO (10), afirma que la Ley española de Arbitraje parece haberse desviado de la tesis clásica del precontrato. Justificando tal aserto, señala que la Ley «evita cuidadosamente la afirmación de que el pacto compromisorio produzca la obligación de celebrar un contrato de compromiso, limitándose a decir que las partes se obligan a instituir el arbitraje (art. 6), y a realizar los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto (art. 9)» (11). Continúa afirmando que no es lo mismo decir que las partes se obligan a celebrar un contrato de compromiso, que afirmar que se obligan a instituir un arbitraje realizando los actos necesarios para ello, pues el arbitraje no es un contrato, sino una institución de solución privada de un conflicto de intereses; mientras que el compromiso es el contrato creador de este arbitraje. Además, si contrato es el negocio bilateral creador de una relación jurídica, con rigor técnico no puede hablarse de contrato en el momento de la institución del arbitraje, «porque la relación está creada ya y lo único que cabe hacer es desarrollarla, darle su curso normal, realizando los actos necesarios para que se pueda efectuar el tránsito de una fase a otra de la relación, del momento prearbitral al arbitraje definitivo. Es menester insistir en que este tránsito se verifica mediante la realización de unos

(9) VALCARCE, *El arbitraje privado* (Ley de 23-XII-1953). Separata de la «Revista de Derecho Procesal». Madrid 1954, p. 18. En este mismo sentido FERNÁNDEZ DE SORIA, Fernando, *El arbitraje en Derecho privado* (Comentario a la Ley de 22 de diciembre de 1953). «Revista de Derecho Procesal», año XI, número 3, 1955, p. 417. También el Tribunal Supremo parece seguir a veces esta orientación; así, en la sentencia de 31 de mayo de 1958 se afirma que la cláusula compromisoria «no tiene más alcance que el de vincular jurídicamente a éstas (las partes) a la conclusión futura del compromiso».

(10) DE CASTRO y BRAVO, F: Ver al respecto *La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio* «Anuario de Derecho civil», III. fasc. IV, 1950, páginas 1.133 a 1.186.

(11) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.160.

“actos” que en ningún caso pueden constituir un segundo contrato» (12).

Además de estas doctrinas que califican al contrato preliminar de arbitraje como un precontrato, también se ha tratado de darle una configuración distinta; así, ROCA JUAN ha señalado que tal contrato, que él llama «pacto compromisorio» (13), no es un contrato preliminar, ya que no es preciso que contenga los datos sustanciales del compromiso posterior, sin perjuicio de lo cual se le asigna «la eficacia creadora de una situación jurídica interina que puede convertirse por voluntad de las partes, o de una sola de ellas, en una situación definitiva. Así, el arbitraje (institución de solución privada), se constituye de dos maneras: directamente, mediante el compromiso, e indirectamente, mediante el pacto compromisorio que coloca a las partes en la posibilidad de constituirlo mediante el proceso de formalización a que la Ley alude» (14). Por consiguiente, aunque no es necesario que el pacto compromisorio contenga los datos sustanciales del compromiso, sin embargo, de él «nace una situación intermedia que constituye el presupuesto para que cualquiera de las partes logre estatuir la situación definitiva de arbitraje mediante el proceso de formalización» (15).

La teoría de ROCA JUAN da una explicación al fenómeno del contrato preliminar de arbitraje, explicación que es aceptable, ya que

(12) DÍEZ PICAZO, loc. cit., p. 1.160. En este mismo sentido, OGAYAR Y AYLLON, Tomás, *Originación contractual y testamentaria del arbitraje*. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (discurso leído por el autor en su recepción como académico de número el día 10 de diciembre de 1955), núm. 41, pp. 18 y ss.

(13) ROCA JUAN habla de la tendencia a alejar el compromiso de la noción de contrato, acercándolo a la de simple negocio bilateral del que se derivan situaciones jurídicas frente al proceso, centrándolo en la idea de pacto como manera de hacer la paz (loc. cit., p. 196).

(14) ROCA JUAN, loc. cit., pp. 192 y 193.

(15) ROCA JUAN, loc. cit., p. 193. El profesor ROCA JUAN, en su estudio, ha tenido en cuenta conceptos como los de negocio genético, situación y posición jurídicas. Recoge el concepto de FERRARA de «situación jurídica», entendiendo por tal todo «estadio del hecho jurídico en desarrollo», refiriéndose, por tanto, a hechos jurídicos que tienen una formación sucesiva y se desenvuelven gradualmente hasta completar su total estado, aunque a cada paso de su realización el hecho produce particulares efectos. (Loc. cit., p. 184.) Vid., también, FERRARA, F., *Teoria del Diritto e metafisica del Diritto*. (A propósito di una recente pubblicazione), en «Scritti Giuridici». Vol. III. Milano, Giuffrè, 1954, páginas 471 y ss.

tiene muy en cuenta la característica esencial de esta figura jurídica: su formación sucesiva. Por ello, en el fondo, su tesis, a pesar de alguna de sus afirmaciones, no difiere esencialmente de la que configura al contrato preliminar de arbitraje como un precontrato, entendiendo éste como un solo contrato que se desarrolla en dos fases, sin que el paso de la primera a la segunda requiera la celebración de un nuevo contrato. La teoría del precontrato en el último sentido apuntado parece ser la más congruente con la reglamentación de la Ley de 1953, ya que el artículo 6.º dice que mediante el contrato preliminar las partes preparan el arbitraje «comprometiéndose previamente... a instituirlo en su día»; es como si dijera que las partes aceptan un proyecto de contrato comprometiéndose a darle eficacia en el momento que lo exija una de ellas (16).

En algunos artículos de la Ley parece indicarse que el paso del contrato preliminar al arbitraje se realiza mediante un contrato, el compromiso, así en los artículos 9, 10 y 11 se habla en varias ocasiones de formalización judicial del compromiso. No obstante, con ello la Ley no quiere indicar que el tránsito del contrato preliminar al arbitraje se realice mediante un nuevo contrato; por el contrario, la formalización, bien sea voluntaria, bien sea forzosa, parece concebirse como la segunda etapa de un *iter negocial* cuya primera fase se centra en la celebración del contrato preliminar de arbitraje. La formalización es la etapa final del *iter negocial* y está integrada por la realización de los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto; actos que la Ley no concibe como celebración de un nuevo contrato, sino como cumplimiento de una obligación derivada del contrato preliminar de arbitraje (art. 9-1.º) (17). Este planteamiento permite introducir la novedad de la formalización judicial del compromiso, pues no tratándose de celebrar un nuevo contrato, sino de cumplir una obligación anterior, debe admitirse la ejecución forzosa, salvo que

(16) DE CASTRO define el precontrato o promesa de contrato como el convenio «por el que las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente) o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado». (Loc. cit., p. 1.170.)

(17) Sobre el significado de lo que la Ley llama formalización del compromiso, vid., *infra*, pp. 23 y ss.

se dé el supuesto de que el resultado perseguido no se pueda obtener sin la colaboración de la otra parte (18).

No implicando la formalización la celebración de un nuevo contrato, ¿qué sentido puede tener que la Ley hable de formalización del compromiso? La respuesta a esta pregunta contesta también a la cuestión, que se planteaba al principio, sobre la verdad o no de aquellas afirmaciones de la Exposición de Motivos, en las que se dice que el contrato preliminar es figura distinta del compromiso. Tales afirmaciones no encuentran confirmación en la Ley; por el contrario, más bien parece que el contrato preliminar de arbitraje se concibe como un compromiso desarrollado en diversas etapas, de manera que, matemáticamente, podría decirse que contrato preliminar más formalización es igual a compromiso. De aquí resulta que la única diferencia se encuentra en la distinta génesis que en un caso y otro tiene el compromiso, afecta a la formación, al desarrollo; pero no a la esencia de la institución.

La finalidad del contrato preliminar y del compromiso es la misma: constituir el arbitraje; lo único que varía es el *iter* a través del cual se cumple tal finalidad; por el compromiso se constituye de manera inmediata el arbitraje, por el contrato preliminar de manera mediata (19). Estas dos distintas maneras de constituir el arbitraje corresponden a supuestos de hecho distintos, ya que, si bien es verdad que el contrato preliminar puede celebrarse aun cuando la controversia haya ya surgido y esté determinada, lo cierto es que su razón de ser se encuentra en la imposibilidad de las partes, que se hallan inmersas en una relación y prevén la posibilidad de que entre ellas surja alguna controversia, de determinar de modo concreto tal controversia. Por ello, queriendo susstraerse a la vía judicial, se obligan recíprocamente a instituir el arbitraje cuando el litigio haya surgido.

Puede decirse que en el contrato preliminar se crea toda la re-

(18) OGAYAR Y AYLON, ob. cit., p. 26 El contrato preliminar de arbitraje podría incluirse—en este sentido—dentro del supuesto a que se refiere PUIG BRUTAU cuando, precisando el concepto de precontrato, dice que puede tratarse de «un contrato o acuerdo firmemente vinculante que igualmente ofrezca lagunas en su contenido, pero que puedan ser subsanadas sin necesidad de una activa cooperación de las partes». (*Fundamentos de Derecho civil*. T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1956, p. 15.)

(19) Ya se han señalado las afirmaciones de ROCA JUAN en este sentido. Vid. supra, p. 6.

lación arbitral (20), ya que por él las partes quedan obligadas al arbitraje. Lo único que sucede es que el arbitraje previsto está dependiendo de que surja una controversia, no siendo posible instituirlo hasta tal momento, ya que anteriormente no se podría determinar el problema concreto que debía someterse a los árbitros. Si la determinación concreta del objeto puede hacerse en el supuesto de compromiso en el momento de celebrarlo, no sucede lo mismo cuando al arbitraje se llega a través del contrato preliminar; pues el momento previo, de preparación, que encarna el contrato preliminar, sólo permite una determinación genérica, la cual, si se realiza el *iter negocial* subsiguiente, llegará a concretarse, perfeccionándose entonces la relación arbitral mediante el cumplimiento de los requisitos que permitirán establecer el arbitraje previsto. En la etapa previa se encuentran determinados todos los elementos sustanciales, de manera que en la posterior sólo se requiere una concreción de los mismos: se ha establecido el sometimiento a árbitros, pero la determinación de las personas concretas que han de desempeñar la función se hará, normalmente, en la segunda etapa; lo mismo sucede con la controversia, se ha previsto la sumisión de todas las que puedan surgir, pero sólo será sometida la que efectivamente surja.

Esta concreción de los elementos, que en el contrato preliminar aparecen sólo genéricamente determinados, se realiza a través de lo que la Ley llama *formalización* (voluntaria o judicial) *del compromiso*, frase cuyo significado no es otro que el de que el arbitraje preparado en el contrato preliminar ha quedado ya concretado, instituido, mediante la determinación de los requisitos que la Ley exige para el compromiso. Esto es, que el compromiso contenido sustancialmente en el contrato preliminar se ha concretado y completado a través del cumplimiento de los requisitos que la Ley exige para que tenga lugar la institución del arbitraje. Por todo ello, se habla de formalización, pues lo que se quiere indicar es que lo indeterminado se ha determinado, que lo genérico se ha especificado, que lo informe ha cobrado forma. En resumen, que el compromiso indeterminado, genérico e informe se ha formalizado.

(20) En este sentido. Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.168.

Teniendo en cuenta todo el análisis expuesto, el contrato preliminar de arbitraje puede definirse como la fase inicial, creadora de un vínculo por el cual se someten a arbitraje todas las cuestiones que puedan surgir de una relación jurídica, quedando las partes recíprocamente facultadas, y obligadas a la vez, para instituir el arbitraje a través del cumplimiento voluntario de las obligaciones que habían asumido, o, en el caso de que una se niegue a prestar su colaboración, mediante el procedimiento forzoso de la formalización judicial, medios ambos que permiten, una vez surgida la controversia, formalizar el compromiso, o compromisos que, en esencia, se hallaban ya, aunque informes, indeterminados, en el contrato preliminar de arbitraje.

El único punto de la definición anterior que requiere aclaración es el que se refiere a la formalización del *compromiso o compromisos*, con lo cual se da a entender que un contrato preliminar puede dar lugar a la formalización de varios compromisos, y, en consecuencia, a la institución de diversos arbitrajes. De esta cuestión se trata en el apartado siguiente.

B) CONEXIONES ENTRE EL CONTRATO O RELACIÓN JURÍDICA MATERIAL Y EL CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE.

Respecto al ligamen existente entre el contrato preliminar de arbitraje y la «relación jurídica singular» que le sirve de fundamento, se plantea el problema de si el primero es accesorio de la segunda. La cuestión es de gran trascendencia, sobre todo en aquellos caso, los más frecuentes, en que el contrato preliminar de arbitraje aparece como una cláusula contractual (21).

La doctrina y jurisprudencia italianas han resuelto tal cuestión diciendo que la cláusula compromisoria no es accesorio del contrato en que se inserta, porque su estructura, contenido y función son muy diferentes de las de dicho contrato. Se dice que la cláusula, a pesar de su nombre, es un contrato por si misma; contrato que tiene una autonomía evidente en relación con aquel otro en el que se establece la relación jurídica material. La trascen-

(21) El artículo 6.º de la Ley dice que el contrato preliminar puede contraerse bien «en un pacto principal, bien en una estipulación accesorio».

dencia práctica de esta doctrina es que el principio «accessorium sequitur principale» no encuentra aplicación en la cláusula compromisoria. Por ello, la nulidad del contrato no produce la de la cláusula. Del mismo modo, la nulidad de ésta no tiene ninguna influencia sobre aquél. Pero puede suceder que exista el mismo vicio en el momento de firmar el contrato y la cláusula, en este caso, los dos serán nulos. Si el contrato es nulo y la cláusula válida, los árbitros pueden juzgar sobre la nulidad del contrato (22).

En la doctrina española, Díez PICAZO ha hablado de la independencia del contrato preliminar de arbitraje respecto al contrato del que es consecuencia, llegando a parecidas conclusiones que las que se han señalado para la doctrina italiana (23).

Desde luego, la doctrina de la autonomía del contrato preliminar respecto al contrato básico es acertada y presenta indudables ventajas prácticas. Sin embargo, conviene tener en cuenta que entre ambos contratos existe una conexión evidente derivada de la referencia que el pacto compromisorio hace al contrato base, sujetando a arbitraje todas las diferencias que puedan surgir del mismo. Por ello, si el contrato o relación básica permanece en vigor durante un periodo de tiempo y surgen diversas controversias hay que entender que cada una de ellas motivará o puede motivar el establecimiento efectivo de un Tribunal arbitral.

Conviene recordar, en este punto, la doctrina de MORTARA, el cual definía a la cláusula compromisoria como un compromiso en curso de formación, o como el núcleo central de una serie de futuros compromisos (24). Hay que tener en cuenta este hecho, ya que, si bien es verdad que en muchos casos el contrato preliminar no será fuente de ningún compromiso por no surgir ninguna controversia, o sólo dará lugar a la formalización en una ocasión, también puede suceder que, con base en el mismo, se formalicen varios compromisos y se establezcan diversos arbitrajes. Este último fenómeno tendrá lugar especialmente cuando el contrato preliminar haga referencia a una relación jurídica en la que las partes ligadas estén inmersas y tengan interés en continuar, superando las dife-

(22) SCHIZZEROTTO, ob. cit. pp. 65 y ss.; BIAMONTI, L., *Arbitrato (Diritto processuale civile)*. «Enciclopedia del Diritto». Vol. II, 1958. pp. 928 y 929.

(23) Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.156 y 1.157.

(24) Cita de SCHIZZEROTTO, ob. cit., pp. 60 y 61.

rencias que entre ellas puedan surgir; piénsese en una cláusula compromisoria contenida en un contrato de sociedad, en unos estatutos de copropietarios, etc. Puede suceder, en los supuestos indicados, que surja alguna controversia entre las personas ligadas y que, con base en el contrato preliminar, se instituya el arbitraje; sin embargo, continuando vigente, después de dictado el laudo por los árbitros, la relación jurídica básica, hay que entender que también continuaría estando vigente el contrato preliminar, ya que su finalidad no es la de someter a árbitros una sola controversia, sino todas las dudas, cuestiones o diferencias que puedan suscitarse entre las partes inmersas en una relación mientras tal relación esté vigente.

C) CONDICIONES DE VALIDEZ.

La consideración del contrato preliminar de arbitraje como la primera fase de un compromiso desarrollado en dos etapas tropieza con un grave obstáculo legal, ya que el artículo 7.º de la Ley de 1953 no lo sujeta a los mismos requisitos de capacidad, objeto y forma que al compromiso, «sino a los generales que acerca de estas materias rigen en el Derecho privado de la contratación». Surgiendo entonces el inconveniente de que para la celebración de una etapa del contrato se requieren unas condiciones distintas que para la conclusión de la otra.

Sin embargo, el inconveniente es más aparente que real, ya que, en cuanto al objeto y la forma es lógico que la Ley no sea tan rigurosa en la fase previa, preparatoria (25), como en la fase de formalización o de instauración del arbitraje. Tal diferencia de rigor se justifica por los efectos que ha de tener cada fase: por la primera, las partes quedan obligadas a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto;

(25) La Ley dice en la Exposición de Motivos que el contrato preliminar se configura con más sencillez y con requisitos menos rigurosos que el compromiso. (Vid., supra, p. 3) Algún autor ha insistido mucho en este punto, diciendo que el contrato preliminar de arbitraje viene a compensar el rigor con que necesariamente se ha tratado al compromiso. (FENECH, Miguel, *El arbitraje* (Informe presentado en las jornadas franco-españolas de Derecho comparado celebradas en Toulouse en mayo de 1954). «Revista del Instituto de Derecho comparado», núm. 3. Barcelona, julio diciembre 1954, p. 184.)

pero esta fase, por si sola no instaura el arbitraje; por ello, la Ley no exige para ella los mismos requisitos, en cuanto a la determinación del objeto y cumplimiento de solemnidades formales, que para el compromiso. Sin embargo, tales requisitos habrán de cumplirse en la segunda etapa, esto es, en la de formalización, ya que ésta, mediante la realización de dichos requisitos, abrirá la puerta al arbitraje. Por consiguiente, lo que sucede propiamente es que tanto el objeto como la forma se van determinando y realizando a medida que la relación contractual se desarrolla.

El problema se presenta de manera muy distinta en relación con la capacidad. Por ello, el estudio de esta cuestión requiere un examen separado de los requisitos que la Ley exige en cuanto a la capacidad, al objeto y a la forma.

a) *Capacidad.*

Siendo la capacidad una cualidad de la persona o, como ha dicho CARNELUTTI, «un modo de ser del sujeto en sí» (26), no puede ser objeto de determinación en un proceso negocial, como pueden serlo el objeto y la forma. Es evidente que, paralelamente al desarrollo del proceso negocial, puede también tener lugar otro que origine que un sujeto incapaz llegue a ser capaz; pero tal fenómeno se desarrolla al margen del proceso negocial, el cual no ejerce ninguna influencia al respecto, como puede ejercerla, sin embargo, en la determinación de la forma y del objeto. Por ello, en los fenómenos negociales que se realizan y se van completando a través del tiempo, debe exigirse para la primera etapa negocial la misma capacidad que para la última, pues, de lo contrario, puede suceder que, exigiéndose unos requisitos más leves en la primera, inicien la relación jurídica sujetos que no puedan llevarla a feliz término, ni cumplir las obligaciones que asumieron en la misma, por no reunir las condiciones de capacidad requeridas para celebrar la segunda etapa.

La Ley de 1953 no parece haber tenido en cuenta este fenómeno v partiendo de la consideración de que contrato preliminar y com-

(26) CARNELUTTI, *Diritto e processo*. «Trattato del processo civile», dirigido por el propio CARNELUTTI. Nápoli 1956, p. 116.

promiso son negocios distintos (27) los ha sometido también a un distinto régimen en materia de capacidad. En efecto, la Ley de 1953 exige para celebrar el compromiso la capacidad para enajenar (art. 13) y para el contrato preliminar la capacidad general para contratar (art. 7.º). De este modo, resulta que el contrato preliminar celebrado por una persona con capacidad para obligarse, pero sin la especial de comprometer, es válido «pero la obligación que contiene no podrá ser cumplida por el deudor, ni exigida por el acreedor, ni impuesta por el Juez» (28). La Ley no parece tener en cuenta que contrato preliminar y compromiso tienen la misma «finalidad de crear o establecer el arbitraje, por lo que es necesario que para el acto creador del mismo se tenga idéntica capacidad» (29).

Por consiguiente, la reglamentación que de la capacidad hace la Ley puede esgrimirse como un argumento contra la consideración de que el contrato preliminar es la primera etapa de un compromiso desarrollado en varias fases, con la consecuencia lógica de tenerse que someter a los mismos requisitos de capacidad que el compromiso; sin embargo, dentro del mismo sistema legal aparece como una incongruencia y no parece lógico montar una argumentación sobre lo que, por ser anómalo y enfermizo, habría que modificar.

b) *Objeto.*

La Ley no exige en el momento de celebrar el contrato preliminar que el objeto quede determinado del mismo modo que cuando se contrae un compromiso. La falta de determinación de la controversia concreta es consecuencia lógica de la función del contrato preliminar, ya que si puede tener por objeto una controversia que ya existe, lo normal es que se celebre para someter a arbitraje controversias futuras y eventuales (30); además, un

(27) Exposición de Motivos.

(28) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.163.

(29) OGAYAR Y AYLLON, ob. cit., p. 22. Encuentra apropiado el sistema legal GUASP, *El arbitraje en el Derecho español* (su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953). Barcelona. Bosch, 1956, pp. 87 y 88.

(30) Normalmente la doctrina considera que el objeto del contrato preliminar o cláusula compromisoria es el de someter a arbitraje las cuestiones futuras que puedan sobrevenir en el seno de una relación dada. (VALCARCE, obra citada, p. 18. OGAYAR Y AYLLON, ob. cit., p. 23, etc.). Ya se ha visto en

contrato preliminar teniendo por objeto una controversia presente carecería de interés y las partes acudirían a la institución directa del arbitraje (31).

Siendo objeto del contrato preliminar las controversias futuras y eventuales, es lógico que la Ley disponga que no necesitará contener la designación «del tema controvertido» (art. 8.º-1.º); pero esto no significa que las posibles controversias que puedan ser sometidas al arbitraje queden totalmente indeterminadas, ya que ello iría contra lo dispuesto en el artículo 1.273 del Código civil (32). La Ley exige que el objeto del contrato preliminar quede lo más determinado posible, pero como hace referencia a todas las controversias que puedan surgir de una relación, no prescribe, no podía hacerlo, que se determinen las controversias concretas, sino que con muy buen criterio dispone que «será preciso, en todo caso, una fijación, por lo menos de principio, de la *relación jurídica singular* a que ha de referirse el arbitraje, sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona» (art. 8.º-2.º).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de noviembre de 1960, estimó que el contrato preliminar fijaba la relación jurídica singular de la controversia, ya que en la cláusula que establecía el arbitraje se decía que se someterían a éste «cualquiera duda o discrepancia que pueda suscitarse entre las partes contratantes acerca del cumplimiento de este convenio»; en consecuen-

la nota número 8 que la doctrina italiana centra la diferencia entre compromiso y cláusula compromisoria según se haga referencia a controversias ya existentes o futuras. La Ley francesa de 31 de diciembre de 1925, que autoriza la cláusula compromisoria en materia mercantil, se refiere a las controversias que vengán a producirse («viendront à se produire»), siendo lógico que la doctrina francesa hable de litigios eventuales y futuros. (GRECH, Gastón, *Précis de l'arbitrage commercial*. París, 1964, p. 3; CUCHE, Paul, y VINCENT, Jean, *Procédure civile et commerciale*. 12 ed. París 1960, p. 618.) En Derecho español algunos autores incluyen dentro del contrato preliminar de arbitraje al compromiso otorgado en documento privado (art. 16-2.º), el cual, como es lógico, tiene que referirse a una controversia pendiente entre las partes (artículo 15). En un sentido amplio esta orientación es acertada, ya que para el otorgamiento de escritura pública la Ley establece el procedimiento del artículo 10, pero el compromiso contenido en documento privado va más allá de la simple preparación del arbitraje a que se refiere el artículo 6.º Siguen la orientación señalada: FENECH, loc. cit., p. 184; CARRERAS, *Estudio comparativo...* cit., pp. 108 y 109.

(31) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.164.

(32) Sobre esta cuestión, Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.164 y 1.165.

cia, el Tribunal Supremo afirmó que «no cabe duda que estaban concretados los temas objeto del arbitraje sobre los que se pedía la formalización que el Juzgado decretó» (33).

Siendo el contrato preliminar la primera fase de un compromiso debe tener por objeto materias que no estén excluidas del arbitraje, ya que, en caso contrario, no podría realizarse la formalización y el contrato preliminar no tendría efectividad (34). La razón se encuentra en que, mientras la existencia y determinación están dependiendo del desarrollo de los acontecimientos, por estar subordinado a los mismos el nacimiento de la controversia (existencia), y en consecuencia la determinación concreta de la misma, por el contrario, la idoneidad de una materia para ser sometida al arbitraje viene determinada por la Ley; de aquí que sea inalterable, salvo modificación de la Ley, y que deba existir ya en el momento de celebración del contrato preliminar (35). Por consiguiente, en este punto se han de cumplir ya en la fase preliminar los requisitos señalados por el artículo 14-1.º, debiendo ser la materia sobre la que se contrata de Derecho privado y las partes han de tener, además, poder para disponer válidamente.

No se analiza en este estudio la cuestión de las materias que no pueden ser sometidas al arbitraje y tampoco se examina el concepto de disponibilidad, pues todo ello escapa a la problemática del contrato preliminar, afectando a toda la institución del arbi-

(33) *Jiménez c. Soler*. Jurispr. Civil, 1960 (edic. of.). T. 93, pp 754 y ss. Las partes habían celebrado un contrato de sociedad de cuentas en participación el 13 de junio de 1955; en la cláusula séptima de dicho contrato se contenía una cláusula compromisoria. El demandante, alegando que el demandado, señor Soler, no cumplía las obligaciones que contrajo y se negaba también a designar árbitros, se dirigió al Juzgado pidiendo la formalización judicial. El señor Soler alegó que había querella pendiente promovida por él ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Sevilla, por tratarse la cuenta en participación de una forma contractual encubridora de un delito de préstamo usurario; todo lo cual acreditaba mediante testimonio y pedía que se suspendiera el pleito hasta que recayera sentencia firme en la causa criminal. La Audiencia de Sevilla dictó auto confirmando el de terminación del sumario, sobreyéndolo provisionalmente. Acreditados tales extremos por la representación del demandante se alzó la suspensión y el Juzgado dictó auto accediendo a la formalización. Los árbitros dictaron laudo de equidad. El señor Soler interpuso recurso de nulidad, alegando que en el contrato preliminar no se fijaba, ni siquiera en principio, la relación jurídica singular en relación con la cual se habría de determinar la controversia.

(34) En este sentido, OGAYAR Y AYLON, loc. cit., p. 22

(35) Dice Díez Pícazo que «la idoneidad de la materia, que es invariable, ha de poseerse desde el primer momento» (loc. cit., p. 1.165).

traje. Por lo demás, tales problemas han sido estudiados detenidamente por la doctrina (36). No obstante, conviene recordar, y añadir a lo que la doctrina suele decir, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de mayo de 1958, ha afirmado que «la ilicitud causal de un negocio jurídico es de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales y en su contra no debe sobreponerse la entidad por las partes, por lo general» (37). La sentencia de 27 de noviembre de 1963 declara que las cuestiones referentes a la simulación contractual son de naturaleza civil y mientras que no haya un tercero perjudicado y se acredite la apertura del procedimiento criminal «la jurisdicción civil es libre para actuar y, por tanto, la de los árbitros de equidad, designados legalmente para, en sustitución de aquélla, resolver en conciencia la cuestión» (38).

(36) Puede verse al respecto OGAYAR Y AYLLON, loc. cit. pp. 22 y 23; Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.165-1.166. Respecto a la cuestión de la disponibilidad el último autor citado señala que «una materia—una relación jurídica, una situación—es indisponible cuando está fuera del poder individual, cuando no puede ser modificada ni reglamentada por actos del individuo» (loc. cit., página 1.166). GUASP examina la cuestión de la disponibilidad a través del análisis del concepto de «relación jurídica singular» (loc. cit., pp. 91 y ss.).

(37) Previamente, en el mismo considerando, dice el Tribunal Supremo que el artículo 1.275 del Código civil determina «que los contratos sin causa o con causa ilícita no producirán eficacia jurídica, dando su amplio concepto de la ilicitud causal en el sentido de oponerse lo pactado a las leyes o a la moral, norma que los Tribunales deben integrar en cada caso con criterios objetivos extraídos del mismo Ordenamiento jurídico y de concepciones todavía más altas...» Parece ser que la razón por la cual se declara la materia de ilicitud causal de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales se encuentra en esa oposición que implica a las Leyes y a la Moral, y en la función que los jueces deben cumplir en tales casos. (*Albert Costa y Albert Woerdeman c. Albert Costa*, en su propio nombre y como gestor de la Sociedad Comanditaria «A. Conrad y Compañía», sus hijos y la entidad «Conrad y Compañía S. A.», Jurispr. Civ. 1958 [edic. of.] T. 69, pp. 132 y ss.) Los demandantes eran socios de la Comanditaria, cuyos negocios iban mal; sin embargo, el gestor demandado y sus hijos se enriquecían. Tres de los hijos del gestor—dos de ellos apoderados de la Comanditaria—, en escritura de 15 de marzo de 1944, constituyeron la sociedad anónima. Al parecer, trataban de engañar a la clientela para que creyera que sólo había transformación de la sociedad. La anónima se convirtió en gestora universal de la Comanditaria sin acuerdo adoptado en junta de socios y sin notificarles tal determinación. En la escritura de constitución de la Comanditaria había una cláusula compromisoria sometiendo a amigables compositores todos los litigios surgidos entre los socios. La primera instancia se declaró incompetente, la Audiencia de Burgos decidió sobre el fondo. Los demandados interpusieron recurso de casación alegando exceso en el ejercicio de la jurisdicción, pero el recurso no fué admitido por estimar el Tribunal Supremo la ilicitud causal en la creación de la sociedad anónima con el propósito de absorber a la Comanditaria, todo ello realizado sin la disolución previa de ésta y faltando el acuerdo social.

(38) *Don Angel A. C. c. don Juan A. C.*, socios de «Confecciones Giral, S. A.». Esta sentencia está recogida del Aranzadi (1963, t. XXX, vol. II,

c) *Forma.*

En cuanto a la forma, estando sometido el contrato preliminar a las reglas generales que rigen en el Derecho privado de la contratación (art. 7.º), la generalidad de la doctrina estima que no está sujeto a ninguna solemnidad, aunque debe realizarse por escrito (39). La exigencia de que se realice por escrito puede fundamentarse en el artículo 6.º que habla de comprometerse «en un pacto principal, bien en una estipulación accesoria». Se plantea aquí el problema de si el contrato preliminar debe o no estar sometido a los mismos requisitos formales que el principal, si bien esta cuestión pierde interés al considerarlo como la primera fase de una relación contractual, ya que entonces lo importante no es que los requisitos formales se cubran en dicha primera fase, sino en cualquiera de ellas o en el momento más oportuno del *iter negotial*. Teniendo en cuenta lo anterior es lógico que la Ley de 1953 no exija forma solemne en la fase preliminar, pero sí en la definitiva (40).

El hecho de que el artículo 7.º no someta al contrato preliminar a las mismas normas rigurosas que establece respecto al objeto y forma del compromiso no es obstáculo que impida considerarlo como la primera etapa de un compromiso en la que se abre ya la relación arbitral, puesto que, en definitiva, las reglas más rigurosas encontrarán aplicación y deberán ser observadas en la fase de formalización, en la cual se concretará un compromiso que tendrá por objeto la diferencia o diferencias que, de todas las posibles y previstas en la fase previa, hayan surgido de hecho.

D) INTERPRETACIÓN.

En principio, la interpretación del contrato preliminar de arbitraje no presenta problemas especiales y siendo, como es, un

página 3.244, núm. 5.047) y, siendo incompleto el resumen de los hechos, no resultan demasiado comprensibles las argumentaciones de los considerandos.

(39) OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 24; Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.167.

(40) En este sentido, OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 24; Díez PICAZO, loc. citada, p. 1.167.

contrato, se le aplican las normas contenidas en el Código civil en materia de interpretación contractual; por consiguiente, si los términos del contrato preliminar de arbitraje son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal; pero si hay contradicción entre las palabras y la voluntad prevalecerá la última (art. 1.281 del Código civil).

La especialidad, desde la cual hay que examinar la cuestión de la interpretación del contrato preliminar, se encuentra en el hecho de que implica la posible sustracción de unas cuestiones litigiosas al conocimiento de los Tribunales ordinarios. Teniendo en cuenta este hecho, se suele decir que la cláusula compromisoria debe interpretarse restrictivamente (41). Conviene recordar, sin embargo, que la interpretación restrictiva no es un método interpretativo, sino el resultado de la interpretación realizada en aquellos casos en que se llega a la conclusión de que lo querido es más restringido de lo que de los términos empleados podría deducirse (42). Por ello, propiamente lo que se quiere decir cuando se habla de la interpretación restrictiva del contrato preliminar de arbitraje no es que, por principio, se deba limitar su sentido dándole un alcance menor del que pueda derivarse de los términos literales. Una tal solución iría contra las normas generales en materia de interpretación e implicaría un atentado al artículo 1.281-2.º del Código civil, que establece el principio de que debe darse preferencia a la intención sobre los términos gramaticales. Propiamente, lo que se quiere decir, al hablar de interpretación restrictiva del contrato preliminar, es que, siendo norma general, la solución de los conflictos por los Tribunales ordinarios y excepcional la sumisión a árbitros, no pueden sustraerse a aquéllos más que las controversias que las partes expresamente quieran confiar a los árbitros; por ello, los casos de duda habrá que resolverlos a favor de la jurisdicción ordinaria (43).

(41) En este sentido, BIAMONTI, loc. cit., p. 928.

(42) Puede verse en este sentido la generalidad de la doctrina, así BIAMONTI, loc. cit., p. 928. Sobre el concepto de interpretación restrictiva: ALBALADEJO, *Derecho Civil*. Vol. I. Introducción y Parte General. Barcelona 1961, p. 80; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*. Madrid 1956, p. 616, etc.

(43) SCHIZZEROTTO, ob. cit., pp. 62-63. Para la orientación de la jurisprudencia italiana puede verse VECCHIONE, R., *Rassegne di Giurisprudenza*, en «*Rivista di Diritto Civile*», 1958, parte II p. 279. VALCARCE afirma que la cláusula compromisoria es de interpretación restrictiva porque su función tiende

En este punto resulta de gran interés el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A primera vista puede parecer contradictoria. En efecto, la sentencia de 5 de mayo de 1958, refiriéndose a una cláusula compromisoria que sometía a amigables componedores todos los litigios que pudieran surgir entre los socios, dice al final de su considerando primero que tales cláusulas no admiten «interpretaciones extensivas, dada la finalidad eliminatoria que persiguen, pues los Tribunales "strictu sensu" constituyen los órganos del Estado ante los cuales se deben plantear los problemas litigiosos por vía general» (44). De manera semejante, la sentencia de 31 de mayo de 1958 dice que la cláusula compromisoria, tratando de conseguir la eliminación de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado, no permite «interpretaciones extensivas, dada su específica naturaleza eliminatoria, por ser la vía judicial el principio en que descansa la tutela jurídica» (45).

En la sentencia de 28 de noviembre de 1959 parece seguirse una orientación distinta. El problema que resuelve esta sentencia es el de si una cláusula compromisoria, que establece que las cuestiones relativas a la interpretación de un contrato se someterán a amigables componedores, tiene también virtualidad para que, en el juicio de amigable composición, se resuelvan aquellos problemas

«a eliminar la vía de los Tribunales ordinarios, principio éste de tutela estatal que resulta confirmado por algunos textos del mentado Código civil» (loc. cit., página 19).

(44) *Albert Costa y Albert Woerdeman c. Albert Costa, etc.* Vid. supra, nota 37, donde se contiene el resumen de los hechos. Conviene tener en cuenta que parte de los demandados eran ajenos a lo pactado y no traían causa de los estipulantes; por ello, parece que no podían quedar afectados por la cláusula compromisoria. Además se planteaba la cuestión de la ilicitud causal.

(45) *Palacín Balcell c. «Puche Hermanos y Compañía»*, Jurispr. Civ. 1958 (edic. of.). T. 69, p. 1.137). El actor, mediante escrito de 29 de agosto de 1953, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Ubeda demanda de juicio ordinario declarativo. Las cuestiones en litigio derivaban de un contrato privado fechado en Ubeda el 5 de mayo de 1950, por el que el señor Palacín vendió a los demandados un grupo extractor de aceitunas. El actor, al contestar a la demanda reconvenicional, hace referencia a una de las cláusulas del contrato por la que cualquier diferencia se resolvería por amigables componedores, salvo las reclamaciones por falta de pago; pero no planteaba claramente la cuestión de la exclusión de los Tribunales ordinarios. Las diferencias planteadas eran fundamentalmente de falta de pago. El Juez de Primera Instancia sentenció sobre el fondo; la Audiencia de Granada declaró la incompetencia de jurisdicción. El Tribunal Supremo admitió el recurso.

que no sean meramente interpretativos. La sentencia se decide por la solución positiva, alegando que «las partes contratantes, al referirse en la aludida cláusula compromisoria a diferencias que más tarde pudieran ocurrir entre ellas respecto a la exégesis y cabal inteligencia del vínculo que acaban de formar y con toda evidencia presentían y querían someterlas al prudente discernimiento de arbitradores o jueces de equidad, no como meras cuestiones especulativas sobre un tema concreto, y antes bien, calidad de problemas llevados al terreno de la aplicación práctica del derecho por la vía judicial, pues de otro modo se escindiría el tratamiento jurídico del caso al atribuir únicamente la interpretación al criterio del amigable componedor y luego de éste obtenido, deferir el conocimiento de las tesis planteadas a los órganos jurisdiccionales del Estado, privándose con tal criterio al propio juzgador de los poderes de interpretar los negocios controvertidos» (46). La sentencia de 20 de noviembre de 1963, refiriéndose a un arbitraje de equidad y recordando sentencias anteriores que ya habían mantenido semejante criterio, dice que la naturaleza y finalidad de tal arbitraje «permite una mayor elasticidad en la interpretación de sus términos, reduciéndose el recurso a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso, no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando inducir la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral, por el conjunto de todas ellas» (47).

(46) *Doña Carolina M. R., doña Carolina, don José Antonio y don Carlos E. M. c. don Gonzalo G. B.*, Aranzadi, 1959. T. XXVI, vol. II; p. 2.718, número 4.470. Los demandantes pedían la formalización de la cláusula compromisoria, que establecía la sumisión a árbitros de las cuestiones relativas a la interpretación de un contrato. La primera instancia condenó al demandado a otorgar el compromiso. La Audiencia mantuvo el criterio de haber lugar a la formalización. Se recurre, con base en el artículo 1.691-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la violación del artículo 1.281 del Código civil, ya que la cláusula establecía la sumisión sólo para las cuestiones relativas a la interpretación del contrato. El Tribunal Supremo no admitió el recurso.

(47) *Don Felipe B. L. c. don Alfonso B. A.*, Aranzadi, 1963. T. XXX. Vol. II, página 3.109, núm. 4.842. Las partes habían constituido una sociedad, pactando que si se suscitaba alguna cuestión relativa a la interpretación y ejecución del contrato se sometería a amigables componedores. El demandado se negó a designar árbitros, el demandante pidió la formalización del compromiso, a lo cual accedió el Juez. Dictado el laudo, don Alfonso B. A. interpuso recurso de nulidad. En el considerando transcrito se trataba la cuestión de si se habían traspasado los límites del compromiso.

Los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo en estas sentencias parecen, como se ha dicho, contradictorios; sin embargo, analizando la cuestión detenidamente se descubre que la contradicción, si es que existe, no es de grandes dimensiones. Efectivamente, en las sentencias de 5 y 31 de mayo de 1958, en las que se sienta el criterio de que la cláusula compromisoria no puede ser interpretada extensivamente, no se plantean propiamente problemas de interpretación, sino que, por el contrario, lo que se tenía que decidir, por aparecer dudoso, bien porque parte de los litigantes no hubieran pactado la cláusula, porque la materia no pudiera ser sometida a arbitraje o no estuviera comprendida en los límites de la cláusula, etc., era si debían someterse las cuestiones planteadas a los árbitros o a la jurisdicción ordinaria, decidiéndose el Tribunal Supremo acertadamente a favor de la última, ya que ante ella se deben, por regla general, llevar los litigios, presentando la vía arbitral carácter excepcional.

En las otras dos sentencias recogidas se resuelven auténticos problemas de interpretación del contrato preliminar. La de 28 de noviembre de 1959 da solución, a través de una indagación de la voluntad, a un interesante problema sobre la extensión que se deba dar a una cláusula compromisoria en la que se dice que se someterán a arbitraje las controversias derivadas de la interpretación del contrato. La tesis que parece sentar esta sentencia, a través de frases grandilocuentes y poco precisas, es la de que la cláusula no se debía interpretar en el sentido de limitarla sólo a los problemas de interpretación. Desde luego, mientras no se deduzca claramente de la voluntad de los otorgantes, parece lógico estimar que, aunque en el contrato preliminar se hable únicamente de cuestiones de interpretación, lo que se pretende es someter a arbitraje todos los litigios que puedan surgir. No parece de gran valor la argumentación a que se alude para justificar la decisión en la sentencia estudiada de que no se debe escindir el tratamiento jurídico, como se escindiría si se somete la interpretación al criterio del amigable componedor y los problemas prácticos a los órganos jurisdiccionales. Tal argumentación descansa sobre la base de que la solución de un problema de interpretación, por sí sola, no tiene trascendencia práctica, lo cual es muy discutible.

La sentencia de 20 de noviembre de 1963 se limita a decir que

el contrato preliminar no debe interpretarse teniendo sólo en cuenta la literalidad de las cláusulas, sino que hay que tratar de inducir la voluntad de las partes. Por consiguiente, se limita a aplicar las reglas generales sobre interpretación del negocio jurídico al supuesto concreto del contrato preliminar.

En resumen, puede afirmarse que el contrato preliminar está sometido a las reglas generales en materia de interpretación y que, cuando se habla de interpretación restrictiva del mismo, lo que quiere decirse es que, existiendo duda sobre si una materia se ha querido o no someter a árbitros, debe solucionarse negativamente, llevándose la cuestión a los Tribunales ordinarios, que constituyen el medio general de solución de los conflictos.

CAPÍTULO II

EFFECTOS POSITIVOS

El contrato preliminar de arbitraje es, como se ha dicho, la primera etapa de una relación jurídica que, totalmente desarrollada y perfeccionada mediante la realización de la segunda fase que implica la designación de árbitros y determinación del tema controvertido, puede dar lugar a uno o varios compromisos, y, por tanto, a uno o varios arbitrajes. Por efectos positivos del contrato preliminar de arbitraje se entiende esta realización de la segunda fase, en la cual, instituyendo el arbitraje, se da eficacia a la relación arbitral creada o, como podría decirse, recordando el artículo 6.º de la Ley, a la relación arbitral preparada en el contrato preliminar de arbitraje.

Como ya se ha dicho, el contrato preliminar, examinado en sí mismo, tiene la trascendencia de crear la relación jurídica arbitral; pero puesto en relación con la segunda fase aparece como un simple instrumento para llegar a la perfección del compromiso (48). De aquí que si el compromiso no llega a perfeccionarse

(48) CARRERAS se refiere al contrato preliminar como instrumento para llegar a la perfección del compromiso. (*Estudio comparativo...*, cit., p. 112.)

el contrato preliminar no tenga eficacia; por ello, se dice en el artículo 11 que «si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto». Conviene señalar que la terminología legal no es totalmente apropiada, ya que, si no se realiza la segunda fase, esto es, lo que la Ley llama formalización, lo que propiamente sucede no es que el contrato preliminar se queda *sin efecto*, sino que *no llega a tener efecto*. En esto estriba la importancia de la fase de formalización, en que de su realización está dependiendo la eficacia de la relación jurídica arbitral creada por el contrato preliminar de arbitraje, de manera que, si no hay formalización, los efectos del contrato preliminar no se realizan; pero el contrato preliminar de arbitraje como tal continúa subsistiendo, o al menos puede continuar subsistiendo (49).

Conviene recordar en este punto que el contrato preliminar somete a arbitraje todas las diferencias que puedan surgir de una relación jurídica. De aquí que el hecho de que una controversia concreta no sea llevada efectivamente a árbitros, porque las partes acudan a los Tribunales no es suficiente, en principio, para que el contrato preliminar quede sin efecto; sino que, por el contrario, continuará subsistiendo y al surgir otro litigio entre las partes, éstas o una de ellas podrán, si lo creen conveniente, hacer uso de él pidiendo la formalización. El hecho de que en una controversia concreta las partes no pidan la formalización no indica más que en aquel supuesto no quieren el arbitraje, pero semejante conducta no es suficiente por sí sola para dejar sin efecto al contrato preliminar; para que esto último llegue a suceder es necesario que se den otras circunstancias, de las cuales pueda deducirse que han querido resolver el contrato preliminar por preferir en el futuro el recurso a otros medios distintos del arbitraje para solucionar sus diferencias, o bien que por referirse la controversia surgida a problemas derivados de la extinción de la relación jurídica que se tomaba como objeto para determinar el arbitraje, ya no tenga

(49) OGAYAR Y AYLLON opina, contrariamente, que, si el contrato preliminar no se formaliza voluntaria o judicialmente, se extingue. Fundamenta su tesis diciendo que ambos supuestos son en realidad verdaderos casos de desistimiento (ob. cit., p. 29).

sentido mantener la vigencia del contrato preliminar, puesto que en lo sucesivo, extinguida tal relación jurídica, ya no surgirán de ella más conflictos (50).

Esta misma solución hay que mantener cuando una de las partes se niega a la formalización voluntaria y la otra pida la judicial, ya que sería excesivo estimar que la parte que se hubiera negado una vez a la formalización perdiera la facultad que le concede el contrato preliminar de instar el establecimiento del arbitraje en los posibles conflictos futuros. A mayor abundamiento, no parece lógico que, por falta de colaboración de una parte, se extinga el contrato preliminar, con el consiguiente perjuicio para la parte que esté interesada en mantener el arbitraje; pero tampoco sería justo mantener la vigencia en favor sólo de un contratante, esto es, del que quiso prevalerse del pacto compromisorio, de manera que el que trató de eludirlo una vez ya no pudiera solicitar nunca el establecimiento del arbitraje.

A) CONSIDERACIÓN PREVIA DE LOS EFECTOS DE LA SUMISIÓN DE LAS PARTES A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS.

Cuestión interesante es la de los efectos que produce la sumisión tácita de las partes, ligadas por el contrato preliminar, a los Tribunales ordinarios. SCHIZZEROTTO dice al respecto que si el juicio se dirige a dar solución a todas las cuestiones nacidas del contrato a que la cláusula hace referencia, de manera que en el futuro ya no surgirán controversias entre las partes por haber terminado sus relaciones, la cláusula dejará de producir sus efectos. No sucederá así cuando el juicio se dirija a definir sólo una o alguna de las controversias que puedan nacer del contrato. En tal caso se da la renuncia a la cláusula para aquellas controversias concretas, pero continuará subsistiendo y tendrá eficacia respecto a las eventuales controversias que en el futuro puedan surgir del contrato (51). Hay que estimar que esta doctrina es perfectamente

(50) El contrato preliminar conserva vigor para las controversias póstumas, esto es, surgidas después de la cesación o extinción del contrato principal, siempre que traigan su origen de éste. En este sentido, REDENTI, loc. cit., página 801.

(51) SCHIZZEROTTO, ob. cit., p. 104.

válida en Derecho español, a pesar del sentido literal del primer párrafo del artículo 11.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de mayo de 1958, resolvió una cuestión de sumisión tácita de las partes, ligadas por un contrato preliminar, a los Tribunales ordinarios. Afirmaba en uno de los considerandos que la jurisdicción ordinaria tenía «el deber de resolver todos y cada uno de los problemas debatidos, que de ningún modo pueden soslayarse al amparo de una cláusula compromisoria implícitamente abandonada por los mismos contratantes, cuyo contenido no puede supervalorarse en estas materias de derecho dispositivo, porque de ningún modo, salvo expresa norma legal, es permitido cerrar el cauce normal ofrecido por el Ordenamiento jurídico—via judicial—para el ejercicio formal de los derechos subjetivos controvertidos» (52).

B) FORMALIZACIÓN DEL COMPROMISO.

Lo que interesa analizar es el mecanismo establecido por la Ley para la realización de la segunda etapa, esto es, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato preliminar, obligaciones cuya realización lleva consigo el establecimiento del arbitraje. Tales obligaciones pueden ser ejecutadas voluntariamente por las partes, realizándose, en este supuesto, lo que se ha llamado desarrollo voluntario o formalización privada (53). Sin embargo, la gran innovación de la Ley se encuentra en el hecho de que permite que la formalización se realice a través de una decisión judicial dictada en el proceso de formalización establecido en el artículo 10 (54).

(52) *Palacin Balcells c. «Puche Hermanos y Compañía»*. Resumen de los hechos en nota 45. El recurrente, señor Palacin, fundaba uno de los motivos del recurso en el número 6.º del artículo 1.692 y en la infracción del 361, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido el Tribunal de Apelación en notorio defecto en el ejercicio de la jurisdicción, dejando de conocer cuando tenía el deber de hacerlo. El Tribunal Supremo, estimando la existencia de sumisión de las partes a los Tribunales ordinarios y, por tanto, el abandono de la cláusula, admitió el recurso.

(53) Díez Pícazo, loc. cit., p. 1.168. En el artículo 11 de la Ley de 1953 se habla de que «el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado».

(54) La doctrina ha acogido calurosamente esta innovación legal. VALCARCE, loc. cit., p. 21; OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., pp. 26, etc.

a) *Voluntaria.*

La formalización voluntaria del compromiso no presenta problemas especiales dignos de un análisis detenido. Tiene lugar cuando los otorgantes del contrato preliminar cumplen las obligaciones derivadas del mismo a fin de que el arbitraje pueda tener efecto, tales obligaciones se concretan especialmente—según el artículo 9.º—en la designación de los árbitros y en la determinación del tema controvertido.

La formalización voluntaria del compromiso deberá hacerse en escritura pública, así hay que entenderlo dada la redacción del apartado 1.º del artículo 16 (55). Esta exigencia no puede dejar de cumplirse por el hecho de que el contrato preliminar se hubiera realizado en tal forma, ya que el cumplimiento de este requisito lo establece la Ley para la segunda fase, no para la primera (artículo 7.º). Además, en el artículo 17 se exige que la escritura de compromiso contenga los nombres de los árbitros y la determinación de la controversia, requisitos que no están determinados en el contrato preliminar, sino que se concretan en la segunda fase; de aquí que la exigencia legal de escritura pública no pueda dejar de cumplirse al formalizar voluntariamente el compromiso; aunque el contrato preliminar se hubiera hecho constar en documento público, ya que la solución contraria implicaría la infracción del artículo 17 de la Ley.

b) *Judicial.*

Siendo el contrato preliminar de arbitraje la fase previa de un *iter negocial* que, totalmente desarrollado, dará lugar a la instauración de un arbitraje, y conteniéndose ya en él todos los elementos sustanciales, de manera que en la fase de formalización sólo se requiere una concreción de los mismos, no existe ningún inconveniente para admitir que tal formalización se pueda realizar a través de una decisión judicial en los casos en que «alguna de

(55) VALCARCE caracteriza a la formalización voluntaria por realizarse en forma notarial (loc. cit., p. 26).

las partes se negare a verificarlo o lo hiciere de modo que resultara inaceptable» (art. 9.º) (56).

1) *Procedimiento.*

El apartado segundo del artículo 9.º de la Ley de 1953 dice que si alguna de las partes se negare a prestar su colaboración para la formalización, la otra «podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso». Por consiguiente, la Ley concede a la parte que ve frustrado su intento de formalización voluntaria la facultad de instar la formalización judicial. Por ello, si bien es cierto, como dice ROCA JUAN, que «el pacto compromisorio simplemente crea para las partes una posición jurídica especial, entendida ésta como la facultad que cada parte tiene frente a la otra de intervenir directamente en su esfera de autonomía jurídica» (57), también es verdad que una vez que se ha intentado la formalización voluntaria sin éxito, por haberse negado una de las partes, ésta pierde la facultad que le atribuía el pacto compromisorio y ya no podrá, en aquel caso, prevalerse de tal pacto, quedando sólo la parte que ha sufrido la falta de cooperación de la otra, facultada para dirigirse al Juez y pedir la formalización.

La formalización judicial ha de realizarse a través del procedimiento especial establecido en el artículo 10 de la Ley; así hay que entenderlo, dados los términos imperativos de dicho artículo, el cual empieza diciendo que «la formalización judicial se llevará a cabo del siguiente modo...». La petición de formalización

(56) Sobre los fundamentos de que ha partido la Ley para introducir la formalización judicial del compromiso, vid. supra pp. 7 y ss. Se ha dicho que la formalización «es un acto de cumplimiento de una obligación anterior, y, a la vez, un acto de establecimiento de una relación jurídica o, al menos, de una fase de ella. El cumplimiento de la obligación consistirá en un acto declarativo—la designación de árbitros, etc., supone una declaración—, pero en ningún caso lo que la técnica jurídica ha denominado declaraciones de voluntad» (DÍEZ PICAZO, loc. cit., p. 1.172). Lo que sucede es que, en definitiva, las obligaciones derivadas del contrato preliminar no se conciben como personalísimas; así lo dice, entre otros, FENECH, *El arbitraje*. Jornadas franco-españolas de Derecho Comparado. «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 3. Barcelona, julio-diciembre 1954, p. 185. También se ha señalado que la «infungibilidad de las declaraciones de voluntad, cuando vienen ya prefijadas y son reconocibles por algún medio auténtico o seguro, no debe admitirse» (VALCARCE, loc. cit., p. 26).

(57) ROCA JUAN, loc. cit., p. 198.

sólo podrá ser reproducida en juicio ordinario cuando el Juez no acceda a la misma en el procedimiento breve dispuesto por la Ley (artículo 10-5.º párrafo 2.º). Por consiguiente, la formalización sólo puede pedirse en juicio ordinario por vía excepcional y subsidaria; así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de mayo de 1962, señalando que no se autoriza «que la petición se reitere en juicio ordinario, sino en el previsto caso de no haberse accedido por el Juez, pero sin que quepa rehuir la tramitación especial y obligada a que la Ley subordina el ejercicio del derecho a formalizar el compromiso» (58).

Se ha criticado esta posibilidad concedida por la Ley de recurrir al juicio ordinario después de haber resultado infructuoso el procedimiento breve y se ha dicho acertadamente que «acaso sería más conveniente zanjar el problema definitivamente de una vez (en el procedimiento breve), quedando siempre abierta la acción judicial sobre las cuestiones de la relación jurídica sustancial» (59).

La jurisprudencia ha señalado además que para poder reproducir la petición de formalización en juicio ordinario es necesario que en el procedimiento breve se haya desestimado la demanda de formalización en su totalidad. Así lo pone de manifiesto la sentencia de 3 de mayo de 1963, en la que se desestimaba un recurso de casación, alegando entre otras razones la de que «anteriormente existió ya otro arbitraje de equidad que se dice resuelto con la eliminación de las cuestiones planteadas en el actual, también

(58) «Unión Española de Explosivos, S.A.», c. la «Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A.» Aranzadi, 1962. T. XXIX. Vol. I, página 1520. núm. 2.246. Se trataba de un problema planteado en relación con un contrato de suministro de disparos. La demandada, basándose en que la «Unión Española de Explosivos» le había dirigido una carta el 6 de marzo de 1957, a la cual había contestado el 18 siguiente aceptando la propuesta que se le hacía, que no era más que la de suscribir un contrato preliminar de arbitraje de equidad, opuso la excepción de incompetencia. No había habido formalización del compromiso. La primera instancia rechazó la excepción, la Audiencia también. La demandada recurrió, alegando entre otras razones que no obstante no haberse intentado siquiera por ninguna de las partes la formalización judicial del compromiso, y por consiguiente, sin que exista pronunciamiento alguno del órgano jurisdiccional determinado expresamente por la Ley, la reconvencción formulada al contestar a la demanda inicial es suficiente para estimar pendiente de formalización al compromiso arbitral y despojar de competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer y resolver la cuestión planteada. El Tribunal Supremo no admitió el recurso.

(59) VALCARCE, loc. cit., pp. 29 y 30.

allí propuestas a debate sin alcanzar éxito en el expediente o procedimiento de formalización judicial del compromiso, y es claro que esto supuesto, no pueda ahora reproducirse la pretensión en juicio ordinario para conseguir exactamente lo mismo, ya que el párrafo penúltimo del artículo 10 (apartado 5.º) se refiere a la desestimación de la pretensión a que se contrae, o sea, a su totalidad» (60).

No se realiza el estudio detallado de los trámites que establece el artículo 10, ya que ello no presenta, desde el punto de vista de este trabajo, excesivo interés (61). Conviene recordar, sin embargo, algunas de las críticas que la doctrina ha señalado en relación con las facultades que se conceden al Juez en este proceso. ROCA JUAN ha dicho al respecto que a pesar de que en el apartado segundo del artículo 10 se dice que el demandante deberá indicar el nombre del árbitro o árbitros que proponga, tal indicación no es vinculante para el Juez, lo cual es lógico si se considera que en la mayoría de los casos no se llegará a una formalización espontánea del compromiso porque las partes no se pondrán de acuerdo sobre las personas de los árbitros (62). No quedando el Juez vinculado por tal propuesta puede suceder que el compromiso se formalice designando como árbitros a personas que no gocen de la confianza de las partes. Semejante sistema, continúa diciendo ROCA JUAN, implica un atentado a uno de los fundamentos del ar-

(60) *Doña María O A y otros c. don José A.C. y Herederos de don León A.C.* Aranzadi, 1963. T. XXX, vol. I, p. 1.544, núm. 2.461: Se planteaba la determinación del haber en la Sociedad «Aguirre Hermanos, S.R.C.» del socio fallecido don Cirnaco A.C. En el juicio declarativo de mayor cuantía suplicaban los demandantes que se dictara sentencia condenando a los demandados a formalizar judicialmente un arbitraje de equidad. Los demandados se opusieron alegando falta de personalidad en los actores, por no existir entre ellos y los demandados un contrato preliminar de arbitraje. El Juez de Primera Instancia no accedió a la formalización. La apelación confirmó. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, sentando la doctrina transcrita.

(61) La doctrina se ha preocupado detenidamente del tema; VALCARCE, loc. cit., pp. 27 y ss.; GUASP, ob. cit., pp. 97 y ss., etc.

(62) ROCA JUAN, loc. cit., pp. 203 y 204. Así parece considerarlo también el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de mayo de 1963, en la que se dice que «en la demanda se omitió la indicación del nombre de árbitro o árbitros que se proponen para solucionar el conflicto que se plantea, requisito exigido por el apartado 2.º del precitado artículo 10 de la Ley especial, dato de gran valor en esta clase de procesos por la posible aceptación de la adversa y, en su caso, del Juez.». (El resumen de los hechos está contenido en la nota número 60.)

bitraje, como es la confianza de los compromitentes en la pericia, condiciones personales e imparcialidad de las personas designadas como árbitros (63). Por el contrario, refiriéndose a la misma cuestión, VALCARCE estima que dada la finalidad de la nueva legislación de dar vitalidad a la cláusula compromisoria no deben causar sorpresa los poderes del Juez para nombrar árbitros, ya que de otro modo la cláusula caería en el vacío como antes (64).

Desde luego, parece que la solución se encuentra o en exigir que en el momento de celebrar el contrato preliminar de arbitraje se designen los árbitros o en conceder tales prerrogativas o poderes al Juez en el procedimiento de formalización. La Ley ha adoptado el segundo sistema y, como es lógico, se sufren los inconvenientes que se han señalado; pero es también la única solución para conseguir la efectividad del contrato preliminar. Por otra parte, el sistema de nombrar a los árbitros en el momento de suscribir el contrato preliminar presenta la ventaja de que entonces las partes, que no están divididas por un litigio, se pondrán con facilidad de acuerdo; pero también tiene inconvenientes, entre ellos el de que puede suceder que desde el momento de celebrar el contrato hasta que surja una controversia haya transcurrido un periodo de tiempo considerable, durante el cual, tal vez, las partes hayan perdido la confianza en los árbitros designados.

Si en el contrato preliminar no se había determinado nada sobre la clase de arbitraje, hay que entender—por aplicación del apartado tercero del artículo 4.º—que «las partes optan por un arbitraje de derecho...»; por consiguiente, el Juez, en el auto de formalización, deberá estatuir tal arbitraje (65), salvo que los contratantes, de común acuerdo, pidieran que el arbitraje fuera de equidad, en cuyo caso parece lógico que se atenga a la voluntad de los mismos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de noviembre de 1960, afirmó que en el auto de formalización no era necesario hacer

(63) ROCA JUAN, loc. cit., p. 203. El autor considera de mayor gravedad la cuestión en el arbitraje de equidad que en el de derecho, ya que en el último el nombramiento habrá de recaer en letrados que ejerzan la profesión (artículo 20-1.º de la Ley), siendo éste un dato a tenerse en cuenta por el Juez al hacer la designación (loc. cit., p. 203).

(64) VALCARCE, loc. cit., pp. 28 y 29.

(65) VALCARCE, loc. cit., p. 28.

constar expresamente la clase de arbitraje que se establecía, ya que por la cláusula compromisoria se sometía a la decisión de árbitros cualquier duda que pudiera suscitarse sobre el cumplimiento del contrato para que tres personas las resolvieran con sujeción «a su leal saber y entender», frase «que revela con toda claridad el tipo de arbitraje a que querían someterse los interesados, y a él tenía que referirse el auto judicial de formalización del compromiso sin necesidad de expresarlo nominalmente» (66). Hay que estimar que en ningún caso hace falta que en el auto de formalización se indique la clase de arbitraje que se establece, ya que si ni en el momento de celebrar el contrato preliminar, ni después, las partes manifiestan su preferencia al respecto, habrá que entender que han optado por el arbitraje de derecho (art. 4.º-3.º).

El Juez no debe acceder a la formalización cuando la controversia concreta surgida aparezca ligada con una materia indisponible; así hay que entenderlo por aplicación del apartado segundo del artículo 14, en el cual se dice que «en el caso de que una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo sea, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos.

2) *Plazo para solicitar la formalización.*

La cuestión tiene particular interés en el supuesto de que una parte, haciendo caso omiso del contrato preliminar, demande ante los Tribunales ordinarios, ya que cuando esto no hubiera sucedido no habría ningún problema, puesto que cualquiera de las partes, habiendo surgido una controversia, puede—en cualquier momento—dirigirse al Juez solicitando la formalización. Pero en el supuesto de que una parte haya demandado ante los Tribunales ordinarios, ¿hasta qué momento podrá la otra instar la formalización? No señala la Ley ningún límite temporal al respecto; sin embargo, como el contrato preliminar no tiene virtualidad por sí solo para fundamentar una excepción a fin de sustraer las cuestiones litigiosas al conocimiento de los Tribunales ordinarios, sien-

(66) *Jiménez c. Soler*. El resumen de los hechos está en la nota núm. 33. El recurrente alegaba para fundamentar el recurso, además de otros extremos, que en el auto de formalización del compromiso no se declaraba qué clase de arbitraje se constituía.

do necesario para que se produzca tal efecto que dicho contrato esté por lo menos pendiente de formalización (67), habrá que entender que el límite máximo de tiempo hasta el cual podrá el demandado pedir la formalización vendrá determinado por el plazo señalado para presentar la excepción de compromiso pendiente de formalización. Debiendo, por consiguiente, el demandado solicitar la formalización con tiempo suficiente para poder constituir tal excepción dentro del plazo que la Ley le señala para hacerla valer. ¿Cuál es ese plazo?

El artículo 19, refiriéndose a la invocación del compromiso mediante la correspondiente excepción, dice que ésta «tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase». Este mismo precepto hay que entenderlo aplicable al supuesto de que se invoque el compromiso pendiente de formalización (art. 11, final). VALCARCE dice que en los procedimientos que permitan la referida clase de artículos previos existe dispersión obligada, no pudiéndose discutir y resolver a la vez las excepciones de fondo y la de incompetencia; «ésta es un "prius" lógico y procedimental, que elimina, mientras, toda otra controversia en el mayor cuantía» (68). Siendo así, el demandado dispondrá del tiempo que la Ley de Enjuiciamiento civil le concede para proponer las excepciones dilatorias para poder pedir la formalización y presentar la correspondiente excepción. En el juicio de menor cuantía como no hay artículos de previo pronunciamiento en cuanto al examen de las excepciones dilatorias (art. 687 de la Ley de Enjuiciamiento civil) se dará el principio de concentración, pero aun así el Juez deberá considerar con prioridad la excepción de incompetencia (69). Por tanto, el demandado, en la misma contestación a la demanda, podrá proponer la excepción de compromiso pendiente de formalización. Resumiendo, puede decirse que el plazo para pedir la formalización viene determinado por el marcado para presentar la excepción; si se ha agotado el tiempo para ésta ya no podrá pedirse la formalización. En un momento posterior no tiene sentido el juicio de formalización, pues ya no va

(67) Vid. *infra*, pp. 47 y ss.

(68) VALCARCE, *loc. cit.*, pp. 54 y 55. Sobre la naturaleza de la excepción derivada de compromiso o de compromiso pendiente de formalización, vid. *infra*, pp. 39 y ss.

(69) VALCARCE, *loc. cit.*, p. 55.

a ser posible hacer valer su resultado y conseguir la exclusión de los Tribunales ordinarios.

3) *¿Es necesario el otorgamiento de escritura pública?*

Diciendo el artículo 16 de la Ley que el compromiso «habrá de formalizarse en escritura pública», cabe plantearse la cuestión de si este requisito habrá de cumplirse también en el supuesto de formalización judicial. Parece lo más lógico dar una solución negativa a la cuestión planteada (70), ya que la resolución judicial cumple por sí sola la garantía de autenticidad que motiva la exigencia de escritura pública. OGAYAR Y AYLLON señala, sin embargo, que el Juez «debe llenar el requisito de escritura pública que exige el artículo 16 y a tal fin, en el mismo auto, debe acordarse o el otorgamiento de la misma, o la protocolización de dicha resolución» (71).

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 6 de febrero de 1962 y 20 de noviembre de 1963, ha señalado que en el supuesto de formalización judicial no se requiere el otorgamiento de escritura pública. La primera de tales sentencias dice que «cuando es la autoridad judicial la que interviene coactivamente, para la determinación o fijación de todos aquellos extremos necesarios para la formalización del compromiso, la garantía de autenticidad arranca de la propia resolución judicial, que acuerda por sí e integra la formalización del compromiso en su modalidad judicial, sin que la Ley aluda al regular este proceso que haya de tener una fase posterior ejecutiva complementaria, con el otorgamiento de la escritura, cuyo contenido sería una reproducción de la resolución judicial en su parte dispositiva, lo que resulta absolutamente innecesario...» (72).

(70) En este sentido, VALCARCE, loc. cit., p. 26.

(71) OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 29.

(72) Don José S. A. c. la «Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S. A.». Aranzadi, 1962, t. XXIX, vol. I; p. 425, núm. 669. El demandante pretendía que la Compañía reconociera como ciertas las circunstancias sobre representación de los obligacionistas que debían formar parte del Consejo de Administración, etc. No habiendo acuerdo en el acto de conciliación, las cuestiones planteadas debían de resolverse en arbitraje de derecho conforme al artículo 16 del Convenio, en relación con la Ley de 22 de diciembre de 1953. El demandante pidió la formalización judicial del compromiso. Se accedió

4) *Medios de impugnación.*

El apartado 5.º del artículo 10 dice, refiriéndose a la resolución judicial que pone fin al procedimiento de formalización del compromiso, que contra la misma «no se dará recurso alguno, pero su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar» (73). Las consecuencias de esta afirmación se desarrollan en el párrafo segundo del mismo apartado 5.º, distinguiendo en primer lugar el supuesto de que el Juez no haya accedido a la formalización, en cuyo caso—como ya se indicaba anteriormente—«la petición podrá ser reproducida en juicio ordinario»; por el contrario, si se concede la formalización, «sólo podrá atacarse la validez del contrato preliminar mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo».

Por consiguiente, en el supuesto de que el Juez acceda a la formalización (74), habrá que esperar para impugnar la validez del contrato preliminar—contra el auto de formalización no se concede ningún recurso (75)—a que se dicte laudo, pudiendo entonces atacarse mediante los recursos establecidos para la impugnación del mismo (76). Tales recursos son diferentes según se trate de

a la formalización. Los árbitros dictaron laudo y la Compañía interpuso recurso de casación por infracción de Ley, alegando entre otros motivos que el compromiso debía haberse otorgado en escritura pública. El Tribunal Supremo no admitió el recurso. La sentencia de 20 de noviembre de 1963 reproduce la misma doctrina que la de 6 de febrero de 1962. El resumen de los hechos de la de 20 de noviembre de 1963 puede verse en la nota número 47. El recurrente sostenía que, por no haberse formalizado el compromiso en escritura pública, los árbitros de equidad carecían de poder para resolver las cuestiones por los mismos decididas.

(73) La razón por la cual el criterio del Juez no prejuzga definitivamente la validez del contrato preliminar se encuentra—según PRIETO CASTRO—en que «su actuación jurisdiccional tiene carácter de mera ejecución, no de calificación del fondo del negocio». (*Derecho Procesal Civil*, t. II. Madrid 1956, p. 300.)

(74) La posibilidad de reproducir la petición en juicio ordinario, cuando en el procedimiento del artículo 10 no se acceda a la formalización, ha sido ya examinada. Vid., supra, pp. 29 y 30

(75) La sentencia de 6 de febrero de 1962 dice que la resolución del Juez accediendo a la formalización del compromiso «únicamente puede ser combatida al presente al amparo del párrafo penúltimo del artículo 10 de la Ley de arbitraje...». Don José S. A. c, la «Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S. A.». En el recurso se discutía el auto del Juez de Primera Instancia que accedía a la formalización. (El resumen de hechos de esta sentencia está contenido en la nota núm. 72)

(76) Así lo interpreta la doctrina; se dice, en efecto, que el auto no es directamente recurrible. «aunque quepa discutirlo *más tarde*, en las hipótesis que la

arbitraje de derecho o de equidad. En el primer supuesto procederá sólo el recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo (art. 28); en el segundo, esto es, en el arbitraje de equidad, sólo es posible el recurso de nulidad ante la misma Sala primera, por los motivos que se establecen en el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 30).

Si, en general, puede criticarse a la Ley de 1953 por no haber adaptado el sistema de recursos de la Ley de Enjuiciamiento civil a la especialidad que presenta el arbitraje (77), tales críticas pueden intensificarse en relación con la posibilidad establecida de atacar la validez del contrato preliminar, ya que el artículo 10-5.º párrafo segundo se limita a remitirse a los recursos establecidos para la impugnación del laudo; pero ni aquí, ni en otro lugar, la Ley dice si la cuestión de la validez del contrato preliminar se considera como un motivo nuevo en el cual se pueda fundamentar ya el recurso de casación, ya el de nulidad, o si, por el contrario, el problema habrá de resolverse introduciendo la cuestión de la validez, más o menos forzosamente, en alguno de los motivos que taxativamente señala la Ley de Enjuiciamiento civil para fundamentar tales recursos.

El problema apuntado, que puede solucionarse con facilidad en el arbitraje de derecho, dada la mayor amplitud del recurso que se concede, es especialmente grave en el arbitraje de equidad, ya que en el apartado 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que hay que atenerse para determinar los motivos en que puede fundamentarse el recurso de nulidad, lo limita a los tres supuestos siguientes: 1) haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en el compromiso; 2) haber resuelto puntos no sometidos a la decisión de los amigables compondores; 3) haber resuelto sobre puntos que no fueran de índole civil o estuvieran comprendidos en las excepciones consignadas en el párrafo 2.º del artículo 487.

FERNÁNDEZ SERRANO se ha planteado la cuestión de si el recurso extraordinario de nulidad debe limitarse a los motivos señalados

propia Ley establece». (MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.ª ed., t. IV. Madrid 1955, p. 287.)

(77) GUASP, ob. cit., p. 168; PRIETO CASTRO, ob. cit., t. II, p. 419.

por el apartado 3.º del artículo 1.691 o si cabe entender que otros supuestos no mencionados en la literalidad de dicho apartado deben, sin embargo, estimarse comprendidos en él. Inclinandose por la interpretación amplia señala que habría que incluir dentro de tal recurso todos los supuestos en que, por haberse infringido la Ley, el compromiso o el laudo fueran nulos de pleno derecho (78).

El Tribunal Supremo—salvo algunas excepciones—ha interpretado restrictivamente el apartado 3.º del artículo 1.691, no admitiendo el recurso más que en los supuestos taxativamente expresados (79). Consecuencia de esta interpretación restrictiva es que haya estimado que las imprecisas frases que emplea el número 5 del artículo 10 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 no pueden referirse al arbitraje de equidad, porque se opone a ello el único recurso concedido en su artículo 30, en relación con el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley Procesal (80). Con más claridad, en la sentencia de 27 de noviembre de 1963, después de recordar que la validez del contrato preliminar sólo podrá atacarse mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo, pone de manifiesto que si el laudo «recae en un arbitraje de equidad, el texto limitativo del artículo 30 impedirá que tal cuestión pueda ser viable...». En esta misma sentencia se afirma que el recurso de nulidad no se puede fundamentar en el hecho de que los puntos de la controversia no cabían dentro de los términos de la cláusula, diciéndose que «como tales extremos controvertidos, sobre los que había de recaer el laudo, fueron judicialmente señalados, el concreto aspecto en que el recurso se plantea el tema de la adecuación refiriéndose no a la resuelta por el árbitro en relación al encargo que se le confió, sino a lo acordado por el Juzgado a la vista de la cláusula compromisoria, envuelve un problema ajeno a la materia propia del recurso, que por lo dicho anteriormente sólo podía plantearse de modo eficaz en el procedimiento adecuado

(78) FERNÁNDEZ SERRANO, *Sobre los arbitrajes de Derecho Privado*. «Revista Jurídica de Cataluña», 1954 (julio-agosto), p. 336.

(79) FERNÁNDEZ SERRANO, loc. cit., pp. 337 y ss. PRIETO CASTRO recoge sentencias del Tribunal Supremo en las que se realiza una interpretación extensiva del artículo 1.691, apartado 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Ob. cit., t. II, página 422.)

(80) *Don Felipe B.L. c. don Alfonso B.A.* Para el resumen de hechos, ver la nota núm. 47. A través del recurso se quería combatir la validez del compromiso.

para ello, consideración que por sí sola ha de ocasionar la desestimación del motivo que se examina» (81).

Finalmente, dentro de esta misma línea de interpretación restrictiva, en la sentencia de 27 de octubre de 1961 se dice que las cuestiones que afectan a la validez del compromiso por imperativo del número 3.º del artículo 1.691 no caben en este recurso de nulidad, «toda vez que al presuponer el laudo la existencia de un compromiso válido, pues sin éste los árbitros no pueden actuar con eficacia, no puede atacarse al laudo impugnando la legalidad de la formalización judicial del compromiso, legalidad que no puede discutirse en este recurso, cual ya tenía declarado esta Sala en sentencias de 21 de octubre de 1943 y 14 de octubre de 1947, doctrina que es aplicable a la regulación vigente, por lo que al fundarse este motivo en causas no comprendidas en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje es obligada su desestimación» (82).

(81) *Don Angel A. C. c. don Juan A. C.*, socios de «Confecciones Giral, S. A.». Ver nota núm. 38. El recurso de nulidad se fundaba en que en el laudo arbitral se resolvían cuestiones extrañas a la cláusula compromisoria. El recurrente no se había opuesto en el procedimiento de formalización a que ésta tuviera lugar.

(82) *Bombi Calbeto c. «Gradulux, S. A.»*. Jurispr. Civ. 1961 (edic. of.), t. 102, página 746. «Gradulux» había concedido, mediante contrato de 20 de diciembre de 1954, la organización de las ventas de las persianas por ella producidas a don Joaquín Bombi. En el contrato había una cláusula compromisoria que sometía las cuestiones a arbitraje de equidad. El Juzgado, mediante auto dictado a instancia del señor Bombi, declaró que había lugar a la formalización del compromiso. Formalizado, se dictó laudo, que en gran parte daba la razón a «Gradulux». Don Joaquín interpuso recurso de nulidad tal como lo permite el artículo 30 de la Ley de 1953. Al amparo de la causa 3.ª del artículo 1.691 se denuncia exceso de poder por haber nombrado la autoridad judicial a un árbitro no propuesto por las partes, ser inhábil otro de los designados y no existir cuestión pendiente.

CAPÍTULO III

EFECTOS NEGATIVOS: EXCLUSION DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

A) NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN FUNDADA EN UN PACTO COMPROMISORIO.

Se ha dicho respecto del compromiso que frente al proceso opera con el carácter de excepción procesal (83). En efecto, si una de las partes ligadas por un compromiso o por un contrato preliminar en una cierta fase de su desarrollo acude a los Tribunales ordinarios, la otra puede oponer una excepción. La cuestión que se presenta es la de la naturaleza de tal excepción. Este problema ha preocupado a la doctrina. Se trata de una cuestión difícil cuya solución tiene «que venir impuesta por construcciones jurídicas anteriores: según se conciba el proceso, la jurisdicción, el acto procesal, etc., así se responderá al interrogante abierto» (84).

Cabe registrar al respecto dos posiciones doctrinales; para aquellos que consideran que el arbitraje no puede calificarse como ejercicio de una actividad jurisdiccional no es posible pensar en conflictos de competencia entre la autoridad judicial y los árbitros. La excepción de compromiso constituiría una excepción prejudicial de improponibilidad, tendente a hacer valer la renuncia de las partes al procedimiento de cognición judicial. Por el contrario, para los que consideran que el arbitraje constituye un procedimiento jurisdiccional se trataría de una excepción de incompetencia de jurisdicción (85).

Es fácil encontrar opiniones doctrinales en cualquiera de los sentidos indicados; sin embargo, cabría señalar una cierta pre-

(83) DE DIEGO LORA, *Soluciones extrajurisdiccionales de conflictos intersubjetivos*. «Anuario de Derecho Civil», IV, fasc. III, 1951, p. 1.030.

(84) LÓPEZ ORTIZ, Luis, *Los contratos procesales* (separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia»). Madrid 1954, p. 23.

(85) BIAONTI, loc. cit., p. 925.

ferencia en la doctrina y jurisprudencia tendente a configurar los conflictos entre jueces ordinarios y arbitrales como conflictos de competencia; por ello, REDENTI dice que se trata de un error tan generalizado y enraizado que es prácticamente inútil reaccionar (86).

En Derecho español se habla por algunos autores de excepción de incompetencia (87). El Tribunal Supremo, tanto antes de la Ley de 1953 como después, viene hablando en el caso de compromiso de excepción de incompetencia. Baste recordar, a título de ejemplo, que en la sentencia de 31 de mayo de 1958 se dice que la cláusula compromisoria vincula a las partes a la conclusión del compromiso para eliminar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado.

No obstante, algún sector doctrinal patrio manifiesta una cierta repugnancia a configurar esta excepción como de incompetencia. Así, LÓPEZ ORTIZ, que, después de explicar el hecho de que los Tribunales la calificaran como excepción de incompetencia por razones de tipo práctico, señala que tras el artículo 19 de la Ley de 1953 ya ha surgido la excepción típica y, desde luego, previa. «Con esto—continúa diciendo—es lógico pensar que desaparecerá la utilización de la incompetencia» (88).

No siendo una excepción de incompetencia cabe preguntarse a qué clase o tipo de excepción pertenece. Se ha hablado de la excepción arbitraria (89). Pero lo cierto es que no encontrándose una solución clara al problema se recurre a una ficción y se dice que «a falta de otra excepción expresamente denominada y mencionada en la Ley de Enjuiciamiento civil, hay que aplicar la de incompetencia de jurisdicción, porque si el compromiso tiene como finalidad excluir la actuación de la jurisdicción ordinaria, a la parte que, con olvido de lo pactado, acude a la misma, debe obligársele a que cumpla su compromiso mediante la correspondiente excepción, la que, lógicamente, debe ser la que sirva para hacer eficaz la exclusión de la justicia estatal, y como ésta, por voluntad de los interesados, aceptada por la Ley, está apartada del conoci-

(86) REDENTI, loc. cit., p. 792.

(87) VALCARCE, loc. cit., p. 54.

(88) LÓPEZ ORTIZ, loc. cit., p. 25, nota 32.

(89) ROCA JUAN, loc. cit., pp. 196 y 197.

miento de la controversia, es indudable que para la misma no tiene competencia» (90).

Desde luego, caben hacerse ciertos reparos a la idea de que las partes signatarias de un compromiso puedan provocar la incompetencia de los Tribunales ordinarios (91).

Por ello, no puede admitirse la identificación de la excepción fundada en la existencia de un compromiso con la de incompetencia, lo cual no impide que entre ambas exista cierta analogía, derivada de la semejanza existente entre la auténtica situación de incompetencia y la que nace del pacto compromisorio que motiva, si se le hace valer, que los jueces ordinarios no puedan conocer de las materias en él comprendidas.

En consecuencia, puede decirse que no es la excepción fundada en la sumisión a árbitros una excepción de incompetencia, pero no existe inconveniente en que se le aplique—en lo que sea posible; por la razón de la analogía existente entre ambas—la misma reglamentación que establece la Ley de Enjuiciamiento civil para la de incompetencia. Así, en el supuesto de arbitraje no se pueden utilizar los medios establecidos por el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento civil para promover las cuestiones de competencia, ya que el Tribunal arbitral carece de facultades para requerir a los Tribunales ordinarios (92).

En caso de que los Tribunales ordinarios desestimasen indebidamente una excepción basada en un compromiso, parece que por razones prácticas se puede admitir el recurso de casación fundado en el número 6.º del artículo 1.692. Esta solución puede fundarse en una razón de reciprocidad, ya que, si los árbitros de derecho deciden sobre cuestiones no comprendidas en el compromiso, se podrá fundamentar el recurso de casación en dicho apartado del artículo 1.692 (art. 28 de la Ley).

La asimilación de la excepción de compromiso a la de incompetencia puede fundamentarse también en el hecho de que el artículo 19 de la Ley parece concebirla como dilatoria, al decir que

(90) OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 42. PRIETO CASTRO parece estimar que el mecanismo de la excepción de incompetencia contenido en el artículo 533-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable a falta de otra defensa «expresamente denominada y mencionada». (Ob. cit., t. II, p. 280)

(91) DE DIEGO LORA, loc. cit., p. 1.028.

(92) LÓPEZ ORTIZ, loc. cit., p. 25.

tendrá «carácter previo» y de todas las excepciones dilatorias reguladas en la Ley de Enjuiciamiento civil la más análoga parece ser la del apartado 1.º del artículo 533.

Dada la analogía existente entre la excepción fundada en un pacto compromisorio y la de incompetencia, en adelante se designará—en ciertas ocasiones—a la primera bajo la denominación de excepción de incompetencia. Aunque desde el punto de vista técnico tal denominación no sea apropiada presenta la ventaja de ser comúnmente utilizada.

B) VIRTUALIDAD DEL CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE PARA EXCLUIR A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS.

Siendo el contrato preliminar de arbitraje la fase preparatoria o inicial de un fenómeno más complejo que, de desarrollarse totalmente, desembocará en un arbitraje, es interesante preguntarse qué efecto puede tener para excluir la competencia de los Tribunales ordinarios. Esta cuestión encierra un problema previo consistente en determinar si basta el acuerdo de las partes de sumisión al arbitraje para que los Tribunales del Estado sean excluidos o si, por el contrario, se requiere no sólo eso, sino también que los árbitros estén nombrados e incluso que hayan aceptado y esté constituido el Tribunal arbitral.

a) *Doctrinas al respecto.*

En la doctrina se han mantenido las opiniones más diversas. CARNELUTTI ha señalado que el presupuesto de la pérdida de la competencia de los jueces ordinarios se halla en el nombramiento de los árbitros; por ello, las partes no pueden obtener la derogación de la competencia de los Tribunales si no designan a los árbitros. Esto quiere decir que un simple acuerdo negativo sobre la incompetencia de los jueces estatales no tiene ninguna eficacia (93).

(93) CARNELUTTI, *Pactum de compromittendo?* «Rivista di Diritto Processuale Civile». Vol XI, parte II, año 1934, p. 97.

En la doctrina española, VALCARCE, refiriéndose a la Ley de 22 de diciembre de 1953, afirma que, estando la institución del arbitraje integrada por el compromiso, la dación y recepción del árbitro y el procedimiento arbitral, se precisa la notificación y aceptación de los árbitros para que el demandado ante los Tribunales ordinarios pueda alegar con éxito la excepción de incompetencia. «Antes de la aceptación no hay Tribunal constituido en el cual pueda declinarse la competencia, denunciada en su desviación» (94). Por ello, en el terreno puramente doctrinal estima que la cláusula compromisoria por sí sola no tiene fuerza para excluir la intervención del Juez ordinario, pues éste no puede declinar su competencia en un Tribunal todavía no formado. Considera que las teorías que atribuyen a la cláusula compromisoria la virtualidad de producir la incompetencia del Juez, la confunden con el compromiso rectamente formado «y no cabe identificar la causa con el efecto, el embrión con el ser ya desarrollado en la esfera vital, y más cuando podía resultar problemática la formalización del compromiso ya en sí, ya respecto a la fijación de los problemas controvertidos» (95). Sin embargo, este autor rectifica las afirmaciones anteriores cuando interpretando el artículo 11 de la Ley de 1953 llega a la conclusión de que, estando pendiente de formalización judicial, el contrato preliminar puede excluir, si una parte lo alega, el proceso judicial sobre las cuestiones a que hace referencia. Argumentando en este último sentido afirma que la cláusula compromisoria no está por el momento «inerte», ya que se halla luchando judicialmente para adquirir plena viabilidad y constituir el órgano privado competente, que es su sede privativa por voluntad de las partes (96).

ROCA JUAN estima que el contrato preliminar de arbitraje no constituye por sí mismo una excepción, pues «es una etapa menos firme que el compromiso, en cuanto éste, al estar revestido de las formalidades exigidas, produce el doble efecto de instituir el arbitraje y constituir la excepción de inadmisibilidad del proceso, cuyos efectos se niegan al simple pacto compromisorio» (97). El

(94) VALCARCE, loc. cit., pp. 55-56.

(95) VALCARCE, loc. cit., p. 20.

(96) VALCARCE, loc. cit., pp. 31-32.

(97) ROCA JUAN, loc. cit., p. 197.

pacto de preparación del arbitraje no instituye el arbitraje, ni constituye excepción procesal hasta que se formaliza (98). La expresión «quedará sin efecto» si no se formaliza, que el artículo 11 emplea, sólo puede referirse a que sin la formalización del compromiso no puede utilizarse el simple pacto compromisorio como excepción (art. 19), lo cual implica que «la llamada formalización no es simple solemnización del pacto compromisorio, sino constitución del compromiso—art. 10-4.º—y con ello constitución de una excepción arbitratoria» (99).

En la época anterior a la Ley de 1953, si una de las partes que había pactado la cláusula acudía a los Tribunales ordinarios sin haber intentado previamente la ejecución del compromiso, la jurisprudencia se pronunciaba en el sentido de que la cláusula compromisoria era suficiente para fundar una excepción capaz de impedir que los Tribunales decidieran sobre el fondo de las cuestiones planteadas (100). Esto era así siempre que antes no se hubiera requerido al contrario para el otorgamiento del compromiso, pues si se le había requerido sin resultado, como la Ley no ofrecía medios de coerción para obligar al otorgamiento, la cláusula compromisoria quedaba sin efecto y la jurisdicción ordinaria volvía a tener competencia plena (101). El sistema resultaba complicado y poco práctico, pues «la cláusula, como es lógico, se había consignado con el fin de evitar el pleito y economizar tiempo y gastos en la solución del posible litigio; y si una de las partes obra de mala fe, la otra, en vez de conseguir el fin propuesto, debe litigar primero para obtener la condena del contumaz y evitar que si demanda directamente sobre la cuestión de fondo pueda el otro oponer la excepción de incompetencia; luego, una vez ha vencido, puede presentar la demanda principal, complicada además con la

(98) ROCA JUAN, loc. cit., p. 198. La misma posición parece adoptar GUASP cuando señala que el contrato preliminar de arbitraje no produce los efectos negativos propios del compromiso, por los cuales cada una de las partes puede rehusar el ser llevada por la contraria ante los Tribunales de Justicia. (Ob. cit., páginas 97 y 98.)

(99) ROCA JUAN, loc. cit., p. 200.

(100) CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje*. «Revista del Instituto de Derecho Comparado». Barcelona, núm. 1, 1953 (julio-diciembre), p. 127; Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.170-1.171.

(101) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.171.

reclamación de daños y perjuicios. El resultado no puede ser más incongruente con el fin» (102).

En general, todas las legislaciones reconocen a la cláusula virtualidad para impedir que los Tribunales decidan sobre el fondo de las cuestiones a que hace referencia (103). En Derecho francés la cláusula produce la incompetencia de los Tribunales ordinarios; siendo una incompetencia de carácter relativo, debe ser propuesta en el comienzo del proceso (104). En Derecho italiano se asimilan en este punto compromiso y cláusula compromisoria, considerándose que de ambos surge una excepción relativa que debe hacerse valer ante la autoridad judicial «in limine litis» (105).

A la vista de las doctrinas anteriores puede llegarse a la conclusión de que caben cuatro posibles soluciones a la cuestión planteada sobre la eficacia de la cláusula compromisoria para excluir a los Tribunales del Estado:

a') Aquella que partiendo de la consideración de que la incompetencia de los Tribunales ordinarios sólo surge cuando los árbitros han sido nombrados y han aceptado el encargo, niega a la cláusula el efecto de constituir por sí sola una excepción capaz de provocar la incompetencia de los jueces ordinarios.

b') El compromiso tiene virtualidad para provocar la inadmisibilidad del juicio ante los jueces ordinarios, la cláusula compromisoria no tiene la suficiente fuerza para ello; sin embargo, la puede adquirir mediante la formalización.

c') No sólo estando ya formalizada, sino también pendiente de formalización, la cláusula compromisoria puede fundamentar una excepción encaminada a provocar la incompetencia de los jueces ordinarios.

(102) CARRERAS, *Contribución al estudio...*, cit., p. 129.

(103) CARRERAS, *Contribución al estudio...*, cit., p. 127.

(104) HAMONIC, G., *A propos de la clause compromissoire*. «La Gazette du Palais», 1951, primer semestre (doctrina), p. 54. MOREL, René, *Compromis-clause compromissoire*. «Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit Civil», t. I. París 1951, página 925. Sin embargo, la casación francesa ha sostenido en varias decisiones que la excepción derivada de la cláusula compromisoria constituye una declinatoria de competencia por razón de la materia, pudiendo hacerse valer en cualquier estado del proceso. (HEBRAUD *Cronique de Procédure civile*. «Révue Trimestrielle de Droit Civil», 1958, p. 661.

(105) REDENTI, loc. cit., p. 792; BIANCONI, loc. cit., pp. 925-926; SCHIZZEROTTO, ob. cit., pp. 111-112.

d') La sola cláusula compromisaria, sin necesidad de más requisitos, es suficiente para sustraer las cuestiones a que se refiere a los Tribunales ordinarios.

b) *Examen de la cuestión en la Ley española de 1953.*

No es fácil juzgar sobre la conveniencia de una solución o sobre los inconvenientes de otra. Por otra parte, la eficacia que en este punto se atribuye a la cláusula compromisoria está dependiendo no sólo de la concepción que de la misma se tenga, sino también de la que merezca el arbitraje en su conjunto; por ello, no se puede en abstracto declarar una preferencia. Sin embargo, sí que es posible ante un sistema concreto determinar la solución que adopta y valorar si tal solución es o no la más apropiada dentro de tal sistema. Dada la finalidad de este estudio, será conveniente determinar concretamente cuál es la solución adoptada por la Ley española de 1953. Como se ha visto anteriormente, la doctrina parece dar la preferencia a la solución consistente en estimar que en dicha Ley la cláusula sólo puede fundamentar una excepción cuando ha habido formalización (ROCA JUAN), o cuando por lo menos está pendiente de formalización (VALCARCE, PRIETO CASTRO, etcétera). No obstante, también se han defendido otros criterios; así, poco después de promulgarse la nueva Ley sobre arbitraje, algún jurista sostuvo que no modificando el régimen existente en materia de excepciones procesales y si bien expresamente sólo reconocía a una de ellas, la fundada en el compromiso, lo cierto es que la Ley no contenía prohibición alguna respecto a las otras, con lo cual debía continuar vigente la doctrina jurisprudencial que consideraba fundamento suficiente de la excepción de incompetencia la existencia de una cláusula compromisoria (106). En la actualidad, el análisis de la jurisprudencia permite observar que no ha seguido tal dirección, sino que, por el contrario, influenciada por la Ley ha modificado los criterios que había mantenido hasta 1953.

Antes de examinar la evolución jurisprudencial conviene estudiar detenidamente algunas de las doctrinas que se han soste-

(106) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 111.

nido en relación con la eficacia del contrato preliminar de arbitraje, tal como lo regula la Ley de 1953, para provocar la exclusión de los Tribunales ordinarios.

1) *Tesis que considera que la demanda ante los jueces ordinarios priva de eficacia al contrato preliminar.*

Desde luego, relacionando los artículos 11 y 19 de la Ley de 1953, resulta que el contrato preliminar sólo excluirá a los Tribunales ordinarios estando formalizado o pendiente de formalización. El problema se centra en la determinación del momento hasta el cual es posible provocar la pendencia de formalización. En efecto, si se piensa, como ROCA JUAN, que «el límite de la eficacia de la situación interina derivada del pacto compromisorio, no se encuentra en la no formalización, sino en el hecho de que una de las partes acuda a los Tribunales antes de que la otra haya pedido la formalización del compromiso y se da la circunstancia de que, de la misma manera que el compromiso excluye la actuación judicial, la actuación judicial excluye la situación derivada del pacto compromisorio» (107), se tiene como consecuencia que si la parte que quiere excluir el arbitraje presenta la demanda antes de que la otra haya pedido la formalización ésta sólo podrá oponer la excepción con base en el contrato preliminar, excepción que no prosperaría. Siendo esto así, las partes se ven inmersas «en una verdadera carrera de velocidad a fin de hacer valer sus respectivos propósitos, máxime si se considera que el pacto compromisorio sólo exige una determinación «de principio» de lo que ha de ser objeto de la resolución arbitral, de manera que al concretarse la controversia, es el momento en el cual, la parte que quiere eludir el pacto compromisorio puede acudir a los Tribunales directamente y la otra no podrá evitarlo, ya que el compromiso opera en vía de excepción, una vez formalizado» (108).

Siguiendo semejante interpretación resulta que el propósito del legislador de dar al contrato preliminar «una eficacia positiva y específica» a través de la formalización judicial (109), queda des-

(107) ROCA JUAN, loc. cit., p. 201.

(108) ROCA JUAN, loc. cit., p. 201.

(109) Exposición de Motivos de la Ley de 1953.

virtuado por el camino excesivamente estrecho establecido para conseguir la formalización, la cual será imposible en cuanto una parte haya propuesto la demanda antes de que la otra haya hecho uso del artículo 10 de la Ley.

2) *Solución propuesta por CARRERAS.*

CARRERAS ha tratado de superar los inconvenientes derivados de la falta de eficacia que para excluir a los Tribunales ordinarios parece atribuir la Ley de 1953 al contrato preliminar de arbitraje. En este sentido ha señalado que, si se permite la formalización judicial del contrato preliminar, hay que atribuirle también el efecto de poder provocar la exclusión de los Tribunales ordinarios, pues de lo contrario el pacto será de una eficacia ilusoria en muchos casos (110). La argumentación es de una lógica aplastante, pero no puede fundamentarse en la Ley, pues resulta evidente que lo que en ésta se establece es que para que el contrato preliminar llegue a producir efectos debe haberse formalizado o estar pendiente de formalización judicial (art. 11 de la Ley), de manera que sólo dándose alguna de estas circunstancias permite la Ley que produzca el efecto que el artículo 19 atribuye al otorgamiento del compromiso, esto es, impedir que los Jueces y Tribunales conozcan de la controversia sometida al fallo arbitral.

3) *Interpretación del Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo, cambiando la dirección que había mantenido antes de 1953, parece que actualmente considera que el contrato preliminar por si solo no es suficiente para fundamentar una excepción encaminada a sustraer las cuestiones a que se refiere del conocimiento de los Tribunales ordinarios. Así, en la sentencia de 31 de mayo de 1958 afirma categóricamente «que la cláusula compromisoria estipulada en el contrato privado de 5 de mayo de 1950, reconocido expresamente por las partes, no tiene más alcance que el de vincular jurídicamente a éstas a la conclusión futura del compromiso, con el fin de eliminar la competencia de

(110) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 111.

los órganos jurisdiccionales del Estado para conocer de las divergencias surgidas entre ellas sobre la concreta relación de derecho sustancial a que se contrae dicho pacto...» (111).

La sentencia de 24 de mayo de 1961, después de decir que compromiso y contrato preliminar de arbitraje son figuras muy distintas, afirma que «... es evidente que no habiendo sido otorgada la escritura de compromiso de ninguna de las dos formas enumeradas, quedó sin efecto el contrato preliminar de arbitraje de la cláusula 20 y libre y expedita la vía judicial para la resolución de las divergencias entre los socios, como ordena el artículo 11 de la misma Ley y decae el motivo de casación estudiado» (112).

La sentencia de 17 de mayo de 1962 señala que la eficacia del contrato preliminar de arbitraje no se extiende, caso de desacuerdo de las partes, «sino a la facultad de ejercitar el derecho que concede el párrafo segundo del artículo 9.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953...» (113).

Por consiguiente, el Tribunal Supremo, en las ocasiones que, con posterioridad a la Ley de 1953, ha tenido que manifestarse en relación con la eficacia del contrato preliminar de arbitraje para excluir a los Tribunales ordinarios, ha considerado que dicha Ley no le confiere fuerza suficiente para provocar una tal exclusión. Semejante orientación jurisprudencial es más significativa si se considera que, con anterioridad a la promulgación de la Ley, el criterio del Tribunal Supremo era contrario y admitía que la cláusula compromisoria producía la exclusión de los Tribunales ordinarios.

(111) *Palacin Balcell c. «Puche Hermanos y Compañía»*. Resumen de hechos contenido en la nota núm. 45.

(112) *Quiles Antón c. Quiles Boix*. Jurispr. Civ. 1961 (edic. of.), t. 99, pp. 723 y siguientes. Se discutía la validez de los acuerdos de disolución y liquidación de la Sociedad «Hijos de J. Quiles S.L.», de la cual tanto los actores como los demandados eran socios. El acuerdo de disolución lo habían tomado sólo los demandados. Los demandados alegaban en la contestación a la demanda la excepción de incompetencia de jurisdicción por deber ser sometida la cuestión planteada a amigables componedores, según se establecía en el artículo 20 de los estatutos de la Sociedad. El Juzgado de Elche se declaró incompetente. La Audiencia de Valencia no estimó la excepción de incompetencia y sentenció sobre el fondo. El Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación.

(113) «*Unión Española de Explosivos, S.A.*», c. la «*Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A.*». Resumen de hechos contenido en la nota núm. 58.

4) *Constitución «a posteriori» de la excepción de compromiso pendiente de formalización.*

El sistema legal de no conceder al contrato preliminar eficacia para excluir a los Tribunales ordinarios, si tiene una razón de ser en el hecho de que tal contrato es sólo una preparación del arbitraje, pero no implica la institución del mismo, interpretado rigurosamente, puede ser causa de que, al privar a la cláusula de su efecto negativo (exclusión de los Tribunales ordinarios), se la prive también en muchos casos, del efecto positivo (formalización), con lo cual la situación sería prácticamente igual a la anterior a la reforma (114).

El único resquicio que ofrece la Ley para superar tales inconvenientes se encuentra en la determinación del momento hasta el cual es posible provocar la pendencia de formalización. No parece aceptable el criterio de que la actuación judicial excluya la situación derivada del pacto compromisorio, de manera que una vez presentada la demanda ya no sea posible pedir la formalización. Ninguna razón se opone a que el demandado acuda al Juez competente para pedir la formalización y a continuación, ante el mismo Juez o ante el que conozca de la demanda sobre el fondo, pueda presentar la excepción de compromiso pendiente de formalización. El proceso sobre el fondo deberá ser suspendido y sólo podrá reanudarse si no se accede a la formalización.

La formalización puede pedirla el demandado hasta el momento en que pueda presentar la excepción (115); esta solución es más práctica que la que limita el plazo a la presentación de la demanda; cierto que la Ley no dice nada al respecto, pero dada la orientación general de la misma tendente a dar eficacia a la cláusula compromisoria, hay que rechazar cualquier interpretación que, sin un fundamento legal, conduzca a una solución contraria a su espíritu, como sucede admitiendo la tesis de que la actuación judicial excluye la situación derivada del pacto compromisorio.

La Ley lo que quiere es que sólo prospere la excepción cuando existan garantías de que la jurisdicción ordinaria vaya a ser sustituida por la de los árbitros. Tales garantías no existen si la ex-

(114) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., pp. 110-111.

(115) Vid. *supra*, pp. 32 y ss.

cepción se ha fundamentado sólo en el contrato preliminar, pues podría darse la situación absurda de que, admitida la excepción, el demandado se negara a formalizar, viéndose obligada la parte que no quiere el arbitraje a pedir la formalización o a repetir la demanda. La simple preparación del arbitraje no es suficiente para excluir a los Tribunales ordinarios; para que tal exclusión llegue a producirse se requiere que el acuerdo de preparación esté en vías de cristalizar en la institución del arbitraje, esto es, que esté pendiente de formalización, pues sólo así existen garantías de que el arbitraje llegue a efecto.

No se puede objetar que presentada la demanda sobre el fondo ya no se puede pedir la formalización del contrato preliminar por razón de litispendencia, ya que, como es bien sabido, la excepción de litispendencia trata de impedir la coexistencia de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto (116); sin embargo, el objeto de la demanda sobre el fondo y el de la demanda de formalización son distintos, no dándose el supuesto de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto, sino que existen dos relaciones procesales con objetos distintos.

La razón por la cual se suspende la demanda sobre el fondo se encuentra en el efecto que la formalización del compromiso tendrá, en caso de producirse, sobre la jurisdicción ordinaria, pues —como dice el artículo 19 de la Ley de 1953— «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral...». Es lógico que, estando pendiente la formalización, se suspenda el proceso ante los jueces del Estado hasta determinar si tal proceso será definitivamente excluido, como sucederá en el caso de que se produzca la formalización, o si renacerá, como acontecerá en el caso de no prosperar tal formalización.

La solución aquí propuesta de admitir que el demandado pida la formalización y oponga la excepción de compromiso pendiente de formalización es calificada por CARRERAS de aparente, pues estima que el artículo 11 de la Ley no puede interpretarse en el sentido de que el contrato surta todos los efectos del compromiso por el solo hecho de haberse solicitado la formalización judicial,

(116) DE LA PLAZA, *Derecho Procesal civil español*, vol. II, primera parte, 3.ª edición. Madrid 1955, p. 149.

sino «que la pendencia debe entenderse producida desde el momento en que el Juez *da lugar a la formalización*, hasta el en que haga las declaraciones necesarias, previstas en la regla cuarta del artículo 10» (117). Por consiguiente, su pensamiento parece consistir en estimar que la pendencia empieza cuando el Juez resuelve, por medio de auto, si accede o no a la formalización, subsistiendo tal pendencia hasta que hace las declaraciones en las que nombra árbitros y fija las cuestiones a resolver. Si esto es así, puede suceder muy bien, como el mismo autor señala, que «entre tanto se llega a dicha formalización, haya pasado ya el período procesal de alegaciones en que el demandado puede formular las excepciones que crea oportunas» (118). Parece más lógico pensar que la pendencia empieza desde que el interesado se dirige al Juez pidiendo la formalización, pues desde entonces está dependiendo de la decisión judicial; sin embargo, el momento señalado por CARRERAS como comienzo de la pendencia más bien parece su final, ya que en tal momento el Juez da lugar a la formalización; que después deba hacer unas declaraciones no significa que subsista la pendencia, pues ya es seguro que la formalización del compromiso se realiza.

Es acertada, sin embargo, la idea que mueve a dicho autor a llegar a tales conclusiones; en efecto, estando pendiente de formalización, el compromiso no surtirá, a pesar del artículo 11, todos los efectos que le están atribuidos por la Ley, ya que todavía no se sabe si habrá o no formalización; pero ello no puede llevar al extremo de estimar que la pendencia empieza cuando el Juez da lugar a la formalización. Lo que sucede propiamente es que los efectos que se producen estando pendiente la formalización están también *pendientes*, y en esto se diferencian de los producidos cuando el compromiso se ha otorgado ya, pues en tal caso la exclusión de los Tribunales ordinarios es definitiva, mientras que en estado de pendencia de formalización es sólo provisional, pendiente de que la formalización tenga o no lugar.

O. VICENTE TORRALBA SORIANO.

(117) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 112, nota 5.

(118) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 110.

NOTAS

La polémica entre hipotecarista sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción

La polémica sobre la estructura de nuestro sistema registral, sobre si tiene una, o dos, o varias columnas que le sostienen puede ser útil si de la misma surge la luz para su mejor interpretación en la aplicación del sistema a la realidad; pero resulta nociva la controversia si en la misma se emiten conceptos u opiniones que estrechan los efectos de la inscripción. Por ejemplo, cuando se afirma rotundamente, hasta la terquedad, que el «propio inmatriculante nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, porque al ser un inmatriculante le falta el requisito que consideramos aquí indispensable para ser protegido». Pero a esta afirmación hay que contestar que si el inmatriculante no puede estar protegido con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no trae causa de un titular inscrito, estará en cambio protegido por la prioridad establecida ampliamente en el artículo 32 de la misma Ley, que sólo exige implícitamente que el titular sea adquirente a título oneroso con buena fe y que inscriba su título. Decimos a título oneroso porque la Ley de 17 de julio de 1877 estableció la onerosidad para que el tercero pueda tener protección registral. La buena fe también debe exigirse para que la protección tenga fundamento ético; pero la buena fe que debe exigirse al adquirente es la establecida en el artículo 1.950 del Código civil, sin que sea suficiente la que da por presunta el artículo 34 en su segundo párrafo, toda vez que el adquirente inmatriculante conoce siempre la inexactitud del Registro, ya que según el artículo 39 de

la Ley existe el desacuerdo que, respecto del derecho inscribible del inmatriculante hay entre el Registro, donde no figura la finca y la realidad jurídica extrarregistral, en la que se encuentra un título de dominio sin inscribir.

Tal inmatriculante procede a la rectificación del Registro, de acuerdo con el apartado a) del artículo 40 de la Ley y según establecen los artículos 198 y 199 de la misma, practicando en el Registro la primera inscripción de las fincas que no figuren inscritas a favor de persona alguna. Y gracias al Tribunal Supremo, que establece jurisprudencia admitiendo la protección registral de prioridad a favor del inmatriculante, transcurridos los dos años siguientes a la fecha de la inscripción.

LA PRIORIDAD REGISTRAL TAMBIÉN ACTÚA EN LAS INSCRIPCIONES DE INMATRICULACIÓN.

Dichos efectos de la inscripción del inmatriculante derivan del principio de prioridad comprendido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 606 y 1.473 del Código civil, basándose en la integridad o aspecto negativo de la fe pública registral, amparándose el adquirente en la ausencia en el Registro de todo derecho a favor de otra persona; y así, el último párrafo del citado artículo 40 no puede referirse a la rectificación registral que se realiza por la inmatriculación, porque no hay asiento alguno vigente antes de la inmatriculación.

EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN CUANTO A PRIORIDAD MATERIAL Y A LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Cuando los tratadistas de Derecho inmobiliario y los que escribimos trabajos sobre el alcance de varios artículos de la Ley Hipotecaria nos empeñamos en mantener polémicas acerca del tercero hipotecario y acerca de si nuestro sistema es de transcripción, oriundo de países latinos, o si es sistema amparado en la exactitud registral de origen germánico, o también de si es sistema mixto

que sostenemos los de tesis dualista, el Tribunal Supremo abre brecha, como hemos indicado, y gracias a Dios, hacia el sistema mixto, admitiendo los efectos de la inscripción en el sentido de prioridad, de oponibilidad al tercero civil, enervando la eficacia del título no inscrito, incluso tratándose de las inscripciones de inmatriculación, transcurridos que sean los dos años a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria; y de este modo las sentencias de 7 de mayo y 6 de diciembre de 1962 reconocen, según el artículo 1.473 del Código civil, la preferencia en doble venta a los compradores que consiguieron las inscripciones de sus respectivos títulos por inmatriculación de las fincas cuando habían pasado los dos años.

Aquí no pinta nada el artículo 34 de la Ley, ni el último párrafo del artículo 40 de la misma, ni el 31, ni el 220, que parten del supuesto de una inscripción anterior a la del adquirente, en la que éste confía. Aquí, en los casos de las mencionadas sentencias, entra en función el artículo 32 de la Ley, que recoge en su amplio ámbito la prioridad en los supuestos en que la adquisición del tercero no se funda en la inscripción del transferente. Expresemos el artículo: «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». Este tercero es el adquirente a título oneroso y con buena fe que haya cumplido con el requisito de la inscripción, como se decía en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861. Si no hubiera inscrito no sería tercero hipotecario, según repetida jurisprudencia. Es el adquirente de un derecho a título oneroso frente a otros títulos o causas no inscritos sobre los mismos bienes y que inscribe su título. De no haberlo inscrito sería simplemente un tercero civil, sin estar al alcance de los principios hipotecarios.

Nuestro sistema es mixto o dualista porque, por una parte, el dominio y otros varios derechos reales se pueden transmitir fuera del Registro y se les aplica el Derecho civil, y por esto mismo existe la posibilidad de que sobre una misma finca existan derechos incompatibles y para dirimir la colisión se establece un sistema que dé preferencia al titular que a él se acoja antes que ningún otro; y este sistema sería aquel que mejor se adapte a la realidad,

y es el sistema de transcripción o de prioridad. Pero, por otra parte, en nuestro régimen hipotecario también existe el principio de exactitud registral, la legitimación registral, hoy establecida en el artículo 38 de la Ley, la fe pública registral en su aspecto positivo, que al servir de base al adquirente a título oneroso para decidirse a adquirir, la Ley Hipotecaria le mantiene en su adquisición. Por esto nuestro sistema resulta mixto y práctico para nuestro Ordenamiento inmobiliario.

La legitimación registral está admitida expresamente por la Ley de 1944-46, en su artículo 38, que dice así: «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». Implícitamente, este principio de exactitud ya actuaba, por lo menos en parte, en nuestro sistema ya antes de la Ley de 1944-46: Además de la exactitud que se presumía en el artículo 34, en el 31, en el 69, en el 264 (hoy 220), en el tracto sucesivo juega la legitimación dispositiva y lo mismo en la prioridad del artículo 17, en el cual, una vez que inscriba o anote el comprador, ya el vendedor carece de legitimación dispositiva y se rechaza cualquier otro título que se oponga al que primero se haya presentado.

O sea, que hoy nuestro régimen se basa en la fe pública registral, que se funda en la integridad y en la exactitud registrales. La integridad es la fe pública registral en su aspecto negativo: Lo que no está en el Registro no perjudica a tercero, y este aspecto negativo encaja perfectamente en el artículo 32 y también en el artículo 37, y así la fe pública en sentido negativo determina que el dominio, los demás derechos reales y las causas de nulidad o de rescisión, si no constan en los asientos del Registro no perjudican al tercero que se acoge a la protección registral. Esta prioridad, unida al principio de exactitud, que sirve para que el adquirente esté confiado en los asientos del Registro, imprime a nuestro sistema el carácter de mixto y así resulta más perfecto que los otros sistemas latinos.

EL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECE QUE LA INSCRIPCIÓN PUEDE
SUPLIR EL TÍTULO DE DOMINIO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN
REIVINDICATORIA.

El Tribunal Supremo exigía para ejercitar la acción reivindicatoria el título que acreditara el dominio u otro derecho real y no consideraba suficiente la certificación del Registro en que se hacía constar que la finca o derecho figuraba a nombre del actor. Pero una vez que en el artículo 38 de la Ley de 1944-46 se establecía el principio de legitimación registral, esperábamos que llegara la jurisprudencia del Supremo para ver si continuaba manteniendo el mismo criterio o, por el contrario, reconocería los efectos del principio establecido en dicho artículo, al decir que a todos los efectos legales (y entre ellos el artículo 348 del Código civil) se presumirá que los derechos reales inscritos *pertenecen* a su titular; pues tal jurisprudencia ha llegado y tenemos dos sentencias por lo menos que establecen que mientras no se pruebe que lo que expresan los asientos del Registro es inexacto basta una certificación del Registro sobre el contenido de los asientos para probar en el juicio el dominio o derecho real que se reivindique. Las sentencias que admiten el principio de legitimación para la acción reivindicatoria son las de 23 de noviembre de 1961 y 28 de octubre de 1964.

LA TESIS MONISTA SOBRE EL TERCERO HIPOTECARIO NO RESULTA
POSIBLE EN LA APLICACIÓN DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO,
NI HACE FALTA, DADA LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO.

Decir que no hay en nuestro sistema más tercero hipotecario que aquel que resulta de la aplicación de todos los requisitos del artículo 34 de la Ley, es tanto como anquilosar nuestro régimen hipotecario y prescindir de su origen y desarrollo, que según sus autores resulta *ecléctico* de dos sistemas; del germánico y del francés. Desde la Base 52 de don Claudio Antón de Luzuriaga, aprobada por la Comisión de Códigos el 5 de diciembre de 1843, que establecía la inscripción constitutiva, hasta que la misma Base tuvo

que sufrir alteración, después del acalorado debate entre el mismo Luzuriaga y don Florencio García Goyena, muy afrancesado, y teniendo que transigir Luzuriaga hacia un sistema ecléctico, admitiéndose la inscripción constitutiva sólo en cuanto a tercero, pudiendo existir la propiedad inmueble fuera del Registro; de manera que la Base 52 modificada se fundaba a la vez en el principio de prioridad para el tercero y en el sistema germánico en el resto de la estructuración, y para ello pudo inspirarse en la obra de Antoine de SAINT-JOSEPH, *Concordancias entre las leyes hipotecarias extranjeras y francesas*, encontrando en esta obra leyes basadas en sistema ecléctico, sobre todo el proyecto de Ley del Catón de Ginebra de 1827, y tal adaptación hubo de merecer luego la simpatía de los otros miembros de la Comisión; y así el mismo García Goyena decía que si bien el dominio de la cosa vendida pasa al comprador por el simple consentimiento respecto de los contrayentes, no podrá pasar en cuanto a tercero, y esto obligó a Luzuriaga a modificar la citada Base, reduciendo el principio de inscripción para tercero solamente; y por esto mismo, a continuación de la Base se agregó un párrafo, a instancia del mismo García Goyena, y que luego pasó al Anteproyecto de 1848, que decía: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes raíces a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título». Con esto ya se admitía el principio de prioridad material. Este Anteproyecto de 1848 pasó al Proyecto de Ley de 1851, sirviendo la citada Base de fundamento al artículo 23 de la Ley de 1861, y más tarde entra en el Código civil en los artículos 606 y 1.473. Y decía Luzuriaga a este respecto, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1848, lo siguiente: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener esta carácter por la última inscripción». Este pensamiento perdura en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que viene a decir que sólo se considere propietario al que resulte como tal por la última inscripción y que los títulos de dominio y demás derechos reales no inscritos no perjudican al que resulta dueño por la última inscripción, que es el tercero hipotecario.

EL GOBIERNO ENCARGÓ A LA COMISIÓN QUE SE INSPIRASE EN LOS TRABAJOS ANTERIORES Y EN EL CRITERIO DE SUS AUTORES.

El Gobierno, en 1855, encargó a la Comisión de Códigos redactar una Ley especial hipotecaria recomendándole a la Comisión que se inspirase en los trabajos legislativos de las Comisiones anteriores y que respondiese al concepto amplio y total que de la reforma tenían los autores de aquellos trabajos, que como hemos visto eran un concepto ecléctico.

En la discusión mantenida por don Francisco Cárdenas y el profesor señor Permanyer decía aquél que la inscripción debía ser constitutiva sólo en cuanto a tercero. Otro miembro de la Comisión que preparó la Ley de 1861 era don Pedro Gómez de la Serna, que, no obstante ser partidario del Derecho romano y de Las Partidas, decía en la Exposición de Motivos de esta Ley: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituídos y traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo, así una venta que no se inscriba ni se consume por tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos (quería que la inscripción supliese a la tradición, como constitutiva), si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto de otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Este que cumple con el requisito de la inscripción es el tercero a que alude el artículo 23 (32).

Como puede observarse, la preferencia que confiere el artículo 1.473 a la compraventa inscrita no es más que la resultante de la evolución de la Base 52 reformada, desde la inscripción constitutiva respecto a todos hasta la inscripción constitutiva sólo respecto a tercero.

Este alcance que establece el Anteproyecto de 1848 pasó al Proyecto del Código civil de 1851 (arts. 1.858 y 1.859). El Proyecto de Ley de Bases de 1857 restablecía nuevamente la Base 52 de 1843; pero luego el Proyecto de Ley Hipotecaria de 4 de junio de 1860

vuelve a recoger la Base 52, reformada en el Anteproyecto de 1848; y en este sentido pasa al artículo 23, al 24, al 25, al 34, al 36 de la Ley de 1861, y después a los artículos 606 y 1.473 del Código civil, reforzados por el 1.537 del mismo. Así nuestro sistema, por el principio de inscripción respecto de tercero, determina la preferencia a favor del adquirente que inscribe basándose solamente en el principio de prioridad.

El artículo 34 de la Ley, que algunos consideran como único para que exista tercero hipotecario, como si todos los bienes inmuebles estuvieran inscritos o como si no hubiera transmisiones fuera del Registro, también tiene su historia y que no salió al mundo como básico en nuestro sistema; apareció en la Ley Hipotecaria de 1861, «per accidens», igual que los artículos 31, 33, 36, 37 y 38. Sólo el artículo 23 se consideró entonces como fundamental en la Ley Hipotecaria. Veamos cómo apareció el artículo 34. El Gobierno, convencido de que el Proyecto de la Ley de Bases era insuficiente, antes de que pasase al Senado a su discusión, indicó al Presidente de la Comisión de Códigos que ésta diera por concluido todo el Proyecto de Ley Hipotecaria y que procediese también a la redacción de un Reglamento para la ejecución de la Ley. La Comisión procedió a la última revisión del Proyecto de Ley, quedando aprobado el 5 de junio de 1858, encargando al señor Cárdenas la redacción del Proyecto de Reglamento, que lo redactó en seguida, siendo sometido a una profunda discusión en la Comisión, siendo aprobado el día 3 de junio de 1859. Y resulta curioso observar que al mismo tiempo que se discutían los artículos del Reglamento se estudiaba y aprobaba gran número de preceptos propios de la Ley, y así se adicionaban al Proyecto de Ley en el lugar que la Comisión consideraba más adecuado, y de esta manera se fueron agregando al Proyecto de Ley más de 200 artículos nuevos y entre ellos los artículos 33, 34 y 36. El artículo 33 lo agregaron al Proyecto de Ley los de la Comisión, estableciendo una excepción a la regla general contenida en el artículo 23; tal excepción consistía: «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes». Pero esta negación podía dar lugar a dejar sin firmeza el sistema hipotecario, y para evitar esto los de la Comisión añadieron otro artículo, el 34, como excepción al artículo 33, que decía: «No obstante lo declarado en el artículo anterior (esta frase

se debía conservar en el actual) los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello no se invalidarán en *cuanto a tercero*, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro». Como se puede observar, en esta primera redacción se dice que no se invalidarán en cuanto a tercero, sin decir a título oneroso; pero luego, por la Ley de 17 de julio de 1877, se ha reducido esta protección del artículo 34 a los que adquieran a título oneroso y se reforma el artículo... «una vez inscritos no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso ..».

En la Ley de 1909 sigue el artículo 34 con esta misma redacción, hasta que en la Ley de 1944-46 se ha querido camuflar la excepción al artículo 33 suprimiendo las palabras «No obstante lo declarado en el artículo anterior...» y se intentó configurar un concepto del *tercero* con visos de carácter general, sin conseguirlo; y en el fondo viene a decir igual que el mismo artículo 34 de la Ley de 1909, excepto lo que le agregaron sobre la buena fe. Vamos a analizar el de la Ley vigente: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho...» Se vuelve a poner la palabra *tercero*, como se decía en el artículo 34 de la Ley de 1861, refiriéndose al titular protegido, pero limitado a la adquisición onerosa. Se sustituyen las palabras «los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen», por las siguientes: «... adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...». Las palabras «no se invalidarán» fueron sustituidas por las... «será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante, por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». En el moderno se suprimieron las palabras: «en virtud de título anterior no inscrito». Comprendieron que el anterior no inscrito pierde su eficacia frente a tercero inscrito, según el artículo 23 (32).

Creo que limita o restringe la amplitud de la eficacia de la inscripción el criterio, mantenido con terquedad, de que el tercero hipotecario debe reunir para tener protección todos los requisitos, absolutamente todos, exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, afirmando rotundamente que «ningún tercero en nuestro

sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo»; o sea, que según este criterio, de tesis monista, el tercero hipotecario para ser tal tiene que adquirir del titular registral el derecho correspondiente; tiene que adquirir de quien figura en el Registro con derecho a transmitirlo, según se preceptúa en el artículo 34. Pero, ¿y cuando ha de figurar inscrito a nombre del que otorga el derecho objeto del contrato? De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 34 el adquirente debe desconocer la inexactitud del Registro y no la desconocería si el derecho transmitido no figura a nombre del transmitente en la fecha de la celebración o consumación del contrato, que es cuando debe existir la buena, según las sentencias de 26 de febrero de 1949 y 24 de abril de 1962. Así, en consecuencia, no pueden tener protección registral los adquirentes que celebran el contrato de adquisición en los supuestos en que la inexactitud proviene de los casos a que se refiere el apartado a) del artículo 40 de la Ley, porque el adquirente no tiene términos hábiles para poder estar confiado en el contenido positivo del Registro, quedándole sólo el aspecto negativo de la fe pública registral (lo no inscrito no perjudica al tercero, que confía en la ausencia de causas que pudieran viciar el derecho del causante) y esto encaja muy bien en el artículo 32 de la Ley y también atañe la integridad a los artículos 13, 15, 37, 69; aquí está el amplio campo del artículo 32, en el que caben la inscripción de inmatriculación, al transcurrir los dos años de su fecha, y también los casos en que se apura el tracto sucesivo, presentando los títulos pendientes de inscripción; también las inscripciones resultantes de la reanudación del tracto sucesivo mediante información de dominio o acta de notoriedad, y lo mismo en el supuesto de ordenarse la rectificación por resolución judicial, en defecto de la rectificación por los medios indicados anteriormente, o sea, que en todos estos casos no hay vigencia del asiento a que alude el citado último párrafo del artículo 40 de la Ley, asiento en el que habría de estar confiado el tercero, como lo puede estar en los supuestos de contenido positivo del Registro a tenor de los artículos 31, 34, 40 (cuando hay asiento vigente), 76, 97, 220 de la Ley. Como puede verse, en el artículo 32 (el más amplio de la Ley) caben no sólo los terceros que confían en la integridad del Registro porque en éste no aparece causa que se oponga a su derecho, objeto de la inscrip-

ción, sino los mismos terceros que adquieren confiados en el contenido positivo del Registro, que les confiere carácter de terceros predilectos.

Por todo lo expuesto, el afirmar rotundamente que el inmatriculante, que es el *pionnier* que abre camino, que inicia la hoja registral de la finca, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, es tanto como decir que la inscripción de inmatriculación no le va a servir a su titular para nada, como no sea para la prioridad formal, y si acaso para la legitimación dispositiva en la obtención de un préstamo hipotecario.

Por tanto, este criterio restrictivo de la eficacia de la inscripción de inmatriculación es inadmisibile y nocivo, toda vez que en un tanto por ciento elevado de adquirentes con títulos que estén afectos a la inexactitud a que hace referencia el apartado a) del artículo 40 de la Ley, en relación con los artículos 198 y 199 de la misma, mandarían que no se inscribiesen, que no se practicasen inscripciones de inmatriculación. ¿Para qué? ¿Para beneficiar a los adquirentes posteriores? Raya en el absurdo. Por tanto es de alegrarnos de que el Tribunal Supremo se haya inclinado hacia el buen sentido de dar valor de prioridad material a las inscripciones de inmatriculación, transcurridos los dos años.

Además, ¿qué daño causa a nuestro sistema el criterio dualista? Al contrario, interpretado según lo expuesto anteriormente hace más amplia la protección registral, incluso respecto de las inscripciones de inmatriculación consolidadas por el transcurso de los dos años.

En nuestro sistema, la inscripción a nombre de tercero hipotecario confiado tiene efectos atributivos, dando fuerza irrestrictiva por sí sola, al derecho inscrito, y la inscripción a nombre del tercero hipotecario simplemente activo produce efectos preclusivos o de oponibilidad respecto de otros títulos o situaciones que no fueron constatados en el Registro. En uno y otro caso, el acto o contrato relativo a la mutación de bienes inmuebles toma consistencia protectora respecto de tercero por medio de la inscripción; y como consecuencia, si los títulos o causas de trascendencia real no fueron inscritos, no perjudican al tercero hipotecario, simplemente activo o activo confiado.

ESTADOS DE CONCIENCIA DEL ADQUIRENTE QUE SE TIENEN EN CUENTA
EN LA PROTECCIÓN REGISTRAL.

La jurisprudencia, principalmente la sentencia de 4 de julio de 1961, admite las tres circunstancias o estados de conciencia: de *buena fe*, de *falta de buena fe* y de *mala fe*.

La *buena fe* existe cuando el adquirente tiene la creencia lógica, racional y aceptable que permite suponer, mientras una prueba en contrario no lo niegue, que el dominio de la cosa se transmite sin vicio y hábilmente por quien es dueño y que tiene facultad para transmitirla.

Esta buena fe sirve para el titular registral que ha creído, en el momento de la consumación del contrato, en la exactitud del Registro, o que del mismo resultaba que no había obstáculos que impidieran la inscripción del título.

La *falta de buena fe* existe en el adquirente cuando su voluntad no actuó con la previa formación de un estado intelectual o racional que pudiera llevarle a creer lógicamente en la pertenencia de la propiedad por parte del causante, absteniéndose de averiguar la situación del Registro, pero con ausencia, desde luego, de mala fe y por tanto con ignorancia inculpable, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud. Esta falta de buena fe proviene generalmente de la cómoda presunción legal de buena fe que conduce al adquirente a incurrir en la falta de cuidado en conocer la verdadera situación registral de la finca, decidiéndose a adquirirla, ignorando, desde luego, la inexactitud registral y por tanto, al no tener mala fe, obra con honestidad inculpable. En esta circunstancia de falta de buena fe están todos aquellos que proceden, sin tener en cuenta el Registro, a otorgar la escritura de adquisición y que luego la llevan a inscribir para ser terceros hipotecarios simplemente activos, pero confiados en el estado del Registro.

La *mala fe* es todo lo contrario de la buena fe, es el estado de conciencia, por parte del adquirente, que se decide a adquirir convencido de que la pertenencia del causante está viciada de nulidad, de inexistencia o de otra causa que impide la legalidad de la transmisión.

LA LEY HIPOTECARIA PREVIENE EN VARIOS ARTÍCULOS LA SEGURIDAD
DEL TERCERO.

La Ley previene en varios artículos la seguridad del tercero, no estando comprendida totalmente en uno solo. La Ley Hipotecaria no pudo concentrar en uno o dos artículos solamente todos los efectos, positivos o negativos, del contenido del Registro y tuvo que determinar en varios artículos tales efectos, expresando cuándo los efectos favorecen o perjudican al titular de la relación inscrita.

ARTÍCULOS DE LA LEY HIPOTECARIA QUE HACEN REFERENCIA
AL TERCERO.

El artículo 11 dice: «La expresión del aplazamiento de pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en *perjuicio de tercero*, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita». Dice cuándo no perjudica a tercero y cuándo sí.

El artículo 13 establece cuándo los derechos reales limitativos y otras cargas perjudican a tercero y cuándo no; o sea, que cuando no constan en la hoja registral del predio sirviente no perjudican al tercero.

El artículo 15 indica que las menciones a que hace referencia sólo perjudican al tercero hipotecario cuando consten en la inscripción de las respectivas fincas.

El artículo 28 preceptúa que las inscripciones de títulos de herencia o legado que no se practiquen a nombre de herederos forzosos no servirán de base para que los terceros tengan protección registral hasta que hayan transcurrido dos años desde la muerte del causante.

El artículo 31 (cuyo contenido está comprendido en el artículo 40) previene que la nulidad de las inscripciones por falta de forma no perjudicarán al tercero protegido por el artículo 34.

El artículo 32 preceptúa que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados no perjudicarán a tercero, al tercero hipotecario.

El artículo 34 viene a decir que el tercero confiado en el Registro no será perjudicado por causas que no consten en el mismo.

El artículo 36 quiere decir que el tercero confiado, según el artículo 34, no será perjudicado por la prescripción, si adquirió con diligente buena fe, y será, por el contrario, perjudicado si adquirió con falta de buena fe.

El artículo 37 establece que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito su título, contra tercero simplemente activo o confiado. Expresa varias excepciones.

El artículo 40, en su último párrafo, dice que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero hipotecario durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

El artículo 69 establece que aquel que pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su nombre en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo.

El artículo 76 dice que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona.

El artículo 97 previene que, cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere; se presume extinguido en cuanto a tercero.

El artículo 114 indica que, salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

El artículo 115 dice que la ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

El artículo 116 viene a decir que en cuanto a las pensiones atrasadas de censos se estará a lo establecido en los artículos 114 y 115.

El artículo 120 dice que, fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no

se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, según los artículos anteriores.

El artículo 142 dice que la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surte efecto contra tercero desde su inscripción si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. Si se tratase de condiciones resolutorias producen efecto contra tercero hasta que conste en el Registro el cumplimiento de la condición.

El artículo 144 establece que toda modificación de una obligación hipotecaria no perjudica a tercero mientras no se haga constar en el Registro.

El artículo 157 hace constar que la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas perjudicarán al tercero teniendo en cuenta los artículos 114 y 115.

El artículo 207 dice que las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a los artículos 205 y 206 no surtirán efecto respecto de terceros hasta que transcurran dos años desde su fecha. Quiere decir este artículo que durante los dos años no perjudican al tercero civil de mejor derecho, ni surtirán efecto para que en ellas se base el tercero hipotecario, ni que las mismas inscripciones de inmatriculación producirán efectos de prioridad.

El artículo 220 está comprendido en el artículo 40, o sea que no perjudica a tercero que adquiera basándose en el asiento que luego ha sido rectificado.

Como puede observarse, de los artículos citados que aluden al tercero, unos hacen referencia a supuestos de títulos o causas que no han tenido acceso al Registro y por tanto actúa la presunción de integridad, que sirve de base al principio de prioridad; se trata de los artículos 11, 13, 15, 32, 37, 69, 97, 115, 144; y los otros hacen alusión a constancia determinada en el Registro y a la que se atiene el adquirente, o sea, la presunción de exactitud, en la que confía el tercero (aspecto positivo del contenido del Registro) y son los artículos 31, 34, 36, 40, 76, 114, 116, 120, 142, 207 y 220.

Todos estos artículos antes citados reflejan claramente que nuestro sistema hipotecario era y es mixto, ecléctico, apoyado en lo mejor de los dos sistemas, alemán y francés, cuya resultante nos ofrece un régimen, para nuestro peculiar Ordenamiento inmo-

liario, más perfecto que cada uno, por sí solo, de los otros dos, si perfeccionamos el principio de especialidad, que resulta deficiente por falta de un buen Catastro.

En vista de todo lo dicho, creo que no resultará difícil comprender el concepto de *tercero*, si lo contemplamos cuando salga a escena y se pongan en juego dos relaciones jurídicas enfrentadas sobre un mismo inmueble, y resultará que el titular de una de ellas será tercero respecto del titular de la otra, y en la colisión uno de los titulares estará en situación preferente si se acogió a la protección del Registro, resultando el otro titular perjudicado. Este juego de terceros, uno hipotecario y el otro civil, se ve claro en la sentencia de 25 de mayo de 1965, en la que fué ponente don Francisco Bonet Ramón, que dice: «Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, a tenor del apartado segundo del artículo 1.473 del Código civil, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro».

MANUEL VILLARES PICO.

En torno a la polémica Carretero-Roca

Hace tiempo que vengo pensando realizar un trabajo acerca del régimen de la propiedad y derechos reales inmobiliarios sin inscribir. La ausencia de elementos bibliográficos y la insuficiencia natural de mis fuerzas han hecho que cada vez se fuese alejando más y más la posibilidad de llevar a cabo mi empeño. Sin embargo, la hasta ahora fracasada empresa me ha servido para repensar mis ideas acerca del régimen de constitución y transmisión del dominio y demás derechos reales, e incluso para adornarme con modestas incursiones por el campo de nuestra historia legislativa.

Ello me ha hecho sentirme más en forma para gustar del magnífico y trascendental Capítulo II de los *Retornos al Código civil*, de Tirso CARRETERO, publicado en el número de enero-febrero de 1965 en esta REVISTA, y de la impugnación que en la misma (julio-agosto de dicho año), lanza, defendiendo su conocida posición monista, el siempre maestro ROCA SASTRE. Siempre maestro, pues de él hemos aprendido y somos discípulos, aunque con osadía sincera (o de buena fe) nos permitamos, en punto tan importante como éste, disentir de su opinión.

La empresa de convencer a ROCA «de las razones que puedan existir para establecer diferencia de trato entre ambos terceros no es sencilla, pero de todas maneras hay que intentarlo, por muy difícil que la empresa sea», dice Tirso CARRETERO. Que a pesar de la calidad de todo orden de los *Retornos*, ROCA no se ha convencido aún, lo demuestra el citado número de julio-agosto de esta REVISTA. Ya que Tirso declara que no puede traer en su ayuda ni a NÚÑEZ-LAGOS ni a LACRUZ, le ruego que se digne aceptar la mía, incomparablemente más modesta, permitiéndome aducir alguna idea, por pequeña que sea, en defensa de la posición dualista. Sin mucha esperanza de éxito, pues no puedo, según creo, dar una

argumentación completa y definitiva, tarea que desborda mis posibilidades, se trata aquí tan sólo de unos ligeros esbozos que ojalá puedan servir de punto de meditación y arranque para que otras plumas mejor cortadas que la mía puedan llegar a concluir definitivamente la cuestión.

Podemos resumir la posición de Roca en estos términos: *El artículo 32 es tan sólo una aplicación a un caso particular, un inciso accesorio, del jerárquicamente superior artículo 34.*

Tal es el nudo de su argumentación.

Frente a esta postura, se nos hace lógicamente muy difícil admitir que *la doctrina anterior, y que trata de regular la generalidad de los casos normales, pueda ser accesoria de la doctrina posterior y que trata de regular la minoría de los casos anormales.*

Para mejor claridad de la exposición escribiremos por apartados diferenciados:

A) La doctrina del artículo 34 tiene su primera formulación legal en España en la Ley Hipotecaria de 1861, en forma un tanto distinta de la redacción actual; tal vez señal de la poca firmeza de los primeros pasos. En lo que estuvo plenamente acertada la Ley de 1861 fué en presentar el artículo 34 como clara excepción del precedente artículo 33; detalle éste que nunca debemos dejar de tener presente y que temo que se les escape a los principiantes en el estudio del Derecho Hipotecario, como se me escapó a mí, por culpa de la redacción actual y de los influjos del momento y no empecé a ver claro hasta que tuve en mis manos una edición de la primitiva Ley Hipotecaria, cosa que no es precisa para aprobar las oposiciones a ninguna carrera jurídica, ni siquiera a Registros. Detalle que hace que no nos asombremos tanto de ciertas ideas y posiciones que se ven de cuando en cuando.

En la misma Alemania, según Roca dice, la fe pública del Registro no logró alcanzar pleno predicamento hasta el Código civil alemán de 1896. Entiendo muy poco, mejor dicho, nada, de derecho extranjero, pero supongo que en Alemania la doctrina de la inscripción constitutiva habrá llevado un desarrollo bastante más avanzado.

B) En contraste, la doctrina del artículo 32 ya venía formulándose desde mucho antes del artículo 23 de la Ley de 1861 y lo

que ha pasado en España me parece que ha debido ocurrir también de forma parecida en otros sitios de Europa; pues, como veremos luego, el fin perseguido desde su principio por los regímenes registrales ha sido publicar y normalizar el nacimiento, transmisión, etc., de los derechos reales (normales, lícitos y sanos) inmobiliarios. Desembocando en los principios de inscripción constitutiva o de inoponibilidad latina, tan parecidos en sus efectos que no me extraña nada que Tirso CARRETERO me diga que los confundiendo, pues soy hombre poco sutil.

Pero ciñámonos al desarrollo legislativo patrio:

1. En primer lugar, citaremos la muy oída, pero tal vez poco leída, Pragmática de don Carlos y doña Juana, en Cortes de Toledo, año de 1539, y don Felipe II, en Valladolid, año de 1557 (Ley 1.ª, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación). No nos resistimos a transcribirla íntegra:

«Por cuanto nos hes hecha relación, que se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes que desto sesiguen, mandamos, que en cada ciudad, villa o lugar donde hobiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las cualidades susodichas; y que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor; y que el tal registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe, si hay o no algún tributo o venta, a pedimento del vendedor.»

Léase y medítese: las palabras «y que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor», ¿no dicen lo mismo que el artículo 32?

2. Ley 2.ª, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación. Don Felipe V, en Madrid, año 1713. Mandando que la Ley anterior se cumpla.

3. Ley 3.^a, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación. Don Carlos III, en El Pardo, por Pragmática de 31 de enero, publicada en Madrid a 5 de febrero de 1768, con la Instrucción Inserta de 14 de agosto de 1767. Estableciendo el Oficio de Hipotecas en las cabezas de partido de todo el Reino, a cargo de los escribanos de Ayuntamientos. En su virtud, el incipiente sistema registral va tomando desarrollo, tanto en formulación legislativa y ampliación de actos sujetos a toma de razón como en organización de las oficinas y seriedad en su establecimiento. Nos permitimos transcribir las siguientes palabras:

«Art. 2... bien entendido, que sin preceder la circunstancia del registro, ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos de la formación de las hipotecas, o verificación del gravamen de las fincas, bajo las penas explicadas.»

«Art. 10... y no cumpliendo con el registro y toma de razón, no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido.»

Todo esto, ¿no sigue sonando al artículo 32 y al 313, su complemento y desarrollo procesal?

4. Real Decreto de 31 de diciembre de 1829, seguido de la Instrucción de 29 de julio de 1830. La institución registral, aunque sea con el apoyo fiscal, sigue desarrollándose. Se disponía que no fuesen admitidos en juicio ni produjesen efecto alguno legal los documentos que careciesen del requisito esencial de la toma de razón. ¿No podemos seguir preguntándonos lo mismo que anteriormente?

5. Real Decreto de 23 de mayo de 1845. El sistema de registro se afirma con seguridad e incluso pudiera pensarse que en algunos aspectos, con acierto tal vez aún no superado. Este Decreto tuvo tanta importancia que se llamó oficialmente en disposiciones posteriores «Ley Hipotecaria» y «sistema hipotecario» al que introdujo. (Circular de 18 de julio de 1849; Reales Ordenes de 8 de agosto de 1850 y 6 de enero de 1851.) No derogó la Real Pragmática

de 1768, pero la complementó e introdujo en el sistema modificaciones sustanciales, como: a) Pasó de un registro limitado de gravámenes a uno general de propiedad, comprensivo de los actos de transmisión de fincas libres. Y sujetó también los embargos (artículos 1.º, 18 y 19). b) En su artículo 25 inaugura el sistema del folio real, si bien, como es lógico, no se llegó en esto a la perfección.

Transcribiremos tan sólo el artículo 40: «Todo título o documento que estando sujeto al registro de hipotecas aparezca sin la nota correspondiente que acredite estar registrado, será nulo y de ningún valor en juicio y fuera de él.»

¿Vale como precedente del artículo 32? Sin duda que sí, no obstante el mayor rigor que los legisladores de 1861, con acierto científico pero tal vez no exento de cierta ingenuidad práctica, abandonaron.

El régimen anterior se complementó por los Reales Decretos de 26 de noviembre de 1852 y 19 de agosto de 1853.

6. Y llegamos a la Ley Hipotecaria de 1861, última etapa que recorreremos en este esbozo histórico. A mi parecer, no puede existir duda de que los anteriores pensamientos legislativos brillan en su artículo 23, del que no puede decirse que haya nacido ni de padres desconocidos ni por generación espontánea. Lo transcribiremos:

«Artículo 23. Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el registro no podrán perjudicar a tercero».

Como muestra de la forma de interpretar, en el momento de la publicación de la Ley Hipotecaria, la doctrina del artículo 23, copiamos los comentarios a dicho precepto en la obra de PANTOJA Y LLORET, de 1862:

«El principio dominante de esta Ley, la base principal sobre que descansa, es la publicidad del registro y la especialidad de las hipotecas. Pues bien, como una consecuencia natural de esto, y al mismo tiempo para que este principio sea una verdad, se establece en el presente artículo que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero. La Ley, ya que ha suprimido la pena pecuniaria que se imponía, por la antigua legislación, al que dejaba transcurrir el término legal sin inscribir, y ya que deja al arbitrio

de los particulares que registren sus títulos cuando lo tengan por conveniente, ha establecido, como no podía menos, que los títulos no tendrán eficacia sino desde la fecha de su inscripción, no causando perjuicio a tercero sino desde la misma fecha, entendida de la manera que dice el artículo 28. De otro modo, la base de la publicidad que la Ley adopta caería por tierra y el registro no sería una verdad legal.

De aquí se deduce naturalmente, que el que tenga un derecho no inscrito sobre una finca no puede ejercitarle contra otro que lo tuviese ya inscrito, aunque sea posterior, sólo por la circunstancia de no haber cumplido aquél con este requisito; de modo que cuando una misma finca sea vendida a dos personas en diferentes actos será del que primero inscriba su título, aunque sea posterior su contrato; porque según hemos visto en el artículo 17, inscrito cualquier título traslativo de dominio de inmuebles no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior por el que transmita o grave la propiedad del mismo inmueble; tal es, pues, el efecto, la autoridad que la Ley da a la inscripción.

Como decía perfectamente el señor Fernández Negrete (ministro de Gracia y Justicia, sesión del Congreso de los Diputados de 9 de enero de 1861), si se condensa el espíritu de la Ley, el presente artículo viene a representar la Ley toda: «Los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero». Luego hay necesidad de la inscripción para perjudicarles.

Este artículo es la consecuencia de la tradición romana y de la inscripción germánica. En Roma no existía transferencia de dominio hasta que no había tradición con grandes solemnidades, porque aquel pueblo era muy aficionado a las cosas simbólicas; y en Alemania no se consumaba el contrato sin el cumplimiento de ciertas formalidades materiales que hablaban a los sentidos. Había necesidad de coger un pedazo de tierra con césped, una rama desgajada de un árbol, un cuchillo, un bastón, según la clase de derechos que se transmitían, pero que se había de hacer de tal manera que todo el pueblo se apercibiese que aquel derecho pasaba del uno al otro».

Y transcribiremos también este párrafo del comentario de los autores citados al artículo 17: «Según la doctrina consignada en este artículo, ya no servirá la tradición, o sea la entrega de la cosa

real, efectiva o simbólica, ni la toma de posesión, tratándose de bienes inmuebles, para que a uno se le considere legalmente dueño de una finca, si su título no se halla inscrito en el Registro; puesto que de él no puede hacer uso en juicio, sino únicamente contra el que contrató y sus herederos».

C) Creo que no puede perderse de vista la distinta finalidad de los artículos 32 (antes 23) y 34. El primero se encuentra destinado a regular los casos normales y biológicamente sanos de la vida del tráfico jurídico inmobiliario. La constitución y transmisión de los derechos reales es algo en sí naturalmente bueno y cuya existencia no debe coartarse en absoluto y no es coerción, sino todo lo contrario, la fijación legal de unas normas que deben presidir el nacimiento y desarrollo de esos actos intrínsecamente válidos y lícitos; pues si ello se hace es para evitar los peligros que los terceros y la vida jurídica y el orden público podrían sufrir en un régimen de anárquica clandestinidad. Peligros que vió claro la primitiva Pragmática de don Carlos y doña Juana, cuando decía «que se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes que desto se siguen, mandamos...». Estas ideas siguen brillando a lo largo de nuestra historia legislativa, hasta llegar a la Ley de 1861. En su Exposición de Motivos son muchas y conocidas las palabras en este sentido; citaremos sólo aquí las siguientes frases: «La condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad; si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito. Así se ha comprendido entre nosotros en todos tiempos el sistema hipotecario, desde que don Carlos y doña Juana...».

Por el contrario, el artículo 34 responde a distintos problemas. Con él nos trasladamos al terreno de la patología jurídica. Los actos nulos, inválidos y carentes de firmeza sí que no son de

desear y toda coerción que para evitarlos o reprimirlos se haga está justificada. El ideal es que no se produjera ninguno, no obstante, fatalmente se producen, aunque por fortuna su número es una minoría y una excepción en comparación con el de los actos válidos y lícitos. Así como éstos tienen su desembocadura natural en el Registro, aquellos, en caso desgraciado de producirse, debe evitarse su entrada en la institución registral. Pero como a pesar de todos los buenos deseos pudiera acontecer que alguno se introdujese a escondidas y con base en su apariencia inducir a terceros de buena fe a errores gravosos para sus intereses, la Ley, con carácter de excepción y mirando estos casos minoritarios y anormales, trata de proporcionar alguna solución, lo más armoniosa posible, para dirimir conflictos de intereses entre quienes no son ni culpables ni negligentes.

Y que se trata de cosas distintas nos invita también a pensar el hecho de que el artículo 34 experimentó un aplazamiento en su vigencia de varios años, lo que no sucedió respecto del artículo 23. Esto no sería lógico si se piensa como Roca, pues lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. En cambio, no presenta dificultad si se opina que es precisamente el artículo 23 la doctrina general y normal y el 34 lo excepcional y particular.

Algo análogo, salvando las naturales diferencias, ha ocurrido con la historia jurídica de la forma del matrimonio. En puro derecho natural, e intrínsecamente considerado, el contrato matrimonial es meramente consensual e incluso diríamos que dada la índole de las relaciones que establece, menos susceptible de formalidades publicitarias que los actos constitutivos y transmisivos de derechos reales, en los que creo que alguna forma de publicidad les es esencial. «Tametsi», sin embargo, el Capítulo del Concilio Tridentino que empieza por la citada palabra latina, introdujo la exigencia de forma pública en la celebración del matrimonio, con el principal fin de evitar estelionatos amorosos. No seguiremos, porque no es de nuestro objeto, el desarrollo de esta cuestión en las legislaciones canónica y civil. Para lo que apuntamos nos basta dirigir una rápida ojeada al Código civil: Los artículos 42, 75, 86, 100 y los concordantes con referencia a la forma, son analógicamente equivalentes al artículo 32 de la Ley Hipotecaria. El artículo 69 del Código, al ar-

tículo 34 de la Ley Hipotecaria. Rectamente se deduce que para que el matrimonio intrínsecamente inválido produzca efectos civiles respecto a un cónyuge es necesario que éste reúna los dos siguientes requisitos: 1.º Que se haya celebrado correctamente en cuanto a la forma. 2.º Que el cónyuge sea de buena fe, es decir, desconocedor de la causa de nulidad. Por ejemplo, que desconozca que entre él y el otro contrayente existe impedimento de consanguinidad o de otra índole, en general. Pero no interpretaría rectamente quien concluyese que se vería privado de los efectos civiles el cónyuge que conociese la previa existencia de un matrimonio celebrado a yuras por el otro contrayente. De estimarse así (como en el campo de los derechos reales hacen los partidarios de la teoría monista), vendría a debilitarse de manera alarmante la necesidad e importancia de la forma en los casos generales y normales de matrimonio, con el inminente peligro de que floreciesen con fuerza los males que el establecimiento de la forma matrimonial trató de evitar. Pues esto es lo que se ha hecho con la interpretación que combatimos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

D) ROCA SASTRE dice que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria (actual) es el precepto clave que desvanece toda duda que pueda ofrecerse en favor de la «indefendible» teoría dualista. Pero toda la argumentación que se haga a base de dicho precepto carece de fuerza, pues tal artículo se ha introducido en nuestra Ley al socaire de la confusión doctrinal de la época. Y la causa a) de inexactitud se formula con falta de cierto rigor lógico y hasta pudiera observarse en ella un sospechoso matiz de menosprecio del sistema registral. Pues en rigor no puede tacharse a nadie ni a nada de «inexacto» sin una acción culpable o, al menos, negligente de sí mismo. El mal alumno que dice que «vino» se escribe con «b» es inexacto; el analfabeto que no dice nada, porque nada sabe, no es inexacto, es desconocedor e incluso sería injurioso echarle en cara esta ignorancia si no es por culpa suya, sino porque nadie se ha preocupado de enseñarle. Por lo demás, es de buena política hipotecaria tratar de conseguir que las inexactitudes registrales sean cuantas menos mejor. Y la doctrina llamada «dominante», por el contrario, ha fomentado de manera

incuestionable las «inexactitudes» comprendidas en el apartado a) del artículo 40, al minimizar, según su criterio, la importancia, valor y necesidad de la inscripción. Pero de esas «inexactitudes» no tiene la culpa el Registro.

E) Parece que Roca SASTRE, a pesar de ciertos puntos vulnerables que ve en el sistema alemán, hace profesión de fe germánica. Yo también, y me parece que la mayoría de los defensores de la tesis dualista son asimismo admiradores del sistema registral alemán. Mas esta inclinación de Roca al sistema germano se me aparece como solamente parcial. Veamos: Habla Roca de «lo equivocados que están cuantos conectan como algo esencial para la fe pública registral la inscripción constitutiva, pues olvidan que son dos cosas diferentes».

De acuerdo, filosóficamente hablando, como son cosas diferentes puede pensarse en un sistema con fe pública y sin inscripción constitutiva (como lo piensa Roca), e, inversamente, en un sistema con inscripción constitutiva y sin fe pública (que yo preferiría al anterior). Además, puede haber y hay otra combinación de ambos elementos, es el caso concreto de Alemania, sistema con inscripción constitutiva y con fe pública. Y a pesar de sus esfuerzos para confundir los artículos 32 y 34 no creo que pueda negar Roca, hablando también en teoría, que la fe pública y la inoponibilidad son también cosas diferentes, si no lo fueran en Francia habría plenamente fe pública. Y que ambas cosas pueden idealmente separarse o yuxtaponerse. Y así, hipotéticamente, puede pensarse en un sistema con inoponibilidad y sin fe pública (sistema concreto latino), en otro con fe pública y sin inoponibilidad (que es el que le gusta a Roca) y en otro con fe pública y con inoponibilidad (Tirso CARRETERO).

Pues bien, aún reconociendo que la fe pública y la inscripción constitutiva son cosas diferentes y que su conexión no es esencial, es el caso que en el sistema concreto alemán se da esa conexión o yuxtaposición. Son, pues, dos los aspectos que Alemania nos ofrece como objeto de nuestra admiración. Me parece que la mayoría de los defensores de la tesis dualista admiramos preferentemente el principio de la inscripción constitutiva, por estimarlo más importante, aunque no sea por otra razón (que las

hay) que la mayor generalidad de los casos que contempla y sin que desechemos por ello el principio de fe pública. Roca, al parecer, da la sensación de que solamente gusta del principio de fe pública y repugna por completo la inscripción constitutiva. Me hacen suponerlo así las siguientes palabras: «No cabe duda que el sistema alemán inmobiliario ofrece aspectos complejos y adolece de puntos vulnerables, de los que hasta el presente nos hemos librado en España, a pesar, por ejemplo, de cierta corriente doctrinal que ve una panacea en la inscripción constitutiva».

Al menos en el terreno del derecho constituyente, Roca no era opuesto a esa corriente doctrinal (*Derecho Hipotecario*, 1948, tomo I, pág. 177). Pero las palabras antes literalmente transcritas inducen a creer que ha repudiado totalmente esa corriente. Desde su punto de vista hace bien, si piensa que es a pesar de ella que nos hemos librado en España de puntos vulnerables, lo cual equivale, a «contrario sensu», a decir que si tal corriente triunfase esos puntos vulnerables los sufriríamos.

Así no es de extrañar que, descartado para el presente y el futuro el principio de inscripción constitutiva, se trate incluso de construirnos o presentarnos un sistema registral lo más alejado posible del germánico en la capital cuestión de la eficacia de la inscripción; para lo cual se proscribe también el criterio de inoponibilidad latina, que lleva a las legislaciones que lo adoptan a un grado de aproximación al régimen alemán, mucho más cercano que el nuestro, según la interpretación de la doctrina española «dominante». A mí, las ideas de autores italianos como CARNELUTTI, MENGONI, MAIORCA, COVIELLO, RAVÀ y otros, me hacen imaginar que en el campo hipotecario el eje Roma-Berlin no ha sido aún vencido.

Se nos ha llevado, pues, a un planteamiento del sistema registral español según el cual, por un lado, se nos muestra parangonable al perfecto sistema germánico, con la adopción del principio de fe pública, contra el que no tenemos nada; pero, por el otro, más importante y de más general interés, el de la eficacia de la registración, de una debilidad extrema y sin parangón conocido, sin constitutividad alemana y sin tan siquiera su pariente latina, la inoponibilidad. Esto la Ley no lo ha dicho, pero

el peso de una doctrina y de una jurisprudencia en ella inspirada ha hecho su labor de zapa y mucho me temo que en la práctica y en el sentir ordinario nos hayan dejado un sistema registral desmedulado y sin nervio; o, como dice Tirso CARRETERO, «una hermosa fachada vacía por dentro». Ocurrirá lo que temían los legisladores de 1861, en frase de la Exposición de Motivos, antes citada, y no por su culpa, sino por la de otros posteriores: «Si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se inscriben, la obra no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito». Pero entonces tendremos que volver a inventar el Registro de la Propiedad.

Desde luego que no puedo albergar la inmodesta esperanza de convencer a Roca SASTRE con estas deshilvanadas y poco científicas cuartillas. Sin embargo, de su propia sabiduría sí podemos esperar, pues como dice el conocido adagio, rectificar es de sabios. Pero aun cuando este cambio en la opinión de Roca se produjera y en su pos el resto de la doctrina diese el giro que pide CARRETERO, creo que no sería por sí solo suficiente, pues el daño que ya se ha hecho es muy profundo. Soy de los que consideran imprescindible la reforma legislativa para poner nuestro sistema a nivel europeo. Y aunque a decir de Tirso la solución de la inscripción constitutiva sea más tosca y menos elegante, personalmente me inclinaría por ella, pues me parece más sencilla y menos quebradiza. Si bien, teniendo en cuenta que dado el panorama actual de la doctrina española es notablemente difícil poder lograr por ahora ese ideal, contento me conformaría con una reforma que nos hiciera retornar al prístino sentido del Código civil y de la Ley Hipotecaria. Mas habría de producirse en términos lo suficientemente explícitos, claros y enérgicos para desautorizar pasadas interpretaciones y evitar futuras vueltas a las andadas.

POSTDATA

Pasados unos pocos días después de escrito el anterior artículo, sigo meditando en las ideas del mismo y en las que se debaten en la polémica dualismo-monismo.

: La verdad, me parece que todos hemos pensado demasiado

en casos extremos, poco frecuentes por fortuna: nulidades, intimidaciones, falsedades, incluso el manido tema de la doble venta, que de desear sería que también acaeciere lo menos posible; ojalá todos fuéramos honrados, justos y benéficos. Creo que también, por causa del artículo 34 y de la misma redacción—en términos negativos—del artículo 32 (antes 23), hemos estado hablando de la institución registral en conjugación pasiva, con un matiz acusadamente defensivo y de protección, hemos acentuado en demasía su perfil de «ley de terceros», nos hemos deleitado tal vez excesivamente con las metáforas del castillo, de la trinchera, del taurino burladero. 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 tufillo de fraude e inmoralidad que puede predisponer a las almas nobles en contra de la institución.

Pienso si no habrá llegado el momento de que nos olvidemos un poco de extremismos y situaciones rebuscadas y volvamos a conjugar los verbos «inscribir» y «registrar» en voz activa, en forma directa y sencilla. De que veamos en el Registro una institución concebida más bien en favor de los «segundos», para que sus derechos sean siempre respetados y tenidos en cuenta por los «terceros» y no puedan desconocerlos. Si, veamos en la Ley Hipotecaria una «Ley de segundos», de esos «segundos» que la óptica desenfocada de la escolástica hipotecaria acostumbrada nos había presentado corrientemente como inocentes víctimas despojadas.

Repensemos las cosas con sencillez y sentido común. Volvamos la vista a nociones que, tal vez por elementales, estamos olvidando. Efectivamente, no es deseable que derechos reales anteriores queden desconocidos y burlados. La moral y el buen orden quieren que todo legítimo titular anterior sea respetado y tenido en cuenta, tanto por sus causantes como por los sucesivos terceros. Pero también la moral y el buen orden exigen que estos terceros no sean engañados ni sufran sorpresas. Es una idea elemental y obvia: el normal tráfico inmobiliario precisa que la situación jurídico-real sea públicamente conocida y concretamente cognoscible por quien tenga interés en ello; es la vieja idea,

siempre realizada más o menos perfectamente, que considera la necesidad de alguna forma publicitaria o notificativa como algo esencial en la vida de los derechos reales. Esta necesidad esencial se ha concretado en el Registro de la Propiedad. Digamos lo mismo que el artículo 32, pero en forma directa, activa y positiva: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, perjudican a tercero».

La Ley, pues, provee un instrumento eficiente de publicidad o notificación en favor de los «segundos», gracias al cual logran que sus derechos, a fuer de conocidos, tengan que ser siempre respetados por los terceros. Con ello se obtiene también provecho para los terceros navegantes, que en la ruta de su tráfico verán desaparecer el peligro de escollos ignorados y no señalados en las cartas de marear. Saldrá también ganancioso el buen orden público en el tráfico jurídico-inmobiliario, que se verá por completo y claramente iluminado, sin tinieblas propicias a colisiones. Mejor que mejor. Pero estos beneficios, ciertamente respetables e incluso con sus exigencias, no pueden hacernos olvidar que son los «segundos» los primordiales beneficiarios, al procurarles la Ley y poner a su servicio, con la inscripción, un medio de publicidad o notificación eficaz, sencillo, cómodamente practicable y general o universal. Pues todos, absolutamente todos, han de admitir y respetar sus derechos inscritos, aunque de hecho los desconozcan y esto no tanto por la fuerza del establecimiento del Registro con carácter de verdad legal, como por la cognoscibilidad práctica que proporciona. Si se ha dicho que quien deja de inscribir culpe a su negligencia de las consecuencias de la falta de inscripción, lo que a muchos parece duro; piénsese también que quien pudiendo conocer no conoce, ha de culpar asimismo a su descuido, proposición que equilibra y temple la pretendida dureza del primer aserto.

Se nos plantea ahora la cuestión de si la registración ha de ser el medio de publicación o notificación único y exclusivo. La doctrina «dominante», al involucrar los artículos 32 y 34 e introducir el elemento de la llamada «buena fe» en el terreno del comercio normal de los derechos reales inmobiliarios, contesta negativamente la cuestión propuesta, ya que dicha doctrina viene a es-

tablecer, en resumidas cuentas y parafraseando el artículo 32, que «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, perjudican a tercero si efectivamente se le han dado a conocer por otros medios distintos del Registro».

Se abren así las puertas a la concurrencia de diversidad de medios pretendidamente aptos para lograr la publicación o notificación de los derechos reales. Podemos, pues, acudir al pregonero, a la prensa (tengo idea de que en la de Valladolid ya se han insertado anuncios a efectos de paralizar o destruir la buena fe de posibles terceros contratantes para la adquisición de pisos), radio y televisión, al correo certificado, a la tertulia del casino, a las viejas comadres del lugar, etc. Todo esto es muy poco serio y se presta horriblemente a la confusión. Introduce la perplejidad al tener que juzgar de disposiciones psíquicas e internas y ya es sabido que «de internis, neque Ecclesia iudicat». Por otro lado, el dominio y demás derechos reales, por naturaleza, son universales, absolutos o eficaces «erga omnes»; la doctrina «dominante» quiere introducir a su lado unos extraños derechos «reales» válidos solamente frente a tres mil, cincuenta y nueve, diecisiete o dos. Todas estas consecuencias caen de lleno en el absurdo y debe rechazarse toda interpretación que a él conduzca. No se confie tampoco en nuestros días en cierta aptitud publicitaria de la posesión, pues incluso podemos engañarnos tratándose de derechos que, como el dominio o el usufructo, parecen ser los más ligados a ella. Puede que veamos cotidianamente a un individuo con los pies puestos en un fundo de la provincia de Soria y el titular se encuentre permanentemente viviendo en la calle de Ruzafa, en Valencia. Se sometería a éste a grave incomodidad si le obligásemos a realizar personalmente las labores agrícolas, pero no por cumplir con la inscripción. Además, es muy interesante, mejor diríamos imprescindible, que siempre y por todo el mundo se pueda conocer de forma indubitada quiénes son los dueños y el estado de la propiedad y saber, en consecuencia, a qué atenerse. El que prefiera la clandestinidad será porque tiene algo que ocultar, sus ventajas verá en ello; peche también con los inconvenientes. Incluso en los casos, que puede haberlos, en que sea perfectamente lícito querer ocultar algo a las miradas ajenas.

En mi opinión, debe considerarse a la registración como el medio exclusivo y único de publicación de los derechos reales inmobiliarios, incluido el dominio. El bien del orden público así lo requiere pues quedaría éste malparado y confuso con los inconvenientes apuntados, que se siguen de la opinión contraria. Al fin de cuentas, lo que este orden público exige a los interesados no es ninguna injuria, no es ninguna extralimitación, no es tan siquiera una gravosa carga o un penoso sacrificio (que la superior consideración del interés general legitimaría), sino simplemente que en la esencial publicación de sus titularidades reales se atengan a la forma legalmente establecida, con exclusión de otras (que por cierto serían notoriamente más inseguras y menos aconsejables, incluso para el más ferviente monista). Pero ya hemos visto, a lo largo de estas líneas, que esto concuerda plenamente con el propio interés de los particulares.

Cierto que aplicando todas estas sencillas y elementales consideraciones en su lógica extensión, volverá a aparecer otra vez el temido fantasma de la doble venta, del despojo. Volvemos a la situación extrema o limite. Mas repito lo dicho al principio: contra más infrecuente sea ese peligro, mejor. Lo deseable es que el tráfico inmobiliario se desenvuelva en su orden natural: ni «segundos» preteridos ni «terceros» desagradablemente sorprendidos; todo diáfano, claro, luminoso, como en un limpio espejo. Eso pretende ser el Registro de la Propiedad. Precisamente, conforme hemos observado, el Registro de la Propiedad es el óptimo remedio para evitar tales penosas consecuencias y proporcionar a los «segundos» la más eficaz garantía: si la primera venta se inscribe, la segunda no llegará a realizarse.

Claro que no puede dejar de pensarse en la posibilidad (desgraciadamente en nuestros tiempos más aguda, a pesar de estar, paradójicamente, presididos por el signo de la velocidad) de «segundos» involuntariamente rezagados en la inscripción (expedición de copias, pago de impuestos, lentitud general oficinesca...). Para conjurar esos inconvenientes y para asegurar la prioridad desde la fase de información y gestación, sin solución de continuidad con el último momento de la inscripción; juzgo de gran conveniencia y utilidad que puedan llegar a tener realidad los retoques en los artículos 17 y concordantes de la Ley Hipotecaria, que propugna VILLA-

RES Picó para hacer posible una especie de fácil y asequible reserva de rango o prioridad en favor del «adquisiturus» (REVISTA CRÍTICA, julio-agosto 1953; mayo 1954). Sin que tampoco fuese ocioso prolongar más aún el término de vigencia del asiento de presentación; el cual, a pesar de la posible prórroga del artículo 255 (no exenta de molestias y dificultades—«pegas» en lenguaje vulgar—para los interesados), es de temer que se haya quedado incómodamente corto frente a la inevitable lentitud burocrática. Y ya que la hemos mencionado digamos—antes de concluir estas cuartillas—que nuestros Registros no son inmunes a ella; aprovechemos esta ocasión para entonar también nuestro «mea culpa» y preguntar a «quien corresponda» si no habrá llegado el día de ir pensando en una técnica de llevar los Registros más mecanizada y ágil, más acorde con esta época de los vuelos supersónicos y la astronáutica.

MANUEL GÓMEZ GÓMEZ.

Registrador de la Propiedad

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1.—*Ley de Reforma Orgánica y adaptación de los Cuerpos de Administración de Justicia a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.* 2.—Personal al servicio de la Administración de Justicia. 3.—Disposiciones por las que se rigen. 4.—Competencia en materia de personal. 5.—Su selección, formación y perfeccionamiento. 6.—Adquisición y pérdida de la cualidad de funcionarios. 7.—Situaciones administrativas. 8.—Plantillas y provisión de destinos. 9.—Asistencia y seguridad social. 10.—Vacaciones, permisos y licencias. 11.—Deberes e incompatibilidades. 12.—Régimen disciplinario. 13.—Derechos pasivos. 14.—Disposiciones transitorias. 15.—Disposiciones finales.

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 19 de marzo publica la Ley 11/1966, de 18 de marzo, sobre Reforma Orgánica y Adaptación de los Cuerpos de la Administración de Justicia a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

Todas las materias reguladas por la Ley son propias de la Orgánica del poder judicial, ya que la preeminente función judicial condiciona todas las normas referentes al personal al servicio de la Administración de Justicia.

Tanto la competencia en materia de personal como su selección, formación y perfeccionamiento, la adquisición y pérdida de la cualidad de funcionario, la determinación de deberes e incompatibilidades, y el régimen disciplinario, forman parte de la Ley Orgánica y de ella reciben su reglamentación los inseparables principios rectores.

La Ley, dictada en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Bases de Funcionarios del Estado, constituye, por tanto, una reforma parcial de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, y, en consideración a su importancia, se recogen a continuación literalmente muchos preceptos, sin extractarlos como es conveniente y habitual en una crónica legislativa.

Al principio de la primacía e importancia de la función judicial, al cual deben quedar subordinados todos los aspectos instrumentales, se atuvo la ponencia que formaron los señores ARCINIEGUI, CABANILLAS, GÓMEZ DE ARANDA, MUÑOZ GONZÁLEZ y VILLEGAS GIRÓN, e, inspirados en el mismo criterio, actuaron los Procuradores que intervinieron en los debates de la Comisión.

En consecuencia: se acentuó la independencia del poder judicial, ampliando la esfera del autogobierno; se garantizó la inamovilidad de los funcionarios, se limitó y condicionó el carácter discrecional de ciertos actos de la Administración, mediante la objetivación de las normas que regulan la situación del personal al servicio de la Administración de Justicia, reforzándose, además, las incompatibilidades y fijando la edad de jubilación de acuerdo con la necesaria permanencia en su cargo de los componentes de los Tribunales colegiados, único modo eficaz de lograr la *communis opinio*, que constituye una de las más altas misiones de dichos órganos de la Administración de Justicia.

Respecto a la reducción del número de Cuerpos que, con función directa, auxiliar o colaboradora, atienden a la Administración de Justicia, se logró que sólo subsistan doce, como consecuencia de la refundición de más de cuarenta existentes con anterioridad.

También, en cuanto a la selección y perfeccionamiento del personal, se ha extendido el campo de acción de la Escuela Judicial.

La Comisión elevó al Gobierno dos importantes mociones: una para que se estudie la posibilidad y conveniencia de que sea suprimida la prohibición del acceso de la mujer a las carreras judicial y fiscal, y otra, relativa a las necesidades materiales de la Administración de Justicia para que pueda cumplir su función de manera adecuada al tiempo actual.

Los efectos de la nueva Ley en relación con el artículo 291 de la Ley Hipotecaria es de suponer que quedarán puntualizados en la anunciada Ley de Retribuciones de Funcionarios de la Administración de Justicia.

2. A los efectos de la Ley, son funcionarios al servicio de la Administración de Justicia: el personal judicial, los del Ministe-

rio Fiscal, los del Secretariado de la Administración de Justicia y el personal colaborador y auxiliar de la Administración de Justicia.

Es personal judicial: el Presidente del Tribunal Supremo, los Magistrados del mismo Alto Tribunal, los miembros de la carrera judicial y los Jueces municipales y comarcales.

Integran el Ministerio Fiscal: el Fiscal del Tribunal Supremo, los miembros de la carrera fiscal y los Fiscales municipales y comarcales.

Integran el Secretariado de la Administración de Justicia: el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia en sus dos ramas de Tribunales y Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y los de los Juzgados municipales y comarcales y de los de paz de más de cinco mil habitantes.

Constituye personal colaborador y auxiliar de la Administración de Justicia: el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, el personal del Instituto Nacional de Toxicología, los Cuerpos de Auxiliares de la Administración de Justicia y Justicia Municipal y los Cuerpos de Agentes de la Administración de Justicia y Justicia Municipal.

El Cuerpo Especial Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia estará equiparado en sueldos y categorías a la carrera judicial y sometido a su mismo régimen de incompatibilidades.

3. El personal al servicio de la Administración de Justicia se regirá por sus disposiciones orgánicas especiales con las modificaciones establecidas en la Ley, y en su defecto, con carácter supletorio por la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

4. La competencia en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia se ejercerá por los propios Organos judiciales o del Ministerio Fiscal y por los correspondientes a la Administración Central en la esfera que a cada uno le sea propia, con arreglo a la Ley.

5. La selección de los aspirantes a ingreso en los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia se realizará mediante convocatoria y práctica de las pruebas selectivas

correspondientes. La Escuela judicial es el Organó competente para la selección, formación y perfeccionamiento del personal que, para integrarse en los citados Cuerpos, deba poseer el título facultativo superior.

Corresponderá también a la Escuela la organización de cursos de perfeccionamiento de los demás funcionarios que integran la Administración de Justicia.

Los aspirantes a las carreras judicial y fiscal que hayan superado las pruebas selectivas serán nombrados funcionarios en prácticas y deberán seguir un curso en la Escuela. Superado éste, serán nombrados por orden de calificación definitiva para cubrir las vacantes que existan en el Cuerpo y, previo cumplimiento de los trámites señalados en la legislación orgánica respectiva adquirirán la condición de funcionarios en propiedad.

Los aspirantes de los demás Cuerpos que hayan superado las pruebas selectivas deberán seguir los cursos que puedan establecerse en la convocatoria.

El ingreso en el Cuerpo Especial Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia se verificará por un doble turno: el primero, por oposición libre entre Licenciados en Derecho; y el segundo, mediante concurso selectivo de méritos entre funcionarios de las carreras judicial y fiscal. Los que ingresen en este segundo turno podrán reintegrarse a su carrera de origen, a petición propia, una vez prestados tres años de servicios en el Cuerpo de Letrados, conservando los derechos que hayan podido adquirir en el mismo.

Para el ingreso en el Cuerpo de Secretarios de Juzgados de Paz de más de cinco mil habitantes por el turno de oposición libre será requisito indispensable hallarse en posesión del título de bachiller superior.

Para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, tanto de Tribunales y de Juzgados como de Justicia municipal, será requisito indispensable hallarse en posesión del título de bachiller superior. Sin embargo, el cincuenta por ciento de las vacantes que se produzcan en cada uno de estos Cuerpos se reservará para su provisión en turno restringido entre Auxiliares de la Administración de Justicia y Justicia Municipal, respectivamente, que cuenten con cuatro años de servicios efectivos y superen las pruebas selectivas que se establezcan.

Para el ingreso en el Cuerpo de Auxiliares de la Administración de Justicia y Justicia Municipal se exigirá tener cumplida la edad de dieciocho años y estar en posesión del título de bachiller elemental. El veinticinco por ciento de las vacantes que se produzcan en cada uno de estos dos Cuerpos auxiliares se reservará para su provisión en turno restringido entre Agentes de la Administración de Justicia y Justicia Municipal, respectivamente, que cuenten con cuatro años de servicios efectivos y superen las pruebas selectivas que se establezcan.

Para el ingreso en los Cuerpos de Agentes de la Administración de Justicia y Justicia Municipal se exigirá el certificado de enseñanza primaria.

6. La cualidad de funcionario se adquiere en la forma que determinen las disposiciones orgánicas de los Cuerpos respectivos y se pierde por las causas y en la forma establecida en su legislación específica y por renuncia voluntaria al ser aceptada por la Administración.

La condena por delito doloso implicará siempre la separación del servicio de los funcionarios de la Administración de Justicia; pero separado, extinguida la responsabilidad penal y civil y cancelados sus antecedentes penales, podrá ser rehabilitado por el Ministro de Justicia, previo informe de los Consejos Judicial o Fiscal, según proceda.

En el caso de delito culposo, la corrección que pueda imponerse al condenado lo será en vía disciplinaria, a través del expediente que ha de seguirse, y si fuera de separación, podrá ser rehabilitado en la misma forma y con los requisitos que en el caso de delito doloso.

La jubilación se acordará cuando el funcionario alcance la edad de sesenta y cinco años en los Cuerpos de Auxiliares y Agentes y setenta en los restantes, incluidos el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses y el personal del Instituto Nacional de Toxicología. Por excepción, los miembros de las carreras judicial y fiscal que hayan alcanzado la categoría de Magistrado podrán continuar voluntariamente en servicio activo hasta cumplir los setenta y dos años, y mediante prórrogas anuales, hasta los setenta y cinco.

Procederá la jubilación voluntaria, a instancia del interesado que hubiera cumplido sesenta y cinco años de edad o treinta años de servicios efectivos al Estado. Podrá acordarse la jubilación de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia mediante expediente, iniciado de oficio o a instancia del interesado, cuando éste padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones. Si se trata de miembros de las carreras judicial, fiscal o de Jueces o Fiscales municipales, el expediente se tramitará conforme a lo prevenido en la Ley Orgánica del poder judicial, y previo informe de los Consejos judicial o fiscal. El Ministerio de Justicia resolverá lo procedente.

7. Las situaciones administrativas de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia se regularán por lo establecido en el texto articulado de funcionarios públicos. En todo caso, para el reingreso de los funcionarios de las carreras judicial, fiscal y de Jueces y Fiscales Municipales y Comarcales que se hallan en situación de excedencia voluntaria se requieren informes de los Consejos Judicial o Fiscal.

8. Las plantillas orgánicas del personal y número de Salas y Secciones de los Tribunales colegiados habrán de ajustarse a las necesidades del servicio, por lo cual serán revisadas cada dos años, a la vista de los informes de las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales y del Tribunal Supremo.

La provisión de destinos se ajustará a las formalidades establecidas en la legislación especial de cada Cuerpo con las siguientes modificaciones:

Primera. Quedan suprimidas las categorías de entrada, ascenso o término de las carreras judicial o fiscal y Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia. Cuando las disposiciones orgánicas exijan para la provisión de determinados destinos las categorías de entrada, ascenso o término, se entenderán referidas a las únicas de Magistrado o Fiscal y Juez o Abogado Fiscal, respectivamente. Los miembros de la carrera judicial, para ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo será preciso que hayan prestado, como mínimo, diez años de servicio activo en la categoría de Ma-

gistrado, y no menos de veinte en la carrera. Los miembros de la carrera fiscal, para ser nombrados Fiscal General o Fiscal de Audiencia Territorial, deberán haber prestado, cuando menos, veinte años de servicio activo en su carrera. Los Magistrados que hayan cumplido sesenta años no podrán deducir petición de destino para Juzgados, y los que estuvieren ya destinados en alguno de ellos podrán ser trasladados por el Ministerio a Tribunales, colegiados si en plazo de un año, a contar del día que cumplan esa edad, no solicitaren y obtuvieren otro destino en dichos Tribunales.

Segunda. Sin perjuicio de las facultades del Gobierno, el Consejo Judicial remitirá anualmente al Ministerio de Justicia relación de los Magistrados con más de diez años de antigüedad en la categoría que consideren más idóneos para el cargo de Presidente de la Audiencia Territorial, y de cinco años para Presidente de la Audiencia Provincial, expresando los méritos que en ellos concurren y razonando debidamente la inclusión. De igual manera formulará el Consejo Fiscal propuesta de los funcionarios de dicha carrera que cumplan las condiciones expresadas para el cargo de Fiscal de la Audiencia Territorial.

Tercera. Con la misma periodicidad remitirá el Consejo Judicial relación de los Magistrados, con más de cinco años de antigüedad en la categoría, que considere idóneos para el desempeño de los cargos de Presidente de Sala o Sección de Audiencia Territorial o Provincial, y, cualquiera que sea su antigüedad, para los de Magistrados de la Audiencia de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Bilbao y Málaga, Jueces de Primera Instancia e Instrucción de las expresadas capitales y Jueces de Primera Instancia y Municipales de cualquier población.

Cuarta. Los Magistrados de Trabajo procedentes de las carreras judicial y fiscal, con más de diez años de servicio activo en la jurisdicción de trabajo, y siempre que ostenten más de veinte años de antigüedad en sus carreras de origen, podrán ser promovidos a la Sala de lo social del Tribunal Supremo para cubrir la tercera parte de las vacantes de la misma.

Quinta. En el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia, rama de Juzgados, se conservarán únicamente las dos categorías de Secretarios de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, servidos por Jueces, y de Secretarios de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, servidos por Magistrados. En la rama de Tribunales, las de Secretarios de Audiencias y del Tribunal Supremo.

Sexta. En la carrera de Jueces municipales y comarcales se conservarán únicamente estas dos categorías, y en el Secretariado de Justicia Municipal las de Secretarios de Juzgados comarcales y Secretarios de Juzgados de paz de más de cinco mil habitantes. Las Secretarías de Juzgados Municipales de Madrid y Barcelona no podrán ser solicitadas por Secretarios de dicha clase que no se hallen en posesión del título de Licenciado en Derecho. Asimismo, a los actuales Secretarios de segunda categoría adicional que no posean dicho título les será de aplicación la limitación de que sólo podrán concursar Secretarías de poblaciones que no excedan de treinta mil habitantes ni sean capitales de provincia. Las Secretarías de Juzgados de paz de menos de cinco mil habitantes seguirán sometidas a las disposiciones especiales que las regulan.

Séptima. Quedan suprimidas las categorías de los restantes Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Octava. No podrán autorizarse permutas de destino.

Novena. Los funcionarios sancionados con traslado forzoso no podrán solicitar nuevo destino en el plazo de un año ni otro de la misma localidad en que se les impuso la sanción hasta transcurridos cinco años. Este último plazo podrá ser reducido o ampliado por el Ministerio de Justicia con informe razonado de la Inspección Central de Tribunales y previa audiencia del interesado. Cuando se trate de funcionarios de las carreras judicial y fiscal y de las de Jueces municipales o comarcales informarán los Consejos Judicial y Fiscal.

Décima. En tanto no se aumenten las plazas del Secretariado de Tribunales para cubrir las Secretarías de las Fiscalías de Audiencias y del Tribunal Supremo, el Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, podrá disponer discrecionalmente el destino de aquellos de los funcionarios del Cuerpo de la Administración de Justicia, en sus dos ramas, que estime oportuno.

Las plazas reservadas por razón de la situación administrativa de los funcionarios, cuando las necesidades del servicio lo aconsejen, podrán ser cubiertas, con carácter eventual, por resolución del Ministro de Justicia, previo informe de los Consejos Judicial o Fiscal, según el Cuerpo a que pertenezca el funcionario, por otro en activo, de la misma carrera, que tuviera categoría suficiente para desempeñar la plaza de que se trate o, en su defecto, de la inferior, y, en ambos supuestos, lo hubiera solicitado con ese carácter eventual. Los resultados se proveerán, en caso necesario, en igual forma, hasta la última categoría, para el que será designado el aspirante del Cuerpo respectivo que ocupe el primer lugar. Los así nombrados percibirán sus haberes con cargo al capítulo de personal y, si en éste no hubiera crédito disponible, con el señalado expresamente para estos casos. A los aspirantes les será de abono, a todos los efectos, el tiempo de servicios prestados en esta situación.

El Ministro de Justicia podrá nombrar funcionarios interinos o eventuales y contratados, dentro de los créditos globales autorizados a tal fin, para la realización de funciones propias de Oficiales, Auxiliares o Agentes de la Administración de Justicia, siempre que no puedan ser atendidas por funcionarios en propiedad o de plantilla. Los así nombrados estarán sujetos al régimen general de los funcionarios de carrera que sea adecuado a la naturaleza de su condición; podrán ser separados discrecionalmente y, en todo caso, cuando la plaza que desempeñen sea cubierta en legal forma.

9. El Estado facilitará a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, a través de una Agrupación mutuo-benéfica, la adecuada asistencia y seguridad social. Conservando su respectiva autonomía económica formarán parte de la citada

entidad las mutualidades benéficas de los referidos funcionarios actualmente existentes.

10. Regula la Ley una vacación retribuida anual, licencias por enfermedad, permisos hasta quince días o de tres, sin exceder de seis en el año, licencias por matrimonio, por embarazo, para realizar estudios y para asuntos propios.

11. Los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia deberán cumplir y observar con el máximo celo los deberes e incompatibilidades que les impone la legislación especial, sin que en ningún caso puedan ejercer cualquier profesión, actividad o cargo que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de aquéllos. Cuando pretendan ejercer cualquier profesión, actividad o cargo que no esté expresamente comprendido en las incompatibilidades específicas del Cuerpo a que pertenezcan deberán obtener previa autorización del Ministerio de Justicia, que solicitarán por conducto y con informe de sus superiores jerárquicos.

El personal judicial no podrá actuar en Tribunal o Juzgado donde ejerzan como Abogado o Procurador algún pariente del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad.

12. El régimen disciplinario de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia será el establecido en las disposiciones orgánicas respectivas.

La Ley contiene normas que se observarán en todo caso relativas a la responsabilidad de los Jefes y de los funcionarios que encubran las faltas, al deber de los Presidentes de las Audiencias y de los titulares de los Juzgados de sancionar de plano las faltas leves que cometan los Oficiales, Auxiliares y Agentes, a que quedará incurso en falta grave el funcionario corregido por tres leves; a la pérdida de remuneración, aplicable en todo caso, además de otras sanciones; a la anotación de las faltas en el expediente personal; a la cancelación de dicha anotación; a la calificación de nota desfavorable; a una anotación por falta grave o muy grave o por tres leves y a la prescripción de las faltas.

13. Los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia quedarán sometidos al régimen de derechos pasivos que regula

la Ley de 4 de mayo de 1965, en las condiciones y con los requisitos que en la misma se establecen. Las referencias que en ellas se contienen a preceptos de las leyes de funcionarios de la Administración civil y de retribuciones de los mismos se entenderán hechas, en sus respectivos casos, a las concordantes de la Ley que se examina y de la de retribuciones de funcionarios de la Administración de Justicia.

Lo establecido en la cuarta disposición transitoria de la Ley de 4 de mayo de 1965 será de aplicación a los funcionarios que hayan ingresado en la Administración de Justicia por razón de su procedencia de Cuerpos o Institutos militares en cualquier turno u oposición legalmente establecidos.

14. La Ley contiene nueve disposiciones transitorias relativas a los Magistrados que hayan ingresado por turno de oposición en la jurisdicción contencioso-administrativa, a las Escuelas Técnicas y Auxiliares de los Cuerpos Administrativos de los Tribunales, a los antiguos Oficiales de Sala del Tribunal Supremo y Audiencias y a los procedentes del extinguido Cuerpo de Oficiales de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo y al personal técnico y auxiliar administrativo del Instituto Nacional de Toxicología, al personal auxiliar de los Institutos Anatómico-Forense, Clínicos, Médico-Forense, Mutualidad Benéfica de la Justicia Municipal, al personal subalterno, a la provisión de plazas de Oficiales de la Administración de Justicia y Justicia Municipal que vacuen antes de 1 de enero de 1970, a las convocatorias de proveer vacantes en los Cuerpos auxiliares que se anuncien antes de 1 de enero de 1970, a los funcionarios que hayan cumplido la edad de jubilación a la entrada en vigor de la Ley que están retribuidos en forma arancelaria, a la opción concedida a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia que hubieren ingresado en el Cuerpo o Escala correspondiente, con anterioridad al primero de enero de 1965 para poder jubilarse por edad, según la fijada por la legislación anterior o la señalada por la Ley, y la formación de nuevos escalafones de los funcionarios actuales, como consecuencia de la supresión de categorías.

15. Por las disposiciones finales se deroga la Ley reguladora de la Escuela judicial, se autoriza al Ministerio de Justicia para

someter los proyectos de decretos orgánicos que procedan y se ordena que la Ley empezará a regir a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, a excepción de lo dispuesto en los artículos 18, 21, 27, 30 y 36 de las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 7.^a, 8.^a y 9.^a, que entrará en vigor al mismo tiempo que la Ley de Retribuciones de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. No obstante, podrá el Gobierno revisar parcialmente las plantillas y prescindir de los preceptos orgánicos que exijan categoría de entrada, ascenso o término en las carreras judicial o fiscal para servir determinados puestos.

FRANCISCO DE COSSÍO Y CORRAL.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

Arrendamiento transaccional integrado por arbitrador y firma en blanco

ANTECEDENTES

I. Don F. R. es arrendatario de la totalidad de un edificio señalado con los números 5 y 8 de las calles de P. y de P. S. de la ciudad de V.

El mencionado arrendamiento se concertó mediante documentos de fecha 12 y 31 de mayo de 1955.

La merced arrendaticia consistía, a principios del presente año, en la cantidad de dieciséis mil quinientas pesetas mensuales, de las que mil quinientas correspondían al incremento autorizado por el Decreto de 6 de septiembre de 1961.

II. Los arrendadores, doña P. F. B. y sus hijos—herederos todos del señor G. E.—promovieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de V. juicio especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos contra don F. R., ejercitando una pretensión de resolución del contrato de arrendamiento de la casa por supuesta realización por el arrendatario de obras modificativas de la configuración del edificio.

III. Hallándose en curso de tramitación el referido litigio, realizaron los litigantes diversas gestiones a fin de llegar a un acuerdo transaccional, bien mediante compra del edificio por el arrendatario o bien mediante el abandono de la cosa arrendada a cambio de un precio, sin que ninguna de estas negociaciones llegara a plasmar en un acuerdo definitivo.

Así las cosas, encontrándose el pleito ya en trámite de proposición de prueba, medió entre los litigantes don E. R., con el fin de avenirlos y tratar de poner fin a las diferencias que entre ellos existían.

Ambas partes dirigieron al señor R. sendas cartas con fechas 11 y 16 de abril, respectivamente, en las que don F. R. dió al señor R. «un voto de confianza» para llevar a buen término las conversaciones que venía sosteniendo con los propietarios, y doña P. F. B. le indicó que aceptaba su «decisión en la resolución de los problemas con don F. R.».

IV. Con fecha 25 de mayo de 1963, doña P. F. B., en su propio nombre y derecho y en representación de sus hijos, por una parte, y por otra don F. R. aparecen otorgando un nuevo contrato de arrendamiento que se reflejó en un documento privado extendido en aquella fecha y firmado por ambos contratantes.

Las estipulaciones, que constituyen el contenido de dicho contrato, son las siguientes:

Primera.—La duración del contrato de arrendamiento se fija en quince años, prorrogándose a su terminación en la forma prevista en la Ley de Arrendamientos Urbanos vigentes.

Segunda.—1) La renta será de cuarenta y cinco mil pesetas mensuales y será efectiva en el domicilio del arrendador por meses vencidos y del día 1 al 5, a partir del próximo mes de julio del año en curso.

2) La repercusión contributiva que implica la renta que acaba de estipularse a partir del tope de dieciséis mil quinientas pesetas, la asumirán por mitad e iguales partes arrendadores y arrendatarios. O sea, hasta dieciséis mil quinientas pesetas es de cargo de los arrendadores.

3) La renta que se ha fijado permanecerá inalterable hasta el año 1969, en el cual será revisada con sujeción al precio fijado para el quintal métrico de trigo a efectos de «pago de renta». Para la aplicación de este módulo se equipara la renta fijada en este contrato con el valor señalado al quintal métrico de trigo al primero de julio

de 1966. Ante el supuesto de que desapareciese en el futuro la constancia oficial del valor trigo, a efectos de «pago de rentas», el módulo de corrección se tomará seguidamente sobre la base trigo, pero sobre valor de «trigo libre», computándose, por tanto, las variaciones de tal mercancía sobre el valor del «candeal fino, tipo Aragón» y similares de peso específico de 77 kgs. por hectólitro y 12 por 100 de humedad, cuyo precio en el mercado libre podrá acreditarse si fuera preciso por certificaciones de la Alcaldía, conforme al artículo 1.406 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o en su defecto por certificación de la Jefatura Agronómica.

Para la aplicación de este nuevo módulo que se prevé en el caso de desaparecer el anterior, el punto de arranque de las próximas variaciones se fijará equiparando la renta del día en el momento de desaparecer el módulo anterior, con la cotización en esa misma fecha del nuevo módulo que se señala.

A partir de dicho año de 1969 será revisada periódicamente con arreglo a igual módulo cada tres años.

4) Si la aplicación del módulo motivase discrepancias respecto a su cuantía, los contratantes se comprometen expresamente a aceptar el laudo que sobre ello dicte don E. R., por fallecimiento o imposibilidad física de éste don A. R. Y para el caso de que no hubiese dejado persona facultada para tal menester, dictará el laudo la persona que a la sazón ostente la condición de Presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de V.

5) Todos los incrementos de renta que en lo sucesivo pueda autorizar el legislador quedarán absorbidos por la renta que se ha señalado. Sin embargo, si el arrendatario negase la cuantía de aquella renta y las revisiones periódicas estipuladas, los arrendadores podrán optar entre las reclamaciones y efectividad de las mismas o tener por inexistente la renuncia a los incrementos legales de renta, reclamando en cambio cuantos legislativamente se hallen regulados o en lo sucesivo se decreten.

Tercera.—El arrendatario queda expresamente facultado para poder ejercer en todo tiempo, «sine die», en el edificio del caso:

1) Todas las obras que estime pertinentes.

2) Fijación en las fachadas de cualquier anuncio o rótulo comercial:

La autorización para obras tendrá las únicas limitaciones siguientes:

a) No podrá el arrendatario elevar ningún piso al edificio ni crear nuevos sótanos.

b) No podrán afectar las obras de la estructura de piedra de las fachadas de P. y P. S.; pero se entiende no le afectan cuando signifique el necesario enlace de las obras interiores con ellas, en cuanto tengan que realizar los apoyos consiguientes.

c) No podrá en modo alguno debilitar la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la edificación.

d) No podrá realizar tampoco aquellas obras que impliquen dedicar el edificio a una actividad mercantil distinta a la desarrollada en los Grandes Almacenes, por ejemplo: «Galerías Preciados» y «El Corte Inglés» de Madrid.

e) Todas las obras quedarán en beneficio del edificio —salvo las que afecten a las instalaciones y escaparates, propiedad del arrendatario—, sin que los arrendadores tengan que abonar indemnización alguna por ello.

La autorización concedida al arrendatario para la realización de obras por tiempo ilimitado queda supeditada al riguroso cumplimiento por su parte de los siguientes requisitos:

a) Que el arrendatario abone en todo momento la renta ahora pactada, con los incrementos que se estipularon en la cláusula precedente, ya que éstas se estiman más que como tales elevaciones, contraprestación para la autorización para las obras.

b) Que cuando el inquilino se determine a realizar algunas obras se lo comunique por escrito a los propietarios, con la anticipación mínima de un mes, adjuntándole el plano y proyecto de las mismas, a fin de que éstos sepan siempre la situación del inmueble. Esta notificación de las obras se entiende que no es para recabar permiso de los propietarios, sino tan sólo a efectos puramente informativos.

c) Si se diera el evento de que por el arrendatario se llegase a negar la cuantía de la renta y sus incrementos en orden a estos últimos en cuanto hayan sido fijados por el árbitro en el supuesto del apartado 4 de la cláusula segunda, la parte arrendadora podrá optar entre la reclamación de su efectividad o exigir que las obras que el arrendatario haya realizado las retire, dejando el edificio en el estado y situación primitivos, extinguiéndose a la vez la facultad para realizar obras ulteriores.

Cuarta.—Todas las obras realizadas hasta la fecha de este documento por el arrendatario, señor F. R., y que no han sido autorizadas expresamente con anterioridad, quedan convalidadas, quedando en beneficio del inmueble, excepto las que se hayan efectuado en las instalaciones y escaparates propiedad del arrendatario. Ello siempre que el arrendatario no discuta la efectividad de lo pactado en el apartado a) de la cláusula precedente.

Quinta.—Queda sin efecto todo lo pactado en los contratos de 12 y 31 de mayo de 1955 en todo lo que contradiga lo aquí convenido, y en vigor en lo demás.

El referido contrato fué elaborado sustancialmente por los propios litigantes, en presencia del señor R. y con su asistencia. Por invitación del dicho señor R. hubieron de firmarlo, dando plena conformidad a su contenido. El documento se encontraba plenamente redactado, con excepción de algunos extremos que se dejaron en blanco, a fin de que fueran posteriormente integrados por el mencionado señor R. Los extremos que las partes dejaron en blanco en el documento de 25 de mayo de 1963 y que fueron

con posterioridad suplidos por don E. R., son los siguientes: el plazo de duración del contrato, que se fijó en quince años; la renta, que se fijó en cuarenta y cinco mil pesetas mensuales; el momento a partir del cual comenzaría la vigencia de dicha renta, que se fijó en el mes de julio del año en curso; y el momento hasta el cual permanecería inalterable la renta establecida, que se fijó en el año 1969.

V. No satisfizo el mencionado contrato de 25 de mayo de 1963 las aspiraciones de los litigantes. Sin embargo, doña P. F. B. y sus hijos, tras alguna inicial vacilación, se avinieron a acatarlo y a cumplirlo, haciendo de esta manera honor a la palabra que habían dado.

En virtud de ello, doña P. F. B. requirió notarialmente, con fecha 2 de agosto de 1963, a don F. R. para que se aviniera a pagar, como renta del edificio, la cantidad escriturada en el documento transaccional que habían suscrito ambas partes con fecha 25 de mayo de 1963, con la intervención de don E. R.

Don F. R. contestó al mencionado requerimiento el siguiente día, 8 de agosto, haciendo constar:

Que no se aviene a pagar a doña P. F. B. la cantidad que ésta le ha reclamado en concepto de renta del edificio número 5 de la calle de P., de esta ciudad, mediante el requerimiento notarial al que contesta, porque no es viable la pretensión del caso, al ser radicalmente nulo y, por tanto, jurídicamente ineficaz el documento de fecha 26 de mayo último, supuesto fundamento de la misma y producto de la decisión arbitral de don E. R.

La nulidad del prenombrado documento deriva del hecho de que pactos esenciales del mismo, cual el de la renta peticionada—entre otros—, se hallaban en blanco cuando fué firmado por aquélla y el aquí compareciente, siendo adicionados posteriormente por el citado árbitro, sin que haya sido aceptado ni expresa ni tácitamente por el aquí compareciente.

En consecuencia, está fuera de toda duda que el documento enjuiciado no entraña una transacción entre los firmantes del mismo, cual afirma la requirente.

Aprovecha esta ocasión para reiterarle a la señora F. B. su derecho de abonarle la renta que viene percibiendo del mencionado edificio, por ser legalmente la procedente.

Por su parte, don F. R., con fecha 21 de agosto de 1963 y por conducto de un Notario requirió a doña P. F. B. para que efectuara las siguientes manifestaciones:

a) Cómo es cierto que don E. R. se brindó para resolver como árbitro un litigio que sostenía la requerida y sus hijos con don F. R. ante el Juzgado de Primera Instancia Decano de esta ciudad, sobre resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio denominado «Almacenes el P.», sito en la calle de P., 5, en esta ciudad, por ejecución de obras supuestamente no autorizadas.

b) Cómo es cierto que don F. R., actuando en tal condición, plasmó su decisión en el documento de fecha 25 de mayo de 1963 y en otros complementarios.

c) Cómo es cierto que el árbitro, don E. R., exigió a la señora F. firmasen el documento de fecha 25 de mayo de 1963, sin previo conocimiento de su contenido, con la promesa de que sería roto por él si cualquiera de los firmantes se sentía perjudicado por su decisión.

d) Cómo es cierto que, en efecto, la requerida señora F., así como también el señor R., ha firmado el documento del caso sin conocimiento de su contenido, hallándose en blanco las expresiones «quince», «cuarenta y cinco mil», «julio» y «mil novecientos sesenta y nueve»—las dos primeras en la cláusula primera y la tercera y cuarta en los apartados 1) y 3) de la segunda—, las cuales han sido puestas por el árbitro don E. R. después de haber firmado las partes el aludido documento, informándole verbalmente de su contenido a la requerida a los tres días de haberlo firmado.

f) Cómo es cierto que no obstante haber firmado el aludido documento el 25 de mayo de 1963 no le fué entregado el mismo por el señor R. hasta el 17 de julio de igual

año, aprovechando éste tal lapso de tiempo para persuadir a la requerida y al señor R. de que debían de aceptar su decisión para no tener así que romper el documento del caso, cual había prometido.

Al expresado requerimiento de don F. R., doña P. F. B. contestó el siguiente día 22 de agosto lo siguiente:

Al apartado a), la requerida sólo sabe al respecto que cuando tenía en trámite la demanda contra el requirente, por obras incontinentidas, fué invitada por don E. R. a que entablase por mediación del último conversaciones de aveniencia con aquél, desconociendo de quién haya partido la invitación para tal mediación. Y que la señora requerida se prestó a dichas gestiones de aveniencia teniendo, sobre todo, en cuenta el prestigio profesional-mercantil de dicho señor E. R., y que éste le anunció que el señor F. R. estaba dispuesto a pasar por los consejos que él formulase para cada una de las diferencias concretas, luego de examinar las razones de una y otra parte.

Al apartado b): Que la pregunta que tiene trata de ocultar que el documento a que se refiere precedió la invitación del señor R. a ambas partes, para que le firmasen, sendas cartas reconociendo que ambas habrían de pasar por aquellas soluciones concretas que él propusiese para las diferencias que les enfrentaban, cartas que, en efecto, suscribieron y entregaron al señor R., así la señora contestante como el requirenté.

A los apartados c) y d): Que resulta falso, de toda falsedad, que cuando requirente y contestante aceptaron por anticipado las soluciones del señor R. lo hayan hecho condicionadamente a que el contrato que habría de recogerlas habría de ser roto por él «si cualquiera de los firmantes se sentía perjudicado».

Ni ocurrieron así las cosas ni ello tendría el menor sentido. No lo tendría que las partes hiciesen manifestaciones de voluntad de querer unas soluciones y, a la vez, de no quererlas.

Lo que, en cambio, ocurrió llanamente es que las partes suscribieron ante el señor R. el contrato fechado el 25 de mayo del año en curso, con pleno conocimiento de su contenido, salvo algunas cifras en blanco que el señor R. había de cubrir en virtud de la doble encomienda que se deja aludida.

No tiene inconveniente en manifestarlo así la contestante, consciente de que con ello asume las consecuencias de la realidad, pese a que tal extremo pudiera haberse ocultado como acaecido en las confidenciales relaciones en que todo ha cursado. Pero es ese camino de la realidad el único que se acomoda al temperamento de la que contesta e interesa para superar cualquier intento de adulteración de viraje hacia la superchería.

Lo que uno y otro, don F. y la señora requerida han querido y realizado con su doble otorgamiento fué un nuevo contrato arrendaticio.

Si las cifras que, por aquella vía, llegaron a concretarse causaron insatisfacción a una y otra parte, hasta el punto, por lo que hace a la señora contestante, que ella y sus hijos, al hallarlas imprevistamente bajas, se propusieron, al pronto, examinar los procedentes medios impugnativos; si ello fué así, no es menos cierto que los últimos hubieron de ceder resignadamente ante las consideraciones de que, en primer lugar, aquella actitud habría de entrañar un innoble desacato para quien, como el señor R., generosamente, y «sin comerlo ni beberlo», había puesto sus fatigas al servicio de la buena obra avenidora; y, en segundo lugar, pues que a la familia arrendadora no le pareció aceptable el entredicho que, en otro caso, habría de dimanar contra la misma, al atribuirsele, con razón, la bastardía de que por anticipado asumía un limitado margen de azar, también afectante a quien con ella se relacionaba, para maquinar después la burla de lo resultante, si lo estimaba no acomodado a su particular conveniencia.² Estimó dicha familia que los jugadores de ventaja nunca merecieron la social estimación. Ello aparte de que la referida familia no halló motivo legal alguno para la im-

pugnación de un contrato que había merecido tan consciente otorgamiento.

Al apartado último: Que al requirente le consta que tanto él como el señor R. se hallaron ausentes, en Barcelona, por motivos de negocios, durante las fechas que siguieron a la elaboración del contrato, por lo que hubo de retardarse la entrega del mismo, que se produjo tan pronto la representación de la señora requerida encareció al señor R. la necesidad de que no demorase tal entrega.

CONSULTA

El Letrado don R. G. P., como abogado de los señores herederos de G. E., ha solicitado el parecer del Letrado que suscribe, en relación con los siguientes extremos:

1.º Si los herederos de G. E. pueden optar entre proseguir el juicio sobre resolución del contrato de arrendamiento, que en la actualidad se encuentra sólo suspendido en virtud de una petición conjunta de ambas partes, e iniciar un nuevo juicio declarativo pidiendo que se considere válido el contrato de 25 de mayo de 1963 y se condene a don F. R. a cumplirlo.

2.º Si cabe hacer compatible este último juicio con el de desahucio, mediante la utilización de alguna reserva de derechos, cautela o figura semejante.

El Letrado que suscribe, tras haber estudiado atenta y detenidamente los antecedentes que le han sido facilitados y la consulta que se le ha hecho, formula el siguiente

DICTAMEN

La consulta planteada ofrece un panorama muy complejo y suscita una serie muy abundante de cuestiones que presentan, por una parte, un interés extraordinario y por otra una gran dificultad en su tratamiento jurídico. Parece conveniente, por ello, ordenar previamente la materia objeto de estudio sometiéndola de alguna manera a sistema.

I.—LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE 25 DE MAYO DE 1963.

El primer problema que es necesario afrontar, con el fin de dejar sentada la primera de las premisas que deben conducirnos a la solución de la cuestión que ha sido planteada en la consulta, es el relativo a la naturaleza jurídica que reviste o la calificación jurídica que merece el contrato celebrado el día 25 de mayo del presente año entre don F.R., de una parte, y doña P.F.B., de otra, actuando esta última en su propio nombre y derecho y como representante de sus hijos.

El problema de la naturaleza jurídica del contrato de 25 de mayo de 1963 puede, a su vez, ser examinado desde dos ángulos o perspectivas distintas, cada una de las cuales suministra, por decirlo así, una pieza esencial para consideración de conjunto. El primero de dichos ángulos es el que se refiere a la función o al carácter de la intervención de don E.R. en las negociaciones previas a la celebración de dicho contrato, en el otorgamiento del mismo y en su posterior integración. La segunda perspectiva que es menester contemplar para decidir la naturaleza y la calificación del tantas veces mencionado contrato es su interno contenido, esto es, el esquema contractual de derechos y obligaciones que en virtud de semejante negocio jurídico asumieron las partes que lo celebraron. Cada uno de estos dos extremos—carácter de la intervención de don E.R., interno contenido del negocio—merece un estudio atento y separado.

A) *El carácter de la intervención de don E. R. en el otorgamiento e integración del contrato de 25 de mayo de 1963.*

Es la cuestión más saliente de cuantas plantea la consulta que estamos intentando resolver y quizá también el punto medular o la clave de todo el enigma. Sobre este punto existe, además, al parecer, alguna confusión inicial entre las partes, que conviene desde ahora desvanecer. El calificativo que con más frecuencia se ha dado en este asunto—singularmente por parte del se-

ñor R. R.—al señor R. E. ha sido el de «árbitro» y, consiguientemente, su intervención ha sido denominada como arbitraje. Conventrá, por ello, que este punto sea la primera etapa de nuestro estudio.

a) *La intervención de don E. R. como arbitraje.—Crítica de este punto de vista.*—«Prima facie», la actividad que el señor R. E. ha desplegado en el asunto que nos ocupa parece revestir todos los caracteres necesarios para ser consideradas como un auténtico arbitraje. Se trata de un tercero a quien las partes han encargado que dirima un conflicto pendiente entre ellas, acatando previamente su decisión. En estos términos, o en otros muy parecidos, definen el arbitraje tanto el artículo 1.820 del Código civil como el artículo 1.º de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953. La calificación de la actuación del señor R. E. como arbitraje acarrearía, sin embargo, graves consecuencias porque, de ser verdadero arbitraje, habría efectivamente que declararlo nulo. Esta nulidad provendría de dos órdenes o tipos de causas. En primer lugar, el arbitraje, para ser válido, necesita reunir una serie de presupuestos que son señaladamente de tipo formal: el otorgamiento de un contrato de compromiso solemnemente realizado por medio de escritura pública en que se llenen los requisitos establecidos por la Ley, como son la concreta determinación de la controversia que debe ser decidida, el plazo para emitir la decisión, etc.; la emisión por el árbitro de un laudo o sentencia arbitral, que debe cumplir también una serie de formalidades previamente establecidas en la Ley, etc. Como ninguno de estos requisitos, ni ninguna de estas formalidades ha sido cumplido en el presente caso, nos encontraríamos en presencia de lo que la doctrina denomina usualmente un arbitraje irregular o un arbitraje irritual, informal o libre, que unánimemente se considera, prescindiendo por ahora de matizaciones que no son del caso, como un negocio carente de eficacia, o por lo menos carente de la eficacia que la Ley asigna al arbitraje.

La segunda de las razones que conduciría a la nulidad de lo actuado, en el caso de que la actividad de don E. R. se considerara como un auténtico arbitraje, es la doctrina mantenida por la ju-

risprudencia de nuestro Tribunal Supremo, conforme a la cual los litigios derivados de los contratos de arrendamientos urbanos por ser cuestiones de orden público, no pueden ser sometidas al juicio de árbitros o de amigables componedores. Tal doctrina es, a juicio del Letrado que suscribe, enteramente errónea e insostenible en términos de una sana hermenéutica jurídica. Sin embargo, parece doctrina que el Tribunal Supremo ha consagrado ya y que por ello se encuentra vigente, como tal doctrina jurisprudencial, en el momento en que estas líneas se redactan.

La calificación de la actuación de don E. R. en las negociaciones preliminares, en el otorgamiento y en la integración del contrato de 25 de mayo de 1963 como un auténtico arbitraje conduce, pues, a unas consecuencias cuya gravedad no puede desconocerse. Por esta razón es menester tomar de frente tal cuestión y preguntarse decididamente si fué o no un auténtico arbitraje lo que el señor R. E. efectuó al mediar entre don F. R. y los herederos de G. E. El Letrado que suscribe anticipa desde ahora que su opinión en torno a la cuestión que ha quedado planteada es radicalmente negativa. Lo que don E. R. efectuó no fué, ni puede llamarse, en rigor, arbitraje.

Una afirmación tan rotunda como la que en las líneas anteriores se acaba de hacer tiene que poseer un fundamento muy sólido, que es éste: el auténtico arbitraje, en sentido técnico jurídico, presupone que entre las partes preexiste un litigio y que el árbitro decide y se pronuncia precisamente sobre ese litigio preexistente. Aunque en nuestros textos legales—Código civil, Ley de Enjuiciamiento civil, Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, etcétera—se habla, en unos términos muy vagos e inconcretos, de «conflicto», de «contienda» o de «controversia», para aludir a la materia sobre la que incide la actividad dirimente de un árbitro, nuestra doctrina científica ha puesto de relieve con una gran agudeza que lo que el árbitro decide en puridad es un litigio y que el litigio se diferencia netamente de los simples conflictos de intereses, a los que se ha llamado también controversias en sentido económico. La mencionada diferencia consiste en esto: en que en el litigio las partes no sólo tienen intereses encontrados, sino que, además, cada una de ellas aspira, mediante la formulación de las correspondientes pretensiones, a la tutela jurídica de

su particular interés y discrepa, por último, sobre esta tutela jurídica en sí misma considerada. Con otras palabras: en el litigio no hay sólo un conflicto de intereses, sino también un conflicto sobre la tutela jurídica.

Pues bien, a un árbitro, que por definición es un juez privado, sólo pueden someterse litigios, porque sólo los litigios constituyen el tema del proceso. De la misma manera que un desnudo conflicto de intereses no puede llevarse ante un Juez ordinario, tampoco puede llevarse ante un árbitro. Y si las partes llaman a un tercero para que dirima entre ellas sus diferentes puntos de vista, este tercero no es un árbitro en sentido técnico-jurídico riguroso. Cuando un vendedor, interesado en desprenderse de una cosa, y un comprador, interesado en adquirirla, entran en conflicto en torno a la formación del precio de la venta, es evidente que ninguno de ellos podría pretender llevar este conflicto ante un juez ordinario para que lo resolviera. El juez les diría que él resuelve litigios o pleitos pero no puras controversias económicas. Por la misma razón, tampoco puede llevarse ante un árbitro un conflicto semejante. Y si las partes llaman a un tercero para que resuelva la cuestión, este tercero que determina el precio de la compraventa (*«venditio quanti Titius rem aestimaverit»*) no es, ni puede ser un verdadero árbitro en sentido técnico jurídico.

Para que exista un arbitraje verdadero, hemos dicho líneas arriba, es menester que preexista un litigio entre las partes y que el árbitro decida y se pronuncie precisamente sobre este litigio preexistente. Pues bien, una de las circunstancias más llamativas y salientes del asunto que se examina y que, a juicio del Letrado que suscribe, se encuentra llena de un hondo significado, es que en nuestro caso el litigio preexistía, pero el llamado «árbitro» no lo ha decidido ni se ha pronunciado sobre él. El litigio preexistía: era el pleito pendiente en el Juzgado de Primera Instancia Decano de los de la ciudad de V. sobre resolución del contrato de arrendamiento del edificio a causa de haberse realizado por el arrendatario obras que han alterado su configuración y que no han sido consentidas ni autorizadas por el arrendador. Este litigio se encuentra hoy intacto. La actuación del llamado «árbitro» ni siquiera lo ha rozado. Desde luego, es evidente que no se ha pronunciado sobre semejante cuestión y que no la ha decidido.

La actividad conciliadora de don E. R. se orientó por un camino completamente distinto. Soslayando el litigio, dejándolo a un lado y haciendo abstracción de él penetró hasta la médula de la controversia económica que en el fondo del mismo subyacía. Esta controversia económica consistía en el reajuste de la relación de arrendamiento mediante la celebración de un nuevo contrato. Y es precisamente sobre este punto sobre el que se ha proyectado y sobre el que ha incidido la llamada actividad arbitral del señor R. E. Ha convencido a las partes para que otorguen un nuevo contrato de arrendamiento, en el cual determinados extremos del contrato—precio, plazo de duración, etc.—han sido sometidos a su decisión. Mas si esto es así—y sobre ello no cabe, según hemos visto, ninguna duda—resulta evidente que no ha existido un verdadero arbitraje en el genuino sentido técnico jurídico de esta expresión, sino una actividad que posee una naturaleza claramente distinta. Cuál sea esta naturaleza es asunto que bien merece un tratamiento aparte.

b) *La intervención de don E. R. como mediación y como arbitrio de un tercero. Fundamento de este punto de vista.*—A nuestro juicio, en la actividad conciliadora del señor R. E. hay que distinguir dos etapas o momentos que parecen claramente distintos: uno, el anterior a la firma del documento de 25 de mayo de 1963, y otro, el posterior a dicha fecha. En el primer momento, es decir, antes de la firma del documento de 25 de mayo, parece claro que el señor R. E. se ha limitado a interponer entre las partes sus buenos oficios, tratando de convencer a los contendientes de que lo que debían hacer para poner fin a la contienda era otorgar un nuevo contrato de arrendamiento, sometiendo con él al necesario reajuste la relación arrendaticia anterior. A una actividad de esta naturaleza parece que le conviene en rigor el nombre técnico de «mediación», pues mediador es, efectivamente, quien se interpone entre las partes desplegando los actos necesarios para que éstas lleguen a celebrar por sí mismas un determinado contrato. En nuestro caso es palmario que el contrato de 25 de mayo de 1963 fué firmado libre y personalmente por las partes, si bien merced a las gestiones en tal sentido realizadas por el señor R., quien, hasta aquí, ha sido únicamente, como hemos dicho, un puro mediador.

La cosa cambia por completo de cariz una vez suscrito el repe-

tido documento, pues acontece que en él quedan en blanco algunos extremos de notoria importancia en orden al contenido del contrato celebrado, como son el precio del arrendamiento, la fecha de su entrada en vigor, la duración del contrato y la fecha hasta la cual la merced arrendaticia se mantendría absolutamente inalterable. El señor R. E. asume entonces la función de integrar dicho contrato, determinando y concretando los extremos que las partes han dejado en blanco, lo que efectúa, señalando como precio del arrendamiento la cantidad de cuarenta y cinco mil pesetas mensuales, como fecha de su puesta en vigor el mes de julio de 1963, como duración del contrato la de quince años y como fecha hasta la cual el precio se mantendría absolutamente inalterable el año 1969.

Tal actividad reviste todas las características de lo que la doctrina ha denominado «arbitrio de un tercero» como actividad completamente distinta del arbitraje en genuino sentido técnico jurídico. Que la determinación del precio de una compraventa o de un arrendamiento es hipótesis distinta del verdadero arbitraje es algo que en toda la tradición jurídica europea aparece reiteradamente y sin discusión alguna. El ejemplo más antiguo es ya citado, el de la «*venditio quanti Titius rem aestimaverit*», que históricamente se presenta en un texto de las «Instituciones» de Gayo (III, 140) y que en nuestro actual Derecho positivo recoge el artículo 1.447 del Código civil. La misma regla se aplicó siempre por extensión al arrendamiento.

Tampoco ofrece duda alguna la posibilidad de construir en nuestro Derecho positivo una figura de carácter general para dar cabida a todas estas hipótesis, en las cuales las partes de un contrato se remiten al juicio de un tercero para que éste decida sobre algún extremo del negocio que celebran. El Letrado que suscribe estas líneas ha escrito una larga monografía sobre este tema (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona 1957) y en este lugar considera suficiente remitirse a ella, con objeto de no dar a este dictamen una extensión desmesurada.

En lo que concierne al asunto que aquí se está examinando, basta consignar que la diferencia institucional entre el arbitraje en sentido técnico jurídico y el arbitrio de un tercero no pertenece al confuso reino de las especulaciones teóricas, sino que es algo claramente establecido por nuestro vigente Derecho positivo. Efec-

tivamente, el artículo 2.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de los Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 establece textualmente que «no se considerará arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente», añadiendo que «en este caso los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que en cada supuesto se establece». El Preámbulo de la citada Ley de 22 de diciembre de 1953, por su parte, señaló claramente que los artículos 1.º a 3.º de la Ley se proponen la delimitación del ámbito del arbitraje con relación a otras figuras afines, pero que en cierto modo revisten una distinta naturaleza, y dijo de una manera expresa que «se delimita la figura del arbitraje distinguiendo al árbitro del arbitrador».

Lo expuesto excusa de todo ulterior comentario y permite sentar desde ahora que la intervención de un tercero hecha con el objeto de determinar cualesquiera elementos de un contrato que las partes han sometido a su decisión no es arbitraje, ni está sometida a las prescripciones especialmente establecidas para esta figura jurídica.

B) *El interno contenido del contrato de 26 de mayo de 1963.*

La segunda de las perspectivas desde la cual nos habíamos propuesto examinar el contrato aquí debatido, para decidir su naturaleza y su calificación jurídica era, como se recordará, la de su interno contenido o, lo que es lo mismo, el esquema contractual de derechos y de obligaciones que en él se establecía.

a) *El contrato de 25 de mayo de 1963 como arrendamiento.*—Examinando el contenido del documento suscrito en la fecha indicada, parece muy claro que lo que en él se estableció fué un arrendamiento. No sólo las partes le dan, de manera expresa, este nombre, sino que los resultados empíricos que pretendieron alcanzar coinciden plenamente con los que la Ley asigna a dicho contrato. Sobre este punto, tan claro, no vale la pena insistir más.

No queda, sin embargo, agotado con ello el examen del contenido del documento de 25 de mayo de 1963, porque es el caso que las partes, además de querer, según declararon expresamente, un arrendamiento, aludieron, siquiera fuera de pasada y en la exposición de antecedentes, al carácter transaccional de su negocio, lo que nos obliga, en aras de un estudio minucioso del tema, a detenernos también en este punto.

b) *El contrato de 25 de mayo de 1963 como transacción.*—En la exposición de antecedentes del referido contrato, después de haberse declarado que entre las partes existía un arrendamiento estipulado con fechas 12 y 31 de mayo de 1955 y un pleito pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de V., se consigna expresamente que:

Con el fin de *transigir* la cuestión litigiosa y, a la vez, llevar a efecto algunas modificaciones en el contrato de arrendamiento aludido, acuerdan su *novación* con sujeción a las siguientes estipulaciones...

Las mencionadas manifestaciones, que las partes hicieron en el documento de 25 de mayo del corriente año, nos plantean el problema de averiguar hasta qué punto el negocio jurídico contenido en dicho documento era efectivamente una «transacción».

Nuestro Código civil define la transacción, como es sabido, en el artículo 1.809, diciendo que es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. Con mayor exactitud, la doctrina científica ha señalado que lo característico de la transacción es la eliminación de una situación incierta o litigiosa y su sustitución por otra enteramente cierta e indiscutible, realizado mediando recíprocas concesiones entre las partes. De lo expuesto se desprende que las notas que sirven para definir la naturaleza jurídica de la transacción son fundamentalmente tres: la existencia de una «res dubia» o de una «res litigiosa»; su sustitución por una situación enteramente cierta e indiscutida; las recíprocas concesiones que las partes se hacen.

En el negocio jurídico que examinamos parece, a primera vista,

que concurren todos estos presupuestos. Existía, en primer lugar, la situación litigiosa formada, como ya sabemos, por el pleito sobre resolución del contrato de arrendamiento, pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de V. Esta situación de incertidumbre sobre la subsistencia del arrendamiento se transforma en una situación indiscutida mediante el otorgamiento de un nuevo contrato, que tiene, incluso, por expresa voluntad de las partes efectos novativos del anterior. Han mediado, además, entre las partes recíprocas concesiones. Los herederos de G. E. renuncian, expresa o tácitamente, a continuar el pleito pendiente. Renuncian, por tanto, a su facultad de dar por extinguido el arrendamiento y consiguientemente a su facultad de recuperar el uso de la cosa arrendada. Por su parte, el arrendatario realiza también algún sacrificio económico: a cambio del carácter indiscutido del nuevo arrendamiento accede a modificar el contenido del mismo. El negocio de 25 de mayo tiene, pues, un evidente carácter transaccional.

¿Cómo se concilian o cómo se compaginan entonces las dos calificaciones que hemos dado al contrato de 25 de mayo? ¿Es que un contrato puede tener una doble naturaleza jurídica? ¿Es que puede ser, al mismo tiempo, arrendamiento y transacción? No parece que exista para ello ningún inconveniente, sobre todo si se tiene en cuenta que la calificación o la determinación de la naturaleza jurídica de un contrato, en definitiva, no es otra cosa que una decisión sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de un bloque de normas. No hay inconveniente en aplicar al contrato, que en estas líneas hemos sometido a examen, al mismo tiempo las normas del arrendamiento y las normas de la transacción. Cabe, de esta manera, admitir perfectamente lo que puede llamarse y de hecho se ha llamado un «arrendamiento transaccional». Si quisiéramos profundizar todavía más en esta compatibilidad del negocio jurídico llamado transacción con otros negocios jurídicos, podríamos llegar, seguramente, a la conclusión de que la transacción no es en sí misma considerada un contrato típico, sino una causa típica —«causa transactionis»— para llevar a cabo una serie innumerable de posibles contratos—de transmisión, de renuncia, etc.—. Es innecesario, sin embargo, que nos adentremos ahora por este camino. Para nuestro objeto basta haber calificado de transacción o de transaccional al contrato que aquí estamos examinando. Porque

esta conclusión nos plantea un nuevo problema, en el que también será necesario que nos detengamos, siquiera sea brevemente. El problema es éste: hasta qué punto es lícita y posible la intervención de un arbitrador en un contrato de transacción.

c) *La transacción por arbitrador*.—El Letrado que suscribe debe confesar que ha tenido sus dudas sobre la admisibilidad de una transacción realizada por medio de un arbitrador. En la obra más arriba citada (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona 1957, pág. 88, nota 68) criticó la tesis de algún autor italiano que sostenía que el arbitraje libre o informal podría configurarse como transacción hecha por medio de arbitrador, entendiéndose que el arbitrador integra una transacción de la misma manera que puede integrar cualquier otro contrato. Este expediente —sé decía allí—no convence: en primer lugar porque no puede referirse sólo al arbitraje informal, sino que tiene que referirse a toda clase de arbitraje; todo arbitraje, habría que decir, es una transacción efectuada por arbitrador; pero es que, en segundo lugar, el arbitrador de una transacción no podría nunca equipararse al arbitrador de los demás negocios, porque la transacción —contrato que compone una litis—difiere esencialmente de los demás negocios.

Conviene aquí realizar alguna puntualización sobre aquellas afirmaciones, pues es el caso que el asunto que examinamos arroja sobre el tema una decisiva claridad. Lo que allí se quiso decir es que no es posible una transacción enteramente formada por un arbitrador, que sería la hipótesis del llamado arbitraje informal o arbitraje libre. Si el tercero, que dirime el conflicto, forma por sí mismo la entera «facti species» negocial de transacción es en realidad un árbitro y no el arbitrador de una transacción. Esto, en cambio, no quiere decir que en el contrato de transacción no sea nunca posible la intervención de un arbitrador. Cuando las partes han declarado ya su voluntad de transigir y han establecido ellas mismas incluso las bases de las recíprocas concesiones que han de hacerse, nada impide entonces que difieran a la decisión de un tercero la concreta determinación de las prestaciones o cualquiera otro de los extremos del negocio que, aunque incompletamente celebrado, es ya un negocio vinculante. El tercero que en estas con-

diciones interviene es un arbitrador de la transacción y no un arbitro.

Y esto es, cabalmente, lo que ha acontecido en nuestro caso. Las partes que otorgaron el contrato de 25 de mayo de 1963 declararon su voluntad de transigir por si solas, libre y personalmente. No sólo declararon su voluntad de transigir, sino que además fijaron ellas personalmente, al firmar en la fecha indicada dicho documento, las bases—recíprocas concesiones—de la transacción, es decir, la renuncia a la facultad de reclamar la extinción del arrendamiento y el otorgamiento de un nuevo arriendo. Al tercero le dejaron solamente la concreta determinación de algunos extremos del negocio ya concluido—precio, plazo de duración, etc.—.

La naturaleza transaccional del contrato no modifica, pues, la conclusión a que en las páginas anteriores habíamos llegado: que la intervención de don E. R. en la gestación e integración del contrato de 25 de mayo de 1963 no constituyó un arbitraje en el auténtico sentido técnico-jurídico de la palabra, sino un caso de arbitrio de un tercero en un negocio jurídico no sometido, por tanto, a las prescripciones legales de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado.

II.—LA CUESTIÓN DEL DOCUMENTO EN BLANCO.

Una de las razones, aunque muy ligeramente desenvuelta, que don F. R. ha esgrimido como fundamento de la pretendida nulidad del documento de 25 de mayo de 1963, consiste en el hecho de haber quedado en blanco, en el momento de la firma, una parte del documento, que fué posteriormente completada por don E. R.

Al contestar, con fecha 8 de agosto del corriente año, en la Notaría del señor C., al requerimiento que le había dirigido doña P. G. B., el señor R. dijo lo siguiente:

La nulidad del prenombrado documento deriva del hecho de que pactos esenciales del mismo, cual el de la cuantía de la renta petitionada—entre otros—, se hallaban en blanco cuando fué firmado por aquélla y el aquí compareciente, siendo adicionados posteriormente por el citado ár-

bitro, sin que haya sido aceptado, expresa ni tácitamente, por el aquí compareciente.

Se observa, en seguida, que se trata de una alegación que ha sido realizada por persona que desconoce el alcance de las normas y de las instituciones jurídicas. Se trata de una aseveración que no resiste un examen riguroso y que no puede conducir, como en ella se pretende, a la nulidad del documento debatido. Si se analiza detenidamente el párrafo transcrito se puede observar cómo las razones de la nulidad alegada, aunque englobadas bajo un único común denominador, son en realidad tres: que las partes no convinieron nada sobre un elemento tan esencial del contrato como era el de la cuantía de la renta; que el documento quedó parcialmente en blanco y fué integrado posteriormente por obra de un tercero; y que no hubo, por su parte, aceptación expresa ni tácita del mismo.

Esta última afirmación merece una observación bien simple y categórica: el puro hecho de firmar un documento entraña, por sí solo, una aceptación de todo el documento con todo lo que en él apareciera después contenido. La suscripción del documento, por lo menos, presume la aceptación del contenido, invirtiendo la carga de la prueba, es decir, obligando al arrendatario a demostrar que el documento fué llenado abusivamente y en plena desconformidad con lo convenido.

Que un elemento esencial de un contrato, como es el precio, puede no ser obra del convenio de las partes, sino de la posterior decisión de un tercero, es algo tan claro y palmario, lo demuestran de una forma tan abrumadora la historia del Derecho, la doctrina y el propio Código civil (cfr. arts. 1.447, 1.960, etc.), que no vale la pena continuar insistiendo sobre este punto.

Convendrá, sin embargo, que nos detengamos en un punto distinto: ¿qué consecuencias pueden derivarse del hecho de haber quedado parcialmente en blanco el documento de 25 de mayo de 1963, en el momento de su firma, y de haber sido integrado posteriormente por obra de un tercero?

Ante todo, bueno será poner de relieve que el fenómeno del documento en blanco («blancseing, biancosegno») no es algo extraordinario y anormal, sino que es un tema clásico en la doctrina

del Derecho civil. El problema de la firma en blanco de los laudos arbitrales y de las decisiones de los arbitradores fué ya objeto de estudio por los antiguos autores franceses (DUPARC-POULLAIN, RODIER, DENISART, MERLIN), que no lo equiparaban al compromiso, sino que entendían que el «blancseing», que el tercero llena, al estar previamente firmado por las partes, constituye una transacción plenamente válida.

El tema del documento en blanco es, como decíamos, un tema clásico de Derecho civil. En términos generales no puede decirse de ninguna manera que el hecho de firmar un documento que total o parcialmente se encuentra en blanco acarree la nulidad de dicho documento.

Un fuerte punto de apoyo, para fundamentar en nuestro Derecho positivo la validez de los documentos en blanco, lo suministra el párrafo 5.º del artículo 529 del Código penal, según el cual son reos de estafa «los que cometieren alguna defraudación abusando de la firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero». Si, conforme al citado artículo, el abuso de la firma en blanco es ilícito, parece que, en sentido contrario, debe ser considerado lícito un recto uso de la firma de otro estampada en blanco. En la doctrina del Derecho mercantil la validez de la emisión en blanco de una letra de cambio y su posterior integración pertenece al terreno de las cuestiones que son hoy absolutamente pacíficas. Con carácter general reconoció en nuestro Derecho la validez de los documentos en blanco la sentencia de 5 de marzo de 1943.

En la doctrina se ha señalado, además, que todo hecho de firmar un documento en blanco supone la existencia de una relación jurídica, cuya naturaleza puede discutirse—mandato, arrendamiento de servicios, contrato atípico—entre el firmante o los firmantes y el receptor del documento. Rocco ha señalado, en este sentido, con gran agudeza que es necesario, o bien que entre el firmante o firmantes y aquél a quien se entrega la hoja en blanco medien acuerdos precisos acerca del modo de llenar el pliego, o bien que el firmante se someta a una justa voluntad («arbitrium boni viri») del destinatario.

El Letrado que suscribe considera que siempre que un documento firmado en blanco se entrega a un tercero para que lo llene

total o parcialmente, nos encontramos en presencia de un caso de arbitrio de un tercero en un negocio jurídico, hasta el punto de poderse decir que el documento en blanco es uno de los cauces formales más frecuentes para llevar a cabo el arbitrio mencionado, cuya validez no puede ponerse en duda.

Esta opinión la mantuvo el Letrado que suscribe estas líneas en la ya citada monografía sobre *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. A cuanto allí quedó expuesto (op. cit., págs. 241 y ss.) se remite ahora, con el fin de no dar a estas páginas una extensión excesiva.

III.—LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL CONTRATO EXAMINADO.

Todo lo que llevamos expuesto hasta aquí conduce a afirmar que la validez y la eficacia del contrato que hemos examinado no quedan afectadas por el hecho de que la intervención del arbitrador fuera irritual, pues al no ser un auténtico arbitraje ninguna necesidad existía de dar cumplimiento a las prescripciones legales establecidas para los arbitrajes de Derecho privado. Tampoco quedan afectadas la validez y la eficacia del contrato por el hecho de que el documento en que plasmó quedara parcialmente en blanco con el fin de que el arbitrador procediera a integrar, como efectivamente hizo, sobre el mismo documento las lagunas negociales.

¿Cabe esgrimir alguna otra razón que mengüe la validez o la eficacia del tantas veces mencionado contrato? La decisión de un arbitrador sólo puede ser impugnada demostrando que al decidir incurrió en extralimitación, o bien que no observó las reglas que deben condicionar su decisión (buena fe y equidad, en el sentido que da a esta palabra el artículo 1.690 del Código civil). Conviene destacar, sin embargo, que en un arbitrio de equidad—y todo arbitrio de tercero debe presumirse, por regla general, como arbitrio de equidad—la impugnación no tiene por objeto anular lo actuado por el arbitrador, sino revisarlo y reformarlo en su caso, reduciéndolo si procede, a lo que resulte de un «arbitrium boni viri». El plazo de este recurso, por extensión analógica de lo que dispone el artículo 1.690 del Código civil, parece que es de tres meses, que en el caso actual habría transcurrido con exceso.

Fuera de ello, al contrato que examinamos se le pueden poner únicamente dos reparos: uno, en orden a la cláusula de revisión de rentas a partir del año 1969, que choca con la doctrina jurisprudencial, que se ha mostrado muy desfavorable hacia dichas cláusulas; otro, en orden a la cláusula compromisoria de futuro, que choca también con la ya comentada doctrina jurisprudencial, que establece la inadmisibilidad del arbitraje en los litigios dimanantes de relaciones de arrendamientos urbanos. Pero, en todo caso, lo que parece claro es que la dudosa eficacia de dichas cláusulas no afecta en ningún caso al resto del negocio jurídico, que es plenamente válido y eficaz.

IV.—LA OPCIÓN ENTRE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO O LA VUELTA A LA SITUACIÓN ANTERIOR.

En la consulta formulada se nos preguntaba expresamente si los herederos de G. E. pueden optar entre proseguir el pleito sobre resolución del antiguo contrato de arrendamiento, que en la actualidad se encuentra solamente suspendido merced a una petición conjunta de ambas partes litigantes, o iniciar un nuevo juicio pidiendo que se declare válido el contrato de 25 de mayo de 1963 y se condene a su adversario a cumplirlo, así como si cabe hacer compatibles ambas soluciones.

a) *La opción por el cumplimiento del contrato de 25 de mayo de 1963.*—Cuanto hemos razonado hasta aquí acerca de la validez y de la eficacia de dicho contrato permite afirmar, sin que haya lugar a dudas, que puede demandarse fundadamente el cumplimiento del referido contrato en los términos en el mismo estipulados. Cabría, además, pensar—y es posibilidad que acaso merezca estudiarse—que el arrendatario ha incidido en una nueva causa de desahucio, al dejar de pagar la renta establecida en el nuevo contrato.

b) *La opción por el retorno a la situación anterior.*—Los herederos de G. E. pueden también optar por volver a la situación que existía con anterioridad a la celebración del contrato de 25

de mayo y proseguir el antiguo pleito de terminación del arrendamiento. Esta actitud podría encontrar su fundamento en dos órdenes de razones:

a') En una aceptación expresa por parte de los herederos de G. E. de la nulidad invocada por don F. R. Bastaría que le comunicaran a dicho señor su conformidad con la nulidad por él invocada, para que la situación anterior pudiera quedar enteramente restablecida.

b') En el juego de la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, establecido en el artículo 1.124 del Código civil, el cual expresamente dispone que cuando uno de los contratantes no cumple lo que le incumbe, el otro puede optar entre exigir el cumplimiento o demandar la resolución del contrato.

c) *La compatibilidad de ambas soluciones.*—Por lo que se refiere a la compatibilidad de ambas soluciones, cuestión que ha sido también objeto de consulta, debe indicarse lo siguiente:

Ambas soluciones—la exigencia de cumplimiento del contrato de 25 de mayo de 1963 y la restauración de la situación anterior al mismo—no son compatibles simultáneamente, porque ello entrañaría una «contradictio in adjecto».

Tampoco resultaría posible demandar, sucesivamente, el cumplimiento del contrato si con anterioridad se hubiera optado por aceptar su ineficacia, ni al contrario, pretender proseguir el antiguo pleito de resolución del arrendamiento, después de haber solicitado y conseguido el cumplimiento del contrato transaccional.

La única forma de compatibilidad posible se dará, pues, cuando habiendo pedido en un primer momento la ejecución del contrato de 25 de mayo de 1963, ésta no pudiera obtenerse, v. gr., porque los Tribunales no reconocieran validez al mencionado contrato. En tal caso, aun después de haber pedido la ejecución del contrato, podría restaurarse la situación anterior (arg. art. 1.124 Código civil).

El fenómeno podría producirse del siguiente modo: los señores herederos de G. E. demandan la ejecución y el cumplimiento del contrato de 25 de mayo de 1963. Don F. R. puede formular reconvencción para que se declare la nulidad del contrato. Los he-

rederos de G. E. pueden, entonces, por vía de réplica, oponerse a la reconvencción y subsidiariamente solicitar que para el improbable caso de que se acoja la nulidad pretendida de adverso, se les reconozca que continúan poseyendo y que conservan todos los derechos derivados del antiguo arrendamiento y en particular la facultad de darlo por terminado, que fué ejercitada en el pleito hoy pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia Decano de los de V. Este pleito podría, entonces, reemprenderse salvo que en el intervalo se hubiese producido la caducidad de la instancia, pero si hubiese ocurrido semejante cosa no cabe duda de que sería posible todavía iniciar un nuevo proceso con el mismo contenido que el caducado.

* * *

Después de todo este ya largo y farragoso razonamiento, que queda expuesto en las páginas anteriores, pueden sentarse las siguientes

CONCLUSIONES

1.ª La intervención de don E. R. en la gestación y en la integración del contrato de 25 de mayo de 1963 no constituyó un arbitraje en el auténtico sentido técnico jurídico de esta palabra, sino un caso de arbitrio de un tercero en un negocio jurídico que no está, por tanto, sometido a las prescripciones de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado.

2.ª La naturaleza transaccional del repetido contrato no modifica en nada la anterior conclusión.

3.ª El hecho de firmar un documento parcialmente en blanco, entregándolo a un tercero para que lo integre, es uno de los cauces formales más frecuentes para llevar a cabo el arbitrio mencionado y la validez de tal modo de proceder no puede ser puesta en duda.

4.ª El contrato de 25 de mayo de 1963—salvo algunos reparos que pudieran hacerse a algunas de sus cláusulas—es un contrato enteramente válido y eficaz y los señores herederos de G. E. pueden reclamar fundadamente ante los Tribunales su cumplimiento y ejecución.

5.º En el caso de que esta pretensión no fuera acogida y en los Tribunales prosperara—lo que no parece probable—la tesis de la nulidad del contrato de 25 de mayo de 1963, los herederos de G. E. podrían continuar el juicio especial de arrendamientos urbanos que hoy se encuentra pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de V.

Tal es mi dictamen, que gustosamente someto a cualquiera otro mejor fundado.

LUIS DíEZ-PICAZO.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

PERSONALIDAD PARA APELAR ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL AUTO DICTADO POR EL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA. CON ARREGLO AL ARTÍCULO 126 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO SÓLO SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA TAL ACTO LOS RECURRENTES DE LA NOTA CALIFICADORA Y EL REGISTRADOR QUE DENEGÓ LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO PRESENTADO. Y CÓMO ESTE FUNCIONARIO, AL CALIFICAR, GOZA DE LA INDEPENDENCIA NECESARIA PARA, PONDERADOS TODOS LOS ELEMENTOS QUE HA DE TENER EN CUENTA, EMITIR SU JUICIO A FIN DE QUE EL ACTO CALIFICADO PUEDA O NO SER INSCRITO EN EL REGISTRO, SIN QUE EN EL PRIMER CASO LOS PERJUDICADOS PUEDAN RECURRIR GUBERNATIVAMENTE, LO MISMO SUCEDE CUANDO EL REGISTRADOR NO APELA CONTRA EL AUTO QUE REVOCÓ SU NOTA, PUES ESTA DECISIÓN EQUIVALE A MOSTRAR SU CONFORMIDAD CON QUE EL ACTO SE INSCRIBA.

Resolución de 3 de febrero de 1966 («B.O.» de 25 de igual mes y año).

Dada la singularidad del caso, y aunque estimamos ajustada y correcta la decisión de nuestro Ilustrado Centro, transcribimos a continuación, para un acabado conocimiento de nuestros lectores, la calendada Resolución.

«El Ayuntamiento de I. C. adquirió en 14 de junio de 1955, por cesión onerosa del Patrimonio Forestal del Estado, una finca sita en M. D., de P..., destinada, según escritura otorgada el 6 de junio

de 1956, a construcción de viviendas, previo acuerdo de la indicada Corporación; para facilitar el cumplimiento de los fines propuestos, el Ayuntamiento en pleno acordó el 2 de enero de 1956 dividir la finca adquirida en dos parcelas y, previa subasta celebrada el 2 de abril siguiente, adjudicó la parcela número 2 a la "Compañía...", en la cantidad de 54.923 pesetas. En el pliego de condiciones figuraban las siguientes:

Primera.—Deberán construirse en cada parcela, como mínimo, diez viviendas en el primer año, de los tipos comprendidos en los proyectos respectivos, que se hallan unidos al expediente de su razón...

Undécima.—Los terrenos no edificados y cedidos con arreglo a la condición séptima—que obliga a la construcción de viviendas en plazo no superior a dos años—dentro del plazo a partir de la fecha de adjudicación definitiva, no revertirán al Municipio, manteniéndose la propiedad a favor de los rematantes de las parcelas, pero se reserva el Ayuntamiento la facultad de poderlas enajenar o vender, obligando a los propietarios a la cesión de escrituras, a fin de que no se interrumpan las construcciones». Por escritura de 21 de junio de 1956 se adjudicó definitivamente a la "Compañía..." la concesión previamente otorgada, obligándose ambas partes al exacto cumplimiento del contrato, conforme al pliego de condiciones; prorrogada la concesión en 1957, el Ayuntamiento acordó en 31 de agosto de 1959 considerar resuelto, por incumplimiento de condiciones, el contrato reseñado; la Compañía concesionaria impugnó dicho acuerdo, que fué confirmado por el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo de H., en sentencia de 22 de junio de 1960; en 3 de octubre de 1961 se celebró un contrato de transacción entre el Ayuntamiento de I. y la Compañía concesionaria, conforme a lo acordado el día anterior por el pleno de la Corporación Municipal, en el que figuraban las siguientes cláusulas:

Primera.—C... se obliga para con el Ayuntamiento de I. a indemnizarle mediante el pago de la cantidad de 5.000 pesetas por cada parcela que venda a partir del día de la fecha, por daños y perjuicios irrogables.

Segunda.—C... se obliga a comunicar al Ayuntamiento el día y hora en que se otorguen los oportunos contratos de venta, para

que el Ayuntamiento pueda enviar un representante al acto de otorgamiento y perciba en su nombre el importe que se les reconoce en la estipulación anterior.

El 3 de marzo de 1965, el Ayuntamiento en pleno acordó declarar resuelto el citado contrato de transacción por incumplimiento por parte de la “Compañía...” de las cláusulas primera y segunda del mismo, dándose plena vigencia al acuerdo resolutorio de 31 de agosto de 1959, por incumplimiento, también por la referida Empresa, de la cláusula primera del pliego de condiciones que sirvió de base a la enajenación mediante subasta pública celebrada el 2 de abril de 1956, y en la que se adjudicó a la mencionada Compañía una parcela de los bienes de propios del Municipio; el 2 de abril de 1965 se expidió por el Secretario del Ayuntamiento de I., con el visto bueno del Alcalde del Municipio, certificación acreditativa de los anteriores acuerdos; el 15 de mayo de 1965 se acordó declarar firme y ejecutivo el de 3 de marzo anterior, y así se hizo constar en certificación de 15 de junio del mismo año, a efectos de su presentación en el Registro.

Presentadas en el Registro las dos certificaciones aludidas fueron calificadas con nota del tenor literal siguiente: “No admitida la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos:

1.º Porque el principio de tracto sucesivo, que es general y absoluto, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impide la registración de títulos otorgados por persona distinta del titular registral. La finca objeto de resolución que pretende inscribir el Ayuntamiento de I. aparece, según el mismo expresa, inscrita a nombre de “Compañía...”, en el tomo 394, folio 201, finca 2.131, inscripción primera.

2.º Porque los asientos del Registro, acertada o erróneamente extendidos, producen todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su nulidad (art. 1.º de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de enero de 1944 y 8 de mayo de 1946).

3.º Porque el contenido del acuerdo adoptado por el pleno del Ayuntamiento de I. con fecha 3 de marzo del corriente año no tiene trascendencia real inmediata, y el artículo 98 de la Ley Hipotecaria

y 9.º de su Reglamento niegan acceso al Registro de los derechos personales.

4.º Porque no hay revocación real, sino obligatoria. Así se deduce de la cláusula 11 del pliego de condiciones que sirvió de base a la subasta y que literalmente dice así: "Los solares no edificados en el plazo de diez años ni vendidos, según la condición séptima, en el mismo plazo a partir de la fecha de la adjudicación definitiva, no revertirán por tal causa al Municipio y se mantendrá la propiedad en favor de los rematantes, sin perjuicio de que el Ayuntamiento ejercite las facultades que le correspondan para obligar a la construcción como una consecuencia de su propio título de adquisición, que impone la construcción de viviendas como causa del mismo".

5.º Porque la facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas, recogida en los artículos 1.124 del Código civil y 65 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1963, ha podido proyectarse en el Registro como reserva autenticada a base de una condición resolutoria explícita, y en este caso la persona favorecida por tal condición hubiera devenido titular de una acción "in rem", con efecto retroactivo, bastando acreditar su cumplimiento o incumplimiento a efectos registrales. En nuestro caso nada de eso se ha hecho, según se desprende de la citada cláusula, en la que hay incluso renuncia a los efectos normales de la resolución, no muy ortodoxa.

6.º Porque las certificaciones libradas por el Estado, provincia y municipio tienen una virtualidad excepcionalmente inmatriculadora, pero como expresa la Dirección General en numerosas Resoluciones (entre ellas la de 24 de noviembre de 1960), no son títulos aptos para inscribir derechos reales sobre cosa ajena y mucho menos para cancelar asientos contradictorios ni eficacia reanudatoria de tracto.

7.º Porque si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato, el artículo 71 del mismo texto legal, en su párrafo primero exige que se determine a la vez si tal contrato ha de quedar en suspenso o continuar en vigor hasta que el acuerdo sea firme.

8.º Porque no obstante el principio de inmediata ejecutividad de los actos administrativos consagrado en el artículo 361 de la Ley de Régimen Local en relación con el artículo 223 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales y artículo 122 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración no puede por sí anular los contratos que la ligan, pues ello supondría desconocer el alcance e importancia del artículo 1.256 del Código civil, según el cual la validez y eficacia de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y la corriente jurisprudencia administrativa (sentencias de 24 de octubre de 1941, 1 de agosto de 1947 y 2 de febrero de 1942), según la cual la llamada acción directa o de oficio, fundada en la presunción de legitimidad y altos fines públicos, no puede ser tan exorbitante que la Corporación sea Juez y parte simultáneamente. Como afirma LAUBADÈRE, solamente el Juez del contrato está cualificado para pronunciar las consecuencias de la nulidad o resolución.

9.º Porque si se desplaza el problema hacia el campo del cumplimiento o incumplimiento de condición resolutoria (art. 23 de la Ley Hipotecaria en relación con los arts. 56, 238 y 239 del Reglamento), observemos que el hecho del incumplimiento, difícil de probar por su carácter negativo, no se acredita con el acuerdo resolutorio de la Corporación; a nuestro entender hace falta declaración judicial. No importa que tal acuerdo sea firme, pues como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1936 en su conceptualización legal y en sus efectos, son distintos el carácter de firme y el de obligatoriedad, y así una resolución carece de firmeza si ha sido impugnada en tiempo y forma, pero si no se suspende por los debidos trámites puede ejecutarse, sin que las medidas que la Administración adopte afecten a los derechos del interesado ni tengan otro alcance que el meramente adjetivo o material. Además, la Jurisprudencia reciente (29 de noviembre de 1962 y 30 de enero de 1963) acepta que la falta de recurso de reposición y el interpuesto fuera de plazo puede subsanarse en vía contenciosa. Los defectos señalados con los números 1, 3, 4, 6, 8 y 9 tienen carácter de insubsanables, por lo que no procede anotación preventiva, que, además, no se ha interesado.»

El Ayuntamiento de I. interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en el que alegó: que discrepa de la interpretación que hace el Registrador del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, puesto que numerosas Resoluciones de la Dirección de los Registros declaran inscribibles los acuerdos administrativos tomados en forma legal; que la protección judicial de los asientos registrales, establecida en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se refiere a los derechos de los particulares pero no entra en juego cuando se trata de una persona de derecho público; que los acuerdos de los Ayuntamientos son inmediatamente ejecutivos, de conformidad con lo establecido en los artículos 361 de la Ley de Régimen Local y 223 del Reglamento de organización y funcionamiento de las Corporaciones Locales; que el acto administrativo del Ayuntamiento, en el que declara resuelta la adjudicación de una parcela al titular registral tiene naturaleza real y máxime si es firme; que el Ayuntamiento, al disolver el contrato, no hace uso de la facultad resolutoria implícita en todas las obligaciones recíprocas contenidas en el artículo 1.124 del Código civil, sino de la que le confieren los artículos 65 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; que resuelto el contrato quedan sin efecto todos los negocios jurídicos derivados del mismo, salvo, naturalmente, los derechos de tercero adquiridos de buena fe; que este hecho se produce sin necesidad de intervención judicial, por privilegio de la persona pública, en uso de sus atribuciones legales; que el documento presentado es un título inscribible, pues contiene un acto jurídico con efectos registrales; que no es necesario el requisito de la declaración de firmeza de la resolución administrativa, exigido en el artículo 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, pues tal declaración sólo afecta a la persona vinculada con la Administración, aparte de que al solicitar del Registrador la inscripción, prueba que el acuerdo era firme; que el artículo 1.956 del Código civil sólo es aplicable supletoriamente a la esfera administrativa; que si la resolución administrativa, cuya inscripción se rechaza, adoleciera de algún defecto, no sería el Registrador el llamado a declarar su nulidad, sino los Organos jurisdiccionales competentes, y que si no se interpuso reclamación en tiempo oportuno contra el acto administrativo éste deviene firme y es plenamente ejecutivo.

El Registrador informó: que sólo ha tenido en cuenta al hacer su calificación la certificación de 2 de abril de 1965 y la de 5 de junio siguiente, que declara firmes los acuerdos resolutorios; que ni la transacción de 1961 ni la sentencia del Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de 1960 han podido ser tenidas en cuenta por ignorarse que existían; que el problema que plantea este expediente, de gran interés teórico y práctico, se concreta en delimitar el alcance ejecutorio de los actos administrativos y la eficacia de la cláusula 11 del pliego de condiciones para la enajenación administrativa, que establecía la no reversión al Ayuntamiento de las parcelas enajenadas en caso de incumplimiento de sus compromisos por el adjudicatario, puesto que la Corporación Municipal parece que sólo se reservó la facultad de obligar a la construcción; que si a todos y a cada uno de los Ayuntamientos se les dota de facultades resolutorias tan eficaces e importantes, como pretende el recurrente, pondría en manos de los mismos armas poderosas, para cuyo manejo hacen falta profundos conocimientos y gran competencia jurídica, no exigible a todos los componentes de las Entidades Locales; que de accederse a la pretensión del recurrente padecería la seguridad jurídica, que es la mayor razón de ser del sistema inmobiliario registral, al no estar en tal supuesto todos los asientos del Registro, exclusivamente bajo la salvaguardia de los Tribunales, y que en relación con la cláusula 11 del pliego de condiciones, base de la adjudicación a la Entidad concesionaria de los terrenos objeto de discusión, entiende que se trata de un simple pacto obligacional que no tienen acceso a los libros registrales.

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

El Registrador de la Propiedad no interpuso recurso contra el Auto del Presidente de la Audiencia.

La "Compañía...", como parte interesada, según el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, se alzó de la decisión presidencial, haciendo suyos los razonamientos contenidos en el informe del Registrador, a los que agregó que la adjudicación del Ayuntamiento no constituye un acto de derecho público, sino de carácter privado, que no le confiere ningún privilegio, y que, como fácilmente cabe advertir, no se trata de otra cosa que de la resolución unila-

teral de un contrato de transacción, de carácter eminentemente personal, para lo que hace falta, además, cumplir los requisitos establecidos en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria.

A la vista del escrito presentado en nombre de C..., el Presidente de la Audiencia decretó que, aunque dicha Entidad carecía de aptitud para la alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario—que sólo faculta para apelar a Registrador y recurrente—se remite todo lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado “para que resuelva lo que estime más acertado en derecho.”

El Ayuntamiento de I., se dirigió a esta Dirección General solicitando por medio de su Alcalde se denegase la apelación por estimar carente de personalidad a la Compañía que interpuso la alzada.

Vistos los artículos 18 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento para su ejecución.

Considerando que la “Compañía...” carece de personalidad para apelar ante este Centro directivo del auto dictado por el Presidente de la Audiencia Territorial de S., ya que con arreglo al artículo 126 del Reglamento Hipotecario sólo se encuentran legitimados para tal acto los recurrentes que entablaron el recurso y el Registrador que denegó la inscripción del título presentado, por lo que al haber dejado transcurrir este último funcionario el plazo que le confiere la legislación hipotecaria para apelar, ha quedado firme el auto y deberá procederse a su cumplimiento conforme al último párrafo de dicho artículo 126.

Considerando que el Registrador, en el ejercicio de su función, ha de calificar—como establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria—bajo su exclusiva responsabilidad y por ello goza de la independencia necesaria para, ponderados todos los elementos que ha de tener en cuenta, emitir su juicio, a fin de que el acto calificado pueda o no ser inscrito en el Registro, sin que en el primer caso los perjudicados puedan recurrir gubernativamente, y lo mismo sucede cuando el Registrador no apela contra el auto que revocó su nota, pues esta decisión equivale a mostrar su conformidad con que el acto se inscriba, y todo ello sin perjuicio de que los interesados puedan contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado rechazar la apelación del recurso por no estar legitimada C... para hacerlo.»

* * *

Sin que comporte o suponga la más ligera crítica, ¿no echan de menos los que hubiesen leído la Resolución transcrita *falta de algo en ella?*

Condiciones de incumplimiento, las de ese contrato de transacción, si la inscripción a favor de C... de la parcela 2 a la misma adjudicada lo estaba libremente, etc., etc.

De la extensa y técnica nota calificadora—especialmente en sus cinco primeros apartados—nada en cuanto a condicionamientos de la titularidad parece desprenderse.

Pero, ¿cómo, entonces, se conformó con el fallo del Presidente el Registrador?

Porque es dudoso que éste le exima de responsabilidad al no haber apurado la vía administrativa. (Un solo parecer: el de Narciso FUENTES, según expusimos en nuestro trabajo *La Jurisprudencia del Supremo y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, números 392-393 de ésta REVISTA, conocemos al respecto, ciertamente favorable a la exención de responsabilidad del Registrador con sólo acatar la decisión presidencial.)

Mas, aparte esto, volviendo al punto de partida de esta glosa, la concisión de relación de Hechos por nuestro Centro rector, siquiera—repetimos—su declaración sea en absoluto correcta, deja al menos para el *curioso lector* falto de *elementos de conocimiento* el expediente o recurso gubernativo que nos ocupa.

NO HABIENDO OBSTÁCULO QUE IMPIDA PUEDAN SER REALIZADOS DETERMINADOS ACTOS AISLADOS CON CARÁCTER DE LIBERALIDAD POR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, LA ESCRITURA DE CESIÓN DE UNA CASA DE LA MISMA OTORGADA POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN A UN EMPLEADO DE LA COMPAÑÍA, COMO RECOMPENSA EXTRAORDINARIA A SUS EJEMPLARES SERVICIOS, DONACIÓN QUE FUÉ RATIFICADA POR OTRA ESCRITURA EN VIRTUD DE ACUERDO ADOPTADO POR UNANIMIDAD EN JUNTA UNIVERSAL DE LA REPETIDA SOCIEDAD, ES INSCRIBIBLE, PUES SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL ACTO AISLADO, SEGÚN QUEDÓ EXPRESADO, LA RATIFICACIÓN UNÁNIME DE LOS SOCIOS A LO REALIZADO POR LOS ADMINISTRADORES, COMO TAMBIÉN SE HA REFERIDO, ELIMINA LOS PROBLEMAS DE EXCESO DE PODER DE AQUELLOS Y LOS DE LESIÓN DE ALGÚN SOCIO, SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS QUE LA LEGISLACIÓN RECONOCE A TERCERO, ESPECIALMENTE ACREEDORES DE LA SOCIEDAD, SI LA ENAJENACIÓN SE HUBIERA REALIZADO EN FRAUDE DE SUS INTERESES.

Resolución de 2 de febrero de 1966 («B. O.» de 18 del mismo mes).

Por escritura de 27 de abril de 1943, autorizada por el Notario don Lorenzo Martínez Fuset, se constituyó en S., con un capital de 3.600.000 pesetas, la compañía mercantil «V....», dedicada al comercio, expresando el artículo primero de sus Estatutos después de una relación de diversas operaciones jurídicas, que su objeto sería, «en general, cuantas actividades de indole mercantil y disposición de sus productos, compraventa de inmuebles, valores y acciones o participaciones de sociedades y comunidades sean realizables conforme a las leyes. En tal sentido, la Compañía podrá adquirir, gravar o enajenar bienes inmuebles y derechos reales». En reunión celebrada el 15 de noviembre de 1961, el Consejo de Administración de la citada sociedad acordó ceder gratuitamente una casa terrera que le pertenecía, sita en la Rambla del General Mola número 20, de dicha capital, al empleado de la Compañía don J. R., como recompensa extraordinaria a sus ejemplares servicios; y en cumplimiento de dicho acuerdo, don J. A. Y., como Presidente del Consejo de Administración de la Empresa, otorgó

en 30 de noviembre de 1961 escritura de donación de la referida finca, valorada en 27.500 pesetas, a favor de don J. R., donación que fué ratificada por otra escritura de 22 de enero de 1962 en virtud del acuerdo adoptado en la Junta Universal de la referida Sociedad.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada por nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento en unión de otra escritura de ratificación, ante el propio Notario, de 22 de enero del corriente año, por observarse los defectos subsanables siguientes: 1.º No figurar en el objeto de la Sociedad el desprenderse a título gratuito de bienes inmuebles, siquiera sea a favor de un empleado de la misma, ya que es primordial en el contrato de compañía mercantil la obtención de lucro, según preceptúa el Código de Comercio. 2.º Que según el artículo 1.º inserto de los Estatutos por que se rige, la Sociedad tiene capacidad jurídica para enajenar bienes inmuebles y derechos reales, pero no para hacer donaciones de inmuebles y menos en una de las principales vías de la ciudad, acto que el Consejo de Administración no puede realizar porque rebasa el objeto social. Que si bien con posterioridad la Junta Universal de la Compañía aceptó llevar a cabo la donación, no se acredita la modificación estatutaria pertinente del objeto y de la capacidad de la Sociedad y su inscripción, según el artículo 119 del Código de Comercio y sus concordantes de la Ley y del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º Que igual incumplimiento de dichos preceptos legales se observan, por lo que se refiere a su inscripción, en el acuerdo de la Junta Universal para el caso que pudiera estimarse que la donación no es acto contrario al objeto y a la capacidad jurídica de la Sociedad, ya que pudieron premiarse los servicios y celo con una retribución económica más en armonía con el objeto social, que con una de carácter inmobiliario. 4.º Y no acreditarse haber dado cumplimiento a la Ley de Arrendamientos Urbanos, por no expresarse si está desocupada la casa, ser varios los inquilinos o haberse hecho la oportuna notificación.

. Se extiende esta nota a petición expresa del presentante, que no ha solicitado anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el donatario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en su exigencia de «previa inscripción en el Registro Mercantil» del acuerdo de donación, desestimando los demás defectos por considerar que la calificación en la Oficina citada corresponde a su titular, quien deberá analizar si los acuerdos sociales se tomaron con arreglo a derecho y que el tanteo y retracto concedidos al inquilino por la Ley de Arrendamientos Urbanos no existen en las donaciones gratuitas.

Entendiendo el recurrente que el auto del Presidente no reúne ninguno de los requisitos que determina el artículo 118-2.º del Reglamento Hipotecario, señalando como defecto de la escritura uno distinto de los imputados explícitamente a la misma por el Registrador, al alzarse de tal decisión presidencial añade a sus primeras alegaciones ésta como lógica del recurso que interpuso, que viene a corroborar—en su parecer, repetimos—la inscribibilidad del instrumento calificado.

La Dirección, finalmente, con fino análisis de la cuestión, decide revocar el auto apelado y la nota del Registrador, en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

Que al revocar el auto presidencial expresamente el defecto cuarto de la nota de calificación y no haber apelado el Registrador, aparecen como únicas cuestiones a resolver en este expediente:

a) La de si una Sociedad mercantil puede realizar una donación inmobiliaria.

b) Si puede hacerlo sin necesidad de modificación de sus Estatutos, que no han previsto expresamente la realización de actos gratuitos.

c) Si requerirá el acuerdo en todo caso la previa inscripción en el Registro Mercantil, conforme al artículo 86-8.º del Reglamento de 14 de diciembre de 1956.

Que en toda Sociedad se distinguen dos aspectos fundamentales: el contractual, al que hacen referencia los artículos 1.665 del Código civil y 116-1.º del Código de Comercio, y el de la persona jurídica nacida una vez cumplidos los requisitos formales establecidos por la Ley y que como tal Entidad tiene capacidad

general para realizar actos como sujeto de derecho, salvo aquellos que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar, según resulta de los artículos 38 del Código civil y 116-2.º del Código de Comercio.

Además que, por otra parte, procede también distinguir entre el fin genérico o social, que es siempre el lucro, según establecen los artículos 1.665 del Código civil y 116-1.º del Código de Comercio; el objeto social o actividad especial de cada sociedad a que se refieren los artículos 117-2.º y 221-1.º del Código de Comercio, y 11, 76, 84, 85-4.º y 150-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas; y por último, los actos aislados, cuyo conjunto constituye la actividad encaminada al invariable fin de lucro.

Que al ser el fin último de la Sociedad la obtención de un lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquél, por lo que no sería procedente la inscripción de los Estatutos de una Sociedad mercantil en los que se consagrara como normal y habitual dentro del giro y tráfico de la Empresa, y comprendido por tanto dentro de las facultades de los Administradores la realización de actos a título gratuito, pues constituiría una contradicción con la misma esencia del contrato societario, ni tampoco sería admisible una modificación estatutaria en el apuntado sentido, ya que entonces se convertiría la Sociedad mercantil en una Entidad benéfica sometida a distinta legislación.

Por otra parte, que dada la función que el capital social desempeña como cifra de garantía y la afectación de los bienes que constituyen el patrimonio social, las normas imperativas de protección a los acreedores—efectivas no sólo frente a la Sociedad, sino incluso frente a la unanimidad de los socios—tienden a procurar la integración de dicho patrimonio social y de ahí las disposiciones sobre realidad y valoración de aportaciones—artículos 32 y siguientes de la LSA—, prohibición de compra por la Sociedad de sus propias acciones—artículo 47—, reglas sobre reducción de capital que impliquen restitución de aportaciones—artículos 98 y siguientes—, cálculo de beneficios según balance—artículo 107—, que se imponen incluso con sanciones de tipo penal—quiebra culpable y fraudulenta—, por lo que admitir que pueda hacerse, salvo en los casos exceptuados, una donación de bienes sociales con cargo al capital o a la reserva legal de la que sólo

puede disponerse según el artículo 106 para cubrir en su caso el saldo deudor de la cuenta de Pérdidas y Ganancias, sería tanto como operar una restitución de aportaciones sin disminución de capital, prohibida por las disposiciones legales.

Que si se tiene en cuenta la apuntada distinción anterior entre acto y actividad u objeto social—aunque este último no pueda ser contrario al fin de lucro—no hay obstáculo que impida puedan ser otorgados determinados actos aislados con carácter de liberalidad, bien porque—como sucede con los regalos propagandísticos—beneficien indirectamente a la Sociedad, y podrán entrar dentro del concepto de gasto ordinario o extraordinario de la Empresa social a que hace referencia el artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas, bien porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres, o porque se pretenda remunerar en cuantía no exorbitante ciertos servicios prestados por un antiguo empleado no exigible legalmente—contemplados en el artículo 619 del Código civil—y que parecen ser los que motivaron la donación cuya inscribibilidad se examina, bien porque en casos excepcionales y aun para cuestaciones o contribuciones regulares y por razones impuestas por un comportamiento de solidaridad social u otras igualmente atendibles deba admitirse, incluso en esferas alejadas de la Empresa, la donación pura y simple, como ya ha reconocido la jurisprudencia de algún país europeo.

Que de admitirse el criterio de la necesidad de modificar los Estatutos sociales—objeto social—para inscribir una donación aun remuneratoria y con las circunstancias de este caso concreto—acto aislado—, como aquéllos no pueden consagrar como normal y habitual el acto gratuito, una vez inscrita la donación habría de procederse a modificar nuevamente tales Estatutos para suprimir tan desorbitada facultad, todo lo cual constituiría una evidente anomalía dentro de los principios registrales, derivada de la confusión entre el objeto social y el acto aislado verificado por una Sociedad mercantil.

Que entre los actos de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, enumerados en los artículos 21 del Código de Comercio y 86 del Reglamento del Registro Mercantil no se encuentran

los acuerdos sociales relativos a disposición de bienes inmuebles, sea ello a título oneroso o gratuito.

Que ratificada la donación por la Junta general y en virtud de acuerdo unánime de todos los socios que componen la Sociedad se eliminan los problemas de exceso de poder de los Administradores y de lesión de algún socio, sin perjuicio de los derechos que la legislación reconoce a tercero, especialmente acreedores de la Sociedad si la enajenación se hubiera realizado en fraude de sus intereses.

• • •

Una vez más el «celo hipotecario», ese afán de tutelar intereses que se estiman amenazados, extravasa la objetividad que en su función deben observar los Registradores. Nada censurable por cierto. Que ello es un botón más de muestra de la conciencia que la delicadeza de la calificación impone. Incluso a la vista de su razonado dictamen podríamos preguntarnos si apareciendo «de la certificación que recoge el acuerdo de la Junta Universal no resulta la concurrencia de la totalidad de votos representativos de todo el capital o el número necesario para tomar el acuerdo adoptado», por lo que—fácilmente es deducible—se pone en entredicho el precepto terminante de la L. S. A.—artículo 55—referente a la validez de las Juntas Universales, ello podría ser materia de calificación hipotecaria registral. Pero ni el mismo Registrador, de quien son las palabras entrecomilladas, estampa esta posibilidad en su nota y por añadidura en su Informe estima que es problema que afecta especialmente a la inscripción en el Registro Mercantil.

Es sensible que el Registrador no se alzase de la decisión presidencial que rechazó el defecto 4.º de su nota calificadora. Aunque nosotros compartimos el criterio presidencial al respecto (como de paso, nos cumple con sinceridad manifestar, también cuanto se expone en el ágil escrito de impugnación del recurrente, recogido en su esencia por la Dirección), la confirmación—o no—por nuestro Ilustre Centro de este punto hubiera desvanecido las dudas de muchos.

Y con remitirnos a la docta Resolución de 16 de octubre de 1964 y a la glosa que a la misma estampamos, concluimos la presente. (Véase esta REVISTA, págs. 800 a 807, año 1964.)

RESPUESTA A UNAS CORTESES ALUSIONES

Las de nuestros queridos compañeros MENCHÉN y AZPIAZU en los números de noviembre- diciembre 1965 y enero-febrero 1966, de esta REVISTA, respectivamente.

Al primero, para rogarle me disculpe si creyó había dudado del fiel reflejo que estampó de las Ss. de 13 de marzo de 1964 y demás concordantes de nuestro más Alto Tribunal.

Lectores suyos, por la amenidad y brillantez con que las ofrece y comenta, bástele saber que mi fuente informativa de cuanto expone el Supremo son ésta REVISTA, la de *Derecho Privado* y el *Anuario de Derecho Civil*, sin apelación a Colecciones Legislativas, fiado en la pulcritud profesional de los expositores de las citadas Revistas. *Otra cosa es mi interpretación personal de las Sentencias.*

En cuanto a AZPIAZU... ¡qué decir! Mejor que refutación de mis disquisiciones en torno del artículo 1.413 del C. c. y los 94, 95, etc. del R. H, lo que ha hecho es un inmerecido elogio de mi modesta labor en estas páginas a través de tantos años. Claro que partiendo de AZPIAZU, con el que tantos lazos de vieja y sincera amistad y comprensión en diversos temas nos han ligado, no me extraña.

Y respecto—al parecer—distinto punto de vista que sustentamos sobre el debatido, una vez más, como ya anunciábamos, éste gran y temible polemista que es AZPIAZU, ha mostrado su pujanza.

«No lo digo yo», escribe AZPIAZU. Es el Supremo quien habla. Y acaso tenga razón. Pero veremos en su día—que llegará—cómo razona la Dirección. No sería la primera vez que aquél y ésta se mostraran dispares. Y no olvidemos, además, que el artículo 94, en el Reglamento de 1947, bien pudiera haber aparecido como medio de legalizar, poner en orden, situaciones que—por la contienda porque atravesó nuestro país—se habían creado. El pen-

samiento jurídico anterior era muy otro. Basta recordar el juicio del gran maestro Roca SASTRE con motivo de la Resolución de 31 de mayo de 1895, sobre la innecesidad de la licencia marital para que la mujer casada pueda concurrir en la Partición, que califica de «criterio generoso» (pág. 646, t. II, *Derecho Hipotecario*, edición 1954). Por lo mismo, extender la doctrina de ese precepto a supuestos que se estimen analógicos lo creo en lo pertinente al Registro de la Propiedad, al cual sólo deben ir «títulos válidos y derechos perfectos», aventurado cuando menos.

Por todo ello esperamos que el mismo Supremo o la Dirección, en las sabias decisiones a que nos tienen acostumbrados, nos den una lección interpretativa sobre lo que debatimos, que matizando éstas—al parecer—distintas opiniones a todos nos conformen.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

2. Sentencias del Tribunal Supremo

C I V I L

I. FAMILIA.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Nulidad (no inexistencia) del matrimonio contraído según el rito protestante, en el extranjero, por un bautizado en la Iglesia Católica. Enriquecimiento injusto. Mala fe del esposo. Indemnización por daño moral a la contrayente de buena fe. Bienes privativos de los cónyuges y bienes que pertenecen de por mitad y pro indiviso a ambos, según la Compilación de Baleares. Invariabilidad de las resoluciones judiciales consentidas* («Reformatio in peius»)

La demanda: Mediante escrito de fecha 11 de julio de 1961, don Jaime M.M., representado por un Procurador, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Palma de Mallorca demanda contra doña Máxime E.C., alegando sustancialmente como hechos: Primero. Que el actor había nacido en Palma de Mallorca, teniendo, por tanto, la nacionalidad española, que no había perdido jamás. Segundo. Que el actor había sido bautizado en la Iglesia Católica como acreditaba con el certificado de bautismo que acompañaba. Tercero. Que el actor, en 13 de julio de 1953, había contraído en la ciudad de Tánger matrimonio, según el rito protestante, con la demandada, de nacionalidad americana; que acompañaba como documentos números tres, cuatro y cinco, certificado del testimonio del citado matrimonio y certificación expedida por el Vicecónsul de los Estados Unidos de América en Tánger, acreditativo de que aquél era una copia fiel y exacta de la inscripción que obraba en dicha oficina del citado matrimonio, ambos documentos en idioma inglés y debidamente legalizados por el Cónsul General de España en Tánger, y a la vez legalizada la firma de este último por el Ministerio de Asuntos Exteriores de España; acompañando también traducción literal de ambos documentos, practicada por el Jefe de la Interpretación de Lenguas de dicho Ministerio. Cuarto. Que dicho matrimonio se había realizado por el actor sin sujetarse para nada a las prescripciones de la Iglesia Católica, a la que pertenecía y a la que estaba obligado por su condición de español, por lo que el citado matrimonio era nulo de pleno derecho. Quinto. Que el actor no conocía que se hubiera producido inscripción alguna en los Registros españoles. Sexto. Que ambas partes litigantes habían convivido juntos algún

tiempo, aunque posteriormente lo habían dejado, no habiendo tenido descendencia alguna de su unión. Séptimo. Que se había demandado previamente a la demandada en acto de conciliación para que se aviniese a reconocer cuanto se derivaba de la precedente exposición de hechos, cuyo acto tuvo lugar sin la comparecencia de dicha demandada. Octavo. Que era procedente que en el juicio que resultase de la interposición de la demanda interviniera el Ministerio Fiscal, por tratarse del ejercicio de una acción de nulidad de matrimonio, lo que hacía constar a todos los efectos. Noveno. Que por tratarse la demanda de obtener una declaración sobre el estado civil del demandante, procedía que la misma se dedujera en juicio ordinario de mayor cuantía. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó con la súplica de que se dictase sentencia, en su día, por la que se declarase: Primero. Nulo de pleno derecho, con nulidad absoluta y radical e inexistente el matrimonio contraído por el actor con la demandada el día 13 de julio de 1953 ante el Vicecónsul de los Estados Unidos de América en Tánger, mandando anular o cancelar todas aquellas inscripciones o anotaciones que hubiera del expresado matrimonio en Registros públicos y extranjeros. Segundo. Declarar la buena fe de ambos contrayentes. Tercero. Con carácter subsidiario y para el caso de no haber lugar al pedimento interesado en el párrafo segundo del presente suplico, declarar la mala fe de ambos contrayentes, con la consiguiente compensación a todos los efectos; y Cuarto. Condenar a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y sus consiguientes efectos

El Ministerio Fiscal solicitó en su contestación la nulidad del matrimonio referido.

La demandada contestó y se opuso a la demanda, alegando sustancialmente como hechos: Primero. Que estaba conforme con el correlativo. Segundo. Que asimismo estaba conforme. Tercero. Que la fecha del matrimonio había sido el 13 de julio de 1953 y no el 13 de junio, como se decía, sin duda por error, en el escrito de la demanda. Cuarto. Que el actor, por ser español venía obligado a contraer matrimonio de acuerdo con las leyes españolas y como católico el canónico; que el actor hubiera podido contraer matrimonio en territorio español, pero conociendo la indisolubilidad del vínculo había ido al extranjero a contraer matrimonio, con arreglo a los fines que pretendía; que lo alegado de que se encontraba en el extranjero era incierto, pues, además, en este caso, podía haber acudido al Consulado español para contraer el matrimonio con arreglo a las leyes españolas; que al no hacerlo así, y conociendo la posibilidad de disolver el vínculo cuando le conviniera demostraba su mala fe inicial. Quinto. Que era cierto que el matrimonio efectuado no se había inscrito en los Registros españoles, pero hacía constar que se había registrado en los de Tánger Sexto. Que el actor y la demandada habían convivido desde la fecha de la celebración del matrimonio hasta el año 1957, en que la demandada había tenido que abandonar el domicilio conyugal debido a los malos tratos y amenazas de su marido; que el actor pretendía que la demandada conocía la nulidad del vínculo desde el momento de la celebración del matrimonio, por lo que le imputaba mala fe inicial; que ello era inexacto y se demostraba con el hecho de que si la demandada hubiera conocido dicha nulidad no tenía finalidad la farsa de desplazarse a Tánger para contraer un matrimonio que era nulo y no podía ser reconocido por tal; que la demandada había contraído matrimonio con el actor en la creencia de que era válido y que así sería reconocido por las autoridades españolas. Sép-

timo. Que la pretensión del actor respecto a la imputación de mala fe que atribuía a la demandada era contraria a la realidad de los hechos, ya que la mala fe sólo podía imputársele a él. Octavo. Que estaba conforme con el correlativo. Alegó los fundamentos legales que estimó pertinentes y formuló reconvención, alegando los siguientes hechos: Primero. Que, una vez celebrado el matrimonio en 13 de julio de 1953, el demandante y demandada, una vez concluido el viaje de luna de miel, fijaron su residencia y domicilio en Palma de Mallorca, momentáneamente en el Hotel «Alhambra»; que a fin de tener vivienda propia el matrimonio había comprado la finca de la calle de Bayonetas números 7 y 11, del caserío de «El Terreno», primero la nuda propiedad y después el usufructo, otorgándose sendas escrituras ante Notario, que fueron posteriormente inscritas a favor del actor; que el precio de adquisición de la finca había sido satisfecho por la demandada, aunque el actor figurara como adquirente. Segundo. Que una vez adquirida la finca de la calle de Bayonetas, debido a su mal estado de conservación, había sido necesario realizar obras de reedificación y que tales obras, aunque dirigidas por el actor, habían sido hechas efectivas por la demandada. Tercero. Que el actor, envuelto en un expediente por supuesto delito de cambio ilegal de moneda, había sido sometido a arresto, y habiéndose encargado de su defensa un abogado, la cuenta del mismo fué abonada por la demandada; que de dichos gastos no había tenido hasta la fecha la demandada ninguna satisfacción por parte de su marido; que el importe de lo pagado por la demandada había ascendido a 50.000 pesetas, acompañando dos recibos que lo acreditaban. Cuarto. Que siendo los gastos realizados por la demandada, durante los dos primeros años de su matrimonio, excesivos, había motivado tener que liquidar el patrimonio que tenía en Estados Unidos, había empezado a mostrarse reacia a pagar los gastos que no fueran necesarios para vivir; que el actor, que sin duda había creído que su mujer era más rica de lo que era en realidad y para tratar de que fuera más espléndida en los gastos, había otorgado testamento abierto, ante Notario, reconociendo a la demandada como única esposa, aunque sabiendo que el testamento otorgado era revocable en cualquier instante; que la demandada, como siguiera mostrándose reacia a verificar nuevos desembolsos económicos, se había visto despreciada por su marido y bajo las amenazas del mismo había tenido que abandonar el domicilio conyugal, habiéndola amenazado con matarla en dos ocasiones; que desde la fecha de la celebración hasta el momento de la separación de hecho los gastos de sostenimiento de ambos habían corrido a cargo de la esposa; que si la demandada había corrido con los gastos de sostenimiento y manutención había sido debido, aparte del hecho de tener ella el dinero, a la convicción de que el vínculo matrimonial era válido; que la declaración de nulidad del vínculo daría lugar a que el actor se enriqueciera indebidamente a costa de la demandada; que tal enriquecimiento injusto lo cifraba en la cantidad de 60.000 pesetas. Quinto. Que la declaración de nulidad del vínculo matrimonial equivaldría a la declaración de que había convivido con un hombre sin estar ligada a él por vínculo alguno que legitimase tal convivencia; que como tal nulidad fué debida a la mala fe del actor, era procedente la indemnización por daños, la que fijaba en la cantidad de 75.000 pesetas. Alegó los fundamentos legales que estimó pertinentes y terminó suplicando que se dictase sentencia desestimando la demanda en sus extremos segundo, tercero y cuarto del «petitum», y estimando la demanda reconvencional se declarase: Primero. Que el matrimonio contraído entre el actor y la demandada en fecha 13 de julio de 1953,

en Tánger, se había celebrado de buena fe de parte de la demandada y de mala fe de parte del actor. Segundo. Que se condenase al actor a otorgar escritura pública de venta, a favor de la demandada, de la finca señalada con los números 7, 9 y 11 de la calle Bayonetas, de Palma, o subsidiariamente condenarle a pagar en efectivo su importe, que se determinará en periodo de ejecución de sentencia. Tercero. Condenar al actor a pagar a la demandada la suma de 50.000 pesetas, correspondiente a la minuta pagada a un Abogado. Cuarto. Condenarle a pagar la cantidad de 60.000 pesetas, con que se había enriquecido indebidamente por los gastos de sostenimiento durante el tiempo de convivencia con la demandada; y, además, 75.000 pesetas en concepto de indemnización por los daños morales.

En la réplica, el actor mantuvo los hechos y fundamentos de Derecho de su escrito de demanda, que amplió por extenso para corroborarlos y contradecir los de la contestación en los que no estuvieran conformes con aquéllos, y contestando a la reconvención se opuso a las pretensiones de la misma, exponiendo como hechos: Primero Que negaba el correlativo y hacía constar que la casa relacionada en el mismo fué adquirida por el demandante exclusivamente, de su propio dinero, y así se desprendía de los documentos públicos que acompañaba como documentos números uno, dos, tres y cuatro, en los que no se mencionaba para nada a la demandada. Segundo. Que asimismo negaba el correlativo, ya que las obras a que se hacía referencia en el mismo habían sido realizadas a partir del año 1955, y su importe, a medida que se iban realizando, había satisfecho con dinero propio del demandante y por éste exclusivamente, como acreditaba con los recibos que acompañaba como documentos números cinco y seis; que, además de dichos documentos tenía en su poder más, que no aportaba por su número excesivo, y hacía constar además que no correspondía al actor la prueba de que dichas obras no habían sido satisfechas por él, sino a la demandada; que, en contra de lo afirmado por la demandada, manifestaba que las obras citadas fueron pagadas por el actor, a cuyo efecto utilizó el dinero que tenía en efectivo en esas fechas y obtuvo otro a crédito, para lo cual el demandante hipotecó la casa a que se había hecho referencia y sobre la cual se realizaban las obras dichas; que el dinero obtenido por medio de la hipoteca citada había sido de 50.000 pesetas, habiendo durado dicha hipoteca hasta el año 1960, y no se había cancelado la misma por el motivo de que el demandante no hubiese tenido dinero bastante para devolver dicho préstamo, sino que el mismo día de su cancelación había otorgado otra hipoteca a favor de don Andrés B., en garantía de un préstamo de 200.000 pesetas, la cual aún estaba vigente; que ello había sido necesario para poder disponer de efectivo el actor, para poder terminar de pagar las obras efectuadas y atender a otros pagos; que en prueba de lo anterior acompañaba el documento número ocho; que todas las anteriores operaciones de crédito revelaban que el actor había sido quien había solventado los gastos ocasionados, pignorando sus propios bienes, para atender a los mismos. Tercero. Que aceptaba el correlativo en lo referente a que el actor había sufrido expediente por un delito de cambio ilegal de moneda extranjera, pero no que los gastos ocasionados por su defensa en dicho expediente hubieran sido satisfechos por la demandada; que no reconocía autenticidad a los recibos aportados por ésta acreditativos del pago de dichos gastos, pero pudiera ser que durante el tiempo que el actor estuvo en prisión la demandada, como única persona que poseía materialmente el dinero que aquél tenía en casa, hubiera dispuesto de él para atender a los honorarios devengados por el Le-

trado que se había encargado de la defensa del actor, pero ello no quería decir que el dinero que ello representaba fuese de la demandada y no del actor; que el actor, una vez puesto en libertad, había satisfecho la cantidad de 150.000 pesetas al Instituto Español de Moneda Extranjera, por multa que le fué impuesta en virtud del proceso dicho, y había satisfecho al Letrado señor T. 5.000 pesetas por sus honorarios; que para ello había dispuesto del dinero que tenía en cuenta corriente en el Banco Hispano Americano de Palma de Mallorca; que lo expuesto lo acreditaba con los documentos números nueve y diez que acompañaba. Cuarto Que a lo manifestado en el correlativo, que negaba, con excepción del hecho de haber otorgado el actor testamento público en el que designaba como su heredera a la demandada, oponía: a) Que ninguna venta patrimonial había obtenido el actor de la demandada, pues ningún bien, dinero o cualquier otro derecho de contenido económico figura transmitido por dicha demandada al actor; b) Que tampoco la demandada se había empobrecido como consecuencia del enriquecimiento del actor, ya que los gastos que decía había efectuado para el sostenimiento del matrimonio durante el tiempo de convivencia matrimonial habían sido comunes y no habían producido los anteriores efectos; que la pretensión adversa de que los gastos de manutención de ambos cónyuges durante el tiempo de convivencia se convirtieran en enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges en la parte que el otro hubiera aportado en dinero a dicha convivencia era absurda; que los efectos de nulidad de un matrimonio están determinados en el Código civil en la Sección quinta del Capítulo primero, del Título cuarto del Libro primero, y ni aún en los efectos previstos para el caso de mala fe de uno de los cónyuges, existe la declaración de enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges; que no era cierto que la demandada hubiera sufrido ningún mal trato por parte del actor, así como negaba las amenazas que se le atribuían. Quinto. Que negaba el correlativo, ya que el hecho de que el vínculo matrimonial existente entre ambos litigantes fuera nulo e inexistente desde su inicio, base de la acción de nulidad interpuesta por medio de la demanda, no implicaba que la convivencia mantenida por el actor y la demandada, durante los años que ésta duró se estimase como causa suficiente para pretender una indemnización a favor de la demandada y a cargo del demandante; que dicha convivencia se inició y mantuvo, con la voluntad y consentimiento de la demandada, por lo que no tenía el carácter que el Derecho español exige para que sirva de base a una acción de indemnización de perjuicios; que negaba que el matrimonio cuya nulidad se pretendía fuera debido a la mala fe del demandante, pero aun en dicha hipótesis tampoco ello sería título bastante para pretender una indemnización por daños, pues al tenerse que fundar la misma en la llamada «responsabilidad aquiliana» como fuente de dicha obligación, faltarían en los hechos deducidos de adverso todos y cada uno de los requisitos que el Derecho exige para que se dé esta clase de responsabilidad, siendo el principal de todos ellos el de que para que pueda ejercitarse tal pretensión es preciso una conducta dañosa hacia una tercera persona, sin que dicho supuesto daño pueda relacionarse con un vínculo anterior que los uniese; que aparte de ello, la parte reconviniente no ha expuesto los elementos de hecho en que basa dicha responsabilidad, capaz de producir la indemnización que solicita; que no alcanza la simple referencia a la mala fe del demandante en derecho, a ninguna indemnización de dicho género, por lo que aun en el supuesto de que fuera cierta ello tan sólo produciría los efectos que con carácter taxativo señala el Código civil, al regular los efectos de la nu-

lidad de un matrimonio. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó con la súplica de que se dictase sentencia conforme a lo solicitado en la demanda, absolviendo al demandado de la reconvencción, con expresa imposición de costas a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, con estimación parcial de la demanda y reconvencción, declaró nulo el matrimonio contraído en Tànger por don Jaime M.M. con doña Máxime E.C., actuando ésta de buena fe y de mala fe el primero, debiendo cancelarse las inscripciones o notas de dicho matrimonio en los Registros españoles, declarando asimismo ser *bienes comunes* del matrimonio la casa comprada durante él en la calle Bayonetas, número 7; condenando, en consecuencia, a ambos cónyuges a pasar por dichas declaraciones y practicar los actos necesarios para su efectividad, y a don Jaime M. a transferir a doña Máxime E.C. el inmueble citado, realizando los actos necesarios de liquidación del patrimonio conyugal, otorgando los documentos oportunos; a abonar a dicha señora la cantidad de 50.000 pesetas que pagó al Letrado de su defensa en expediente seguido en el Juzgado de Delitos Monetarios, y al pago, asimismo, de la multa de 60.000 pesetas que le fué impuesta por dicho Juzgado, y asimismo al pago de 50.000 pesetas más en concepto de indemnización por daños morales; todo ello sin expresa condena de costas.

En apelación, la Audiencia de Palma de Mallorca dictó sentencia por la que, sin expresa declaración en cuanto a costas, de ambas instancias, confirmó en parte y en parte revocó la pronunciada por el Juzgado, declarando la nulidad del matrimonio contraído en Tànger en 13 de julio de 1953 por don Jaime M.M. y doña Máxime E.C., actuando ésta de buena fe y de mala fe el primero, debiendo cancelarse las inscripciones o notas de dicho matrimonio en los Registros civiles españoles; asimismo declaró que la casa número 7 de la calle Bayonetas de Palma era bien privativo del marido, al que condenaba a pagar a la que fué su esposa las 50.000 pesetas pagadas por la misma al Letrado de don Jaime, y otras 60.000 pesetas, cantidad con que se había enriquecido indebidamente durante la convivencia con dicha señora doña Máxime E.C.; y a otras 75.000 pesetas en concepto de indemnización por daños morales.

Interpuesto Recurso de Casación por las dos partes litigantes, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de la Audiencia y dictó otra confirmando en todos sus extremos el fallo del Juez de Primera Instancia

Dicen los Considerandos de la primera sentencia:

Que el primer motivo del recurso articulado por el demandante se sustenta en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar la violación en la sentencia recurrida del párrafo primero del artículo 4.º del Código civil y Sentencias de esta Sala que cita, con la consiguiente aplicación indebida de los 42, 100 número 4.º, del 101 y 69 del mismo Cuerpo legal, por entender el recurrente que su matrimonio con la demandada fué inexistente y no nulo, al no haber concurrido ninguna Autoridad española a su celebración y no haberse acreditado que los que lo hicieron—Pastor Protestante y Cónsul en Tànger de los Estados Unidos de Norteamérica—sean los que debieron conforme al Derecho de este país; y como quiera que aparece probado en el juicio que el matrimonio, como tal

se inscribió en el Consulado del citado Estado, es evidente se celebró conforme al Derecho positivo de la Autoridad que lo autorizó y decae este primer motivo.

Que, por la misma vía procesal que el anterior, los motivos segundo y tercero combaten la resolución impugnada en cuanto condena al recurrente al pago de 60.000 pesetas por gastos de sostenimiento del matrimonio, siendo así que la sentencia del Juzgado le condenaba al mismo pago, pero por el concepto de compensación del abono que hizo la mujer de la multa impuesta al esposo y consiguiente enriquecimiento injusto, con cuya resolución se conformó y dejó firme la esposa; y teniendo en cuenta el principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales consentidas que sanciona el artículo 48 de la Ley rituaria, procede casar y anular la sentencia recurrida en tal extremo.

Que con la misma sustentación procesal se articula por el demandante los motivos cuarto y quinto y último del recurso, con invocada violación de la doctrina sobre resarcimiento de daños morales, que a su juicio precisa un daño real, sin que sean suficientes los meros disgustos para producirlos, según la doctrina de las Sentencias de esta Sala que cita; y habida cuenta que la resolución impugnada da como probado que como consecuencia de la separación de los cónyuges se produjo un perjuicio en la honra y reputación de la esposa, que quedaba por la actuación y peticiones del esposo en mala situación ante sus amistades y compatriotas, es evidente que se le ha ocasionado un daño moral y que éste es indemnizable, conforme a la doctrina elaborada por esta Sala sobre el particular; sin perjuicio de lo cual y dado que el Juzgado señaló una indemnización por tal concepto de 50.000 pesetas, con cuya declaración se conformó la demandada al no apelar tal resolución, la Audiencia no podía elevarla a 75.000 pesetas en virtud del principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales consentidas, antes estudiado, y procede casar y anular la resolución impugnada en cuanto al exceso referido.

Que entrando en el estudio del recurso articulado por la esposa demandada, formula los cuatro primeros motivos, al amparo del número primero de dicho artículo 1.692, para combatir la declaración de la sentencia de que la casa adquirida durante el matrimonio por el esposo pertenece exclusivamente a éste en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo segundo, de la Ley de 19 de abril de 1961 sobre Compilación del Derecho de Baleares, que establece el régimen de absoluta separación de bienes entre los cónyuges cuando sean mallorquines alguno de ellos, como lo es el esposo, y no haya pacto expreso en capitulaciones matrimoniales, que no concurre en el caso contemplado, alegando violación por la resolución impugnada del párrafo tercero de dicho artículo 3.º de la Compilación y de los artículos 1.325, 1.396, número 1.º del 1.401, 1.407 y 13 del Código Civil; y habida cuenta que la sentencia da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes y que no los ha adquirido por herencia, cuya declaración no ha sido combatida por el único cauce adecuado para ello, el del número 7.º de tan repetido artículo 1.692, es evidente que la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396 para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra, y como consecuencia y en principio deberá ser estimada como del matrimonio con arreglo al párrafo tercero del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares; y en su consecuencia, procede casar y anular en tal extremo la

sentencia recurrida; máxime en el caso presente, en que del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer y, salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa y por tanto bien privativo de ella.

Que, por último, el quinto motivo del recurso denuncia la violación en la sentencia de los artículos 72 y 1.407 del Código civil; y como quiera que persiste la declaración que contiene de que el marido procedió de mala fe, al no haberse combatido en forma tal aserto procede casar la resolución impugnada en tal extremo, por aplicación analógica de los preceptos invocados, en relación con la disposición final segunda de dicha Compilación.

La segunda Sentencia del Tribunal Supremo no contiene ningún Considerando especial; se remite a los de la Sentencia de Primera Instancia y a los que quedan copiados.

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Reconocimiento de hijo natural. La licencia para contraer matrimonio otorgada ante el Párroco no es documento idóneo para el reconocimiento.*

Son Considerandos, entre otros, de esta Sentencia:

Que la pretensión deducida por el recurrente en la demanda motivadora de la litis se encamina a la obtención de un pronunciamiento declarativo de que habiendo sido reconocido expresa y voluntariamente por doña María F. T. como hijo natural de la misma, tiene derecho a usar los apellidos de aquella y a los demás que la Ley concede a los hijos naturales, problema claramente enmarcado en el artículo 131 del Código civil en cuanto preceptúa que el reconocimiento voluntario habrá de hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público, y en el párrafo segundo del artículo 133 del mismo Cuerpo legal preceptivo de que cuando el reconocimiento afectante a un menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento o en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Que la cualidad de hijo natural que, como derivada de un reconocimiento voluntario, se atribuye al recurrente la fundamenta en el hecho de que con ocasión de contraer matrimonio durante su minoría de edad doña María F. T., compareció ante el señor Cura Párroco de San Gregorio de Telde, concediéndole la licencia para tal fin, exponiendo que era su hijo y que lo había tenido en su casa como tal, todo lo cual se hizo constar en el acta que al efecto autorizó dicho señor Cura Párroco el día 16 de julio de 1918, y como el Tribunal «a quo» niega idoneidad y eficacia a tal documento a los fines de reconocimiento voluntario de la pretendida cualidad de hijo natural, se combate por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuyendo al fallo de la Sala la infracción, por interpretación errónea de los artículos 131 en relación con el 1.216, ambos del Código civil, y la del número sexto del 596 de la Ley de Ritos.

Que entre los preceptos reguladores de la institución matrimonial de nuestro Derecho positivo se halla el artículo 48 del Código civil, que en su redacción anterior a la reforma del día 24 de abril de 1958 establecía que la licencia favorable a la celebración del matrimonio podía acreditarse mediante

documento autorizado por un Notario Civil o Eclesiástico, de donde se infiere que aunque el número sexto del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo reconoce el carácter de documentos públicos a las partidas o certificaciones de nacimiento o defunción dadas por los Párrocos con arreglo a los libros, no cabe negar el mismo carácter público a las actas de licencia para contraer matrimonio autorizadas por los Notarios Eclesiásticos o por los Curas Párrocos en funciones de tales. Pero en este supuesto el carácter público queda *limitado* al sólo acto para el cual tienen competencia funcional los mencionados Párrocos, o sea, el de dar fe que ante ellos se ha concedido la licencia por quien tenga facultades para otorgarla, careciendo de eficacia en las materias que desbordan lo que es propio y peculiar de tal acto, no siendo por tanto dichas actas instrumento documental suficiente e idóneo para incorporar a la vida del Derecho aquella que excede de las funciones atribuidas al autorizante; y como, por otra parte, cuando el reconocimiento hecho en documento público afecta a un menor de edad ha de ser completado con un acto de aprobación de la Autoridad judicial con intervención ineludible del Ministerio Fiscal—párrafo segundo del artículo 133 del Código civil—como requisito insoslayable de acusado carácter público, que no tuvo lugar, es obvio que el recurrente no tenía al momento de formalizar su pretensión ante los Tribunales la condición legal de hijo natural reconocido en la que sustenta su derecho a obtener el pronunciamiento declarativo de que ostentaba tal condición, y ante ello procede desestimar el primero de los motivos por no haber incurrido el Tribunal de instancia en ninguna de las infracciones que en el mismo se acusan.

Que al ser negada la idoneidad y suficiencia del documento en que se dice se llevó a efecto el supuesto reconocimiento voluntario de hijo natural, la Sentencia del Tribunal «a quo» no entró en la interpretación de su contenido ni sentó juicio alguno sobre si sus términos eran o no constitutivos de un verdadero reconocimiento de filiación natural, y por ello mismo, al apreciarse, como se aprecia también en este trámite, la carencia de eficacia e idoneidad del acta de 16 de julio de 1918 a los efectos pretendidos, queda excusada la interpretación de las manifestaciones que en ella se plasmaron y hace inviable el segundo de los motivos del recurso, que al amparo del mismo número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, como quiera que a mayor abundamiento tampoco se cumplió lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 133 del mismo Cuerpo legal que era ineludible para la plenitud de efectos y eficacia del supuesto reconocimiento voluntario de hijo natural, ha de decaer también el tercero de los motivos en el que se acusa la aplicación indebida de tal precepto.

II. PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1965.—*Competencia de la Junta de Propietarios regulada en la Ley de Propiedad Horizontal. Procedimiento de inexcusable cumplimiento.*

Es doctrina de esta Sentencia:

Que la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 configura la Junta de Propietarios como órgano rector, marcando su competencia en el

artículo 13, correspondiéndole según el número primero resolver las reclamaciones que los titulares de los pisos formulen contra la actuación del Presidente y Administrador de la Comunidad, estableciendo la norma cuarta del artículo 16 que los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos serán impugnables ante la Autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes; y la norma tercera que cuando los propietarios que presenten por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación estimaren gravemente perjudicial para ellos el acuerdo de la mayoría podrán acudir al Juez Municipal o Comarcal del lugar donde esté sita la finca, cuya decisión será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes a promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles.

Que ejercitada por la Sociedad actora en su demanda una acción personal dirigida, según se indica en el suplico de la misma, a que se condene al Presidente de la Comunidad a cumplir el artículo 4.º de los Estatutos, pasando los recibos de los gastos comunes trimestralmente y a rendir cuentas de los ingresos y gastos de la Comunidad, muy especialmente de la suma que ha recibido para constituir el llamado fondo de reserva, presentando los justificantes de ingresos y gastos desde el mes de diciembre de 1959 hasta el 21 de octubre de 1961, es indudable que a tenor de lo preceptuado en el número primero del artículo 13 de la Ley de 21 de julio de 1960, el Órgano competente para resolver dicha reclamación es la Junta de Propietarios, como requisito previo de responsabilidad, para hacer uso del sistema de recursos que contra los acuerdos de la misma establece el artículo 16 de la Ley, cuya norma quinta concede competencia para conocer de las cuestiones a que se refiere la norma tercera, el Juez Municipal o Comarcal del lugar donde esté sita la finca, habiéndose de determinar la competencia en los casos de la norma cuarta por las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que el actor, hoy recurrente, con pleno olvido de estas normas procesales, de inexcusable observancia, ha dejado de acudir ante la Junta de Propietarios, cuya reunión podía provocar en cualquier momento, dado el porcentaje de participación del treinta y ocho por ciento con arreglo al apartado primero del artículo 15 de la Ley—y en todo caso en la preceptiva anual—, formulando su reclamación contra la actuación del Presidente y solamente contra el acuerdo recaído actuar los pertinentes recursos, de conformidad con las normas tercera y cuarta del artículo 16, ante el Juez competente, y ateniéndose para la determinación de la clase de juicio a las reglas pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que de ningún modo autorizaban en el caso presente para un juicio de mayor cuantía, dada la exigüidad de ésta, como el seguido, al socaire de una presunta cuantía indeterminada.

Que, en consecuencia, al haber sustraído el actor hoy recurrente, de la competencia previa de la Junta de Propietarios la reclamación aducida, es de apreciar de oficio la falta del requisito procesal indispensable, previo al ejercicio de la acción, dado su carácter de orden público.

SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Servidumbre de aguas. Es materia de la legislación civil.*

Con absoluta independencia, dice esta Sentencia, de la naturaleza típica del derecho que surge a consecuencia de las concesiones de explotaciones mineras y de los particulares referentes a la legislación especial de aguas,

ambas reguladas por sus primitivas leyes especiales, a que, en concreto, se remite el Código civil, es incuestionable que todo lo relativo a las servidumbres en su aspecto de derecho real limitativo de la propiedad ajena, en cuanto a su regulación y eficacia, es materia propia de la legislación civil, cuyo conocimiento en relación con los posibles conflictos que en torno de las mismas pueden presentarse, es extraño y ajeno a la competencia de jurisdicción administrativa, el modo como ocurre en el caso que origina el presente recurso cuando lo que se discute es el ejercicio de una acción negatoria de servidumbre intentada por el actual recurrente, es decir, la Junta Municipal de Santa Marina de Torre. Por lo que la Sentencia recurrida, al entenderlo de otra manera, cometió la infracción señalada en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, en cuanto que dejó de conocer en un asunto en que debió haberlo hecho, habiendo quedado sin aplicación, consiguientemente, los preceptos contenidos en los artículos 547 y 558 del Código civil, en relación con los 80 y 81 de la vigente Ley de Aguas, referidos específicamente a la servidumbre de acueducto de aguas que libre, espontánea y unilateralmente estableció el hoy recurrido sobre un monte público perteneciente a la Entidad municipal que recurre en casación, todo ello sin perjuicio de las facultades que las citadas Leyes especiales conceden a la Administración y para cuya ejecución el concesionario habrá de acudir a los pertinentes procedimientos legales que permitan la coordinación con los derechos particulares de orden civil, y habiendo sido denunciados estos defectos en los motivos del recurso señalados con los números primero y segundo, amparados respectivamente en los ordinales sexto y primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es obligada su estimación y con ellos la totalidad del recurso interpuesto, anulando la Sentencia recurrida.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1956.—*Requisitos de la acción rescisoria de contrato celebrado en fraude de acreedores.*

Ejercitada en los presentes autos una acción rescisoria de contrato celebrado en fraude de acreedores, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.111 y 1.291 del Código civil, para que pudiera prosperar se precisaría, conforme a la doctrina jurisprudencial, al ser tal acción subrogatoria o revocatoria de carácter subsidiario, la concurrencia de los requisitos siguientes: a) que exista un crédito a favor del actor; b) que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior que beneficie a un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial; c) que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor de tercero y a la vez se beneficie con la declaración de ineficacia, sin tener otro recurso legal para obtener la reparación de dicho perjuicio; d) que el acto que se impugna sea fraudulento; y e) que el tercer adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, haya sido cómplice en el fraude—Sentencias de 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945 y 7 de enero de 1958—, llegando a exigir la de 15 de abril de 1955 que se acredite la mala fe en el tercer adquirente, y determinándose, por último, en la de 2 de junio de 1932 que corresponde a la Sala de instancia la determinación de la concurrencia de tales requisitos.

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Lesión «ultra dimidium» en Cataluña. No requiere para su eficacia otros elementos subjetivos.*

La lesión *ultra dimidium* como causa de rescisión del contrato de compra-venta tuvo su origen en dos constituciones de Diocleciano y Maximiano, las que, aduciendo motivos de humanidad, establecieron que el precio debía ser justo, institución que fué recogida en el Código de Justiniano, regulándola en las Leyes segunda y octava del título 44 del libro 4.º, y de allí pasó al Derecho Canónico, constituido por los capítulos tercero y cuarto de las Decretales de Gregorio IX, y por conducto de ambos Derechos llegó a Cataluña, integrando su Derecho foral, con vigencia reiteradamente reconocida por esta Sala, por lo que ha sido recogida en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, promulgada por la Ley de 21 de julio de 1960 y regulada en sus artículos 323, 324 y 325, en los que se comprenden la normativa de los citados Derechos romano y canónico.

De las citadas fuentes legales, tanto en su interpretación literal como sistemática, no puede deducirse que la lesión *ultra dimidium* requiera el complemento de otras circunstancias o elementos subjetivos para su existencia y eficacia, pues el Código de Justiniano, al definirla y fijar sus efectos jurídicos no exige para el ejercicio de la acción otra circunstancia que el menor precio de la venta, al igual que las Decretales de Gregorio IX, lo que es lógico, dado que no podía crearse una causa específica de rescisión contractual, a la que hubiera que añadir para su eficacia otros motivos de nulidad o rescisión que, cual engaño, el dolo o la violencia, son de general aplicación en todos los tiempos y Códigos, máxime cuando la lesión supone el engaño en más de la mitad del justo precio, y hasta tal punto va embebido el engaño en la lesión que a ésta se la conoce en Cataluña con el nombre de *engany de mitges*, doctrina que ya tenía proclamada esta Sala en su sentencia de 25 de noviembre de 1935, y que consagra el artículo 323 de la Compilación al autorizar la rescisión de los contratos onerosos de bienes inmuebles, en los que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, *aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez*, evidenciando las palabras en bastardilla que este precepto sigue fiel al Derecho romano y sólo exige para la rescisión el menor precio percibido.

CONTINUACION A NUESTRA NOTA SOBRE ANULABILIDAD DE
ENAJENACIONES DE INMUEBLES O ESTABLECIMIENTOS MER-
CANTILES SIN CONSENTIMIENTO *UXORIS*, APARECIDA EN LA
PAGINA 1.606 DEL NUMERO 451 DE ESTA REVISTA.

Estimamos interesante añadir a lo expuesto en dicha nota que LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en su «Derecho de Familia» (Librería Bosch, 1966), dicen a tal respecto (pág. 216): «a) Naturaleza. No es de la misma naturaleza que el consentimiento contractual del marido enajenante; la esposa no es administradora de los bienes de la sociedad conyugal, ni tiene la facultad de disponer de ellos. Si estuviera en el mismo plano, valdría su dis-

posición con autorización judicial. La mujer, pues, se limita a levantar una limitación concreta del poder del administrador de la sociedad. Ciertamente, es a la vez colitular de los bienes sobre los que dispone su marido, pero ello no impide que la facultad de disposición pertenezca—limitada o no—a éste.

La posición de la esposa, al consentir en la enajenación por el marido, es, en definitiva, notablemente parecida a la de éste al dar licencia a aquélla para los actos en que la precisa. La diferencia estriba en que la licencia marital tiende exclusivamente a conseguir la unidad de dirección del matrimonio, permitiendo al marido intervenir incluso en las transformaciones de un patrimonio ajeno—el de su mujer—, aunque con reflejos en el consorcial; mientras el consentimiento de la mujer, por su parte, presupone una apreciación de tipo económico; es una limitación puesta a la libre disposición del marido sobre bienes que pertenecen también a ella, con el fin de impedir actos que disminuyan la masa de que ambos son titulares y viene impuesto, así, por una norma de protección frente al marido y no como garantía de la unidad de dirección del matrimonio.»

Citan las Sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad.

M E R C A N T I L

I. COMERCIANTES Y SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Fe pública registral.—Los apoderamientos, aun siendo notariales, conferidos a una persona, no pueden atribuir al apoderado el carácter de factor, a los efectos de los artículos 284 y 285 del Código de comercio, mientras no hayan sido inscritos en el Registro mercantil.* (Ponente: F. Rodríguez Solano.)

El demandado por incumplimiento de contrato a abonar una indemnización de daños y perjuicios, a la que fué condenado por la Audiencia, fundamentó el recurso de casación, entre otros, en el hecho de haber actuado en nombre de una firma comercial y no en el suyo propio.

El Tribunal Supremo no acepta la tesis del recurso, en base a la falta de inscripción de los poderes mercantiles, estableciendo que «...estos instrumentos notariales—se refiere a los poderes—no acreditan por sí mismos la veracidad de las manifestaciones vertidas por su otorgante ante el fedatario en orden a la titularidad del dominio de la Empresa mercantil a que se refieren, sobre todo cuando no tuvieron acceso al Registro mercantil, como es preciso para lograr la plenitud de sus efectos frente a terceros, según se infiere de los términos en que están redactados los artículos 21 número 6, y 26 del Código de Comercio, y 2.º párrafo tercero, 76 número 1.º, y 86 número 6 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956...»; y

«...porque para que los contratos mercantiles concertados por un factor produzcan los efectos legales consignados en el artículo 285 del expresado Código, es imprescindible, como dice el artículo 284, que quienes los suscriban hagan constar en el respectivo documento el nombre de la persona o sociedad que representen, lo que en el estado actual de nuestro Ordenamiento positivo no puede sustituirse por la denominación comercial de un negocio o Empresa, que, si constituye el distintivo de las actividades profesionales de un comerciante o del elemento económico integrante del patrimonio sujeto a su tráfico o giro mercantil, no es suficiente, en cambio, para reflejar de forma notoria y «erga omnes» la personalidad de su propietario, a no ser que goce de la «fides publica» que le confiere la inmatriculación en el oportuno Registro, según se hizo constar en el anterior Considerando y se desprende, además, de los términos en que están redactados los artículos 1.º, 196 y 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial...».

II. SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Sociedad de responsabilidad limitada.*
(Ponente: F. Rodríguez Solano.)

Integrada esta Sociedad por dos socios, la actuación desleal de uno de ellos, que disponía del capital social para negocios por cuenta propia, faculta al otro para ejercitar el derecho de exclusión que le confiere el artículo 31 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, en concordancia con el artículo 218, número 1.º, del Código de Comercio; sin que a ello sea obstáculo la consideración de que la Sociedad subsistirá entonces con un solo socio, porque: 1) al momento de iniciarse el litigio la Sociedad no está constituida por un solo socio; 2) dado el carácter más bien patrimonial que preside en estas Compañías (Ss. 29 de abril de 1963 y 3 de julio de 1964), nada impide que ingresen en las mismas nuevos asociados, sin necesidad de modificar sus normas estatutarias; 3) como dicen las Sentencias de 3 de octubre y 19 de noviembre de 1955, ni el artículo 221 del Código de Comercio, ni el 150 de la Ley de Sociedades anónimas, ni el 30 de la de Responsabilidad limitada incluyen entre las causas de extinción de las sociedades la reunión en una sola mano de todo el capital social, mientras subsista la posibilidad de restaurar su normalidad, lo que puede conseguirse enajenando, con las prescripciones legales, participaciones sociales a persona extraña a la Compañía.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1966.—*Sociedades Anónimas. Carácter del artículo 77 de la Ley de 17 de julio de 1951. Funciones de los Administradores.*
(Ponente: E. Aguado González.)

Determina esta Sentencia que los casos de impugnación que establece el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas no han de darse conjuntamente, sino que basta que exista uno de ellos para que la acción sea viable.

Añade que a los administradores de la Sociedad corresponde formular, dentro del plazo legalmente fijado, el Balance, con la Cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la Memoria explicativa correspondiente y someterlos después al examen e informe de los accionistas censores de cuentas, poniendo a su disposición la contabilidad y antecedentes de la misma. Los documentos y el informe emitido debe ponerlos el Consejo de Administración, a disposición de los accionistas, en el domicilio social, quince días antes de la celebración de la Junta general, lo que comporta para aquél la obligación de convocatoria, no por decisión aislada de uno o varios de sus componentes, sino mediante reunión, al efecto, del Consejo, con los requisitos del artículo 78.

IV. CONTRATOS.

SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Depósito mercantil. Alcance del artículo 306 del Código de comercio.* (Ponente: M. Lojo Tato.)

Depositada cierta cantidad de naranjas en unos frigoríficos, la mercancía se descompuso, originando su pérdida; estado de descomposición que fué notificado por la Entidad depositaria a la depositante cuando el personal de la primera advirtió el menoscabo de la mercancía depositada.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia, decide que la pérdida no puede imputarse a cargo del depositario, pues «no estando debidamente justificado que conociese el estado de la mercancía con anterioridad, y a pesar de ello no diese aviso, no puede concederse a la norma legal del artículo 306 del Código de comercio un alcance tan inusitado que rebase sus propios términos, puesto que lo que la Ley dispone es que el aviso se dé inmediatamente que el daño proveniente de la naturaleza o vicio de las cosas se manifestara, y manifestar equivale a declarar, descubrir o poner a la vista, pero a lo que la Ley no obliga es a dar aviso cuando el daño se inicie o no manifestado, ni tal cosa se compagina con las especiales y singulares características del contrato en cuestión».

V. DERECHO MARÍTIMO.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1966.—*Prescripción de la acción para reclamar indemnización por abordaje. Artículo 953 del Código de Comercio («actio nata»).* (Ponente: D. de la Cruz Díaz.)

Un buque, perteneciente a la «Compañía Transmediterránea, S. A.», abordó al dragaminas «Turia», por cuyo motivo fué condenado el capitán del buque causante del abordaje a las penas establecidas en la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante, según causa seguida ante la jurisdicción de Marina de la Comandancia General correspondiente, sentencia que quedó firme y ejecutoria el 9 de mayo de 1958. Aparte de las sanciones de orden penal, condenaba la referida sentencia a la indemnización de los daños causados al buque abordado. Tal indemnización se reclamó mediante demanda de 16 de noviembre de 1961.

El Tribunal Supremo estimó prescrita, en base al artículo 953 del Código de Comercio, la acción de indemnización de daños y perjuicios por haber transcurrido con exceso el plazo a que se refiere el precepto, pues la acción debe considerarse nacida el día en que quedó firme la sentencia condenatoria de Marina (o sea, el 9 de mayo de 1958), momento desde el que comienza a contar la prescripción, y no desde el día 16 de octubre de 1959, fecha en que se declaró la insolvencia del Capitán del buque que causó el abordaje, pues la acción que concede el artículo 826 del Código de Comercio es de carácter directo y esgrimible una vez firme la sentencia que calificó la actuación de quien gobernaba el buque

abordador. Finalmente, los requerimientos practicados tanto al Capitán como a la Compañía propietaria del buque abordante no pueden conceptuarse como la «interpelación judicial» a que se refiere el artículo 944 del Código de Comercio, pues sólo cabe entender como tal la que ante, o por, jurisdicción competente se hace como trámite idóneo y eficaz de reclamación, mas nunca el requerimiento que carece de toda influencia en el procedimiento que ha de seguirse ante la jurisdicción a quien corresponda decidir si procede obtener una definitiva indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

VI. QUIEBRAS.

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1965.—*El artículo 878 del Código de Comercio no es aplicable a los actos, que si bien fueron realizados por el quebrado dentro de la fecha de la retroacción de la quiebra, ulteriormente fueron confirmados y exigidos los naturales efectos de tales actos por la sindicatura de la quiebra.* (Ponente: M. Taboada Roca.)

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

Registrador de la Propiedad.

Notario.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO

1. FUENTES DEL DERECHO.

A) *Jerarquía de normas.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4 556).

«Cuando existe una norma específica, en lo que se refiere a la materia particular y concreta a que se contrae, tiene más fuerza de obligar que el precepto general.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3 478. En análogo sentido la de 29 de mayo, de la misma Sala, Ar. 3 069.)

«Tercer Considerando: Que, por tanto, al excluir la Orden de 31 de agosto de 1963, en su artículo 5.º, a los Secretarios «que no realicen la opción de referencia» y decidan «continuar con el sistema de remuneración que tienen actualmente» de «los beneficios concedidos por la repetida L. de 8 julio» anterior, es evidente que efectúa en cuanto a éstos una discriminación no establecida en la normativa legal, la cual se encuentra en abierta pugna con el espíritu y letra de la misma, por lo que no cabe sirva de apoyo a las resoluciones impugnadas, del 15 enero y 30 abril 1964, por su manifiesta ineficacia en cuanto contradice preceptos de rango superior—arts. 23, 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de fecha 26 julio 1957 y art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958—, máxime cuando el reseñado extremo de la Orden de 1963 indicada contraviene los derechos reconocidos anteriormente en las precedentes OO. de 28 diciembre 1953, 23 noviembre 1955, 30 junio 1956 y 13 mayo 1958, dictadas en ejecución del artículo 28 de la parte III de los Aranceles aprobados por D. de 19 octubre 1951.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5 270.)

«Con arreglo al principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, no cabe amparar en sus preceptos situaciones que han sido regladas en forma distinta por disposiciones de superior rango, siendo de notar que también carece de los requisitos que el artículo 29 del propio texto legal exige para que las disposiciones administrativas produzcan efectos jurídicos de carácter general»

B) *Publicación.**Su necesidad.*

(Vid. sentencia anterior y la que sigue.)

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.875.)

«Careciendo el mismo del fundamental requisito de su publicación en la *Gaceta de Madrid-Boletín Oficial del Estado*, que preceptuó el artículo 1.º del Código civil (reiterado por el artículo 29 de la L. de Régimen Jurídico de la Administración), para que pudiera surtir efectos como normatividad observable en el caso de autos, sería preciso que la Administración hubiera acreditado que dicho texto fué comunicado en forma y en su día a la parte recurrente, y aceptado por la misma el título de previsión contractual del pormenor de sus derechos y deberes como adjudicatario de la vivienda.»

C) *Interpretación.*a) *No puede ser arbitraria.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.060.)

«La observancia del Reglamento invocado tiene que ser completa y armónica, no en la que convenga a la Administración y pueda perjudicar al interesado, para desconocerle a seguido en lo demás.»

b) *Tampoco extensiva.**Desacuerdo entre el Preámbulo y el texto de una disposición.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.401.)

«En 1 de junio de 1962 no reunía las circunstancias previstas en la resolución de la Dirección General de Previsión de la expresada fecha, condición indispensable para gozar del beneficio que en la misma establecía, no pudiendo deducirse, cualquiera que sea el espíritu generoso que inspire su Exposición de Motivos, consecuencias superiores a las que se derivan de la estricta aplicación de su articulado, lo que puede únicamente servir de base a una explicable aspiración para obtener los mismos beneficios que los que tenían la plaza en propiedad en la fecha de la indicada resolución, y para gestionar su concesión ante la Administración, pero nunca para obtener de la Jurisdicción revisora una aplicación extensiva de preceptos que, por su naturaleza, son indudablemente de aplicación estricta.»

D) *Retroactividad.**Aplicación del título preliminar del C. c.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.395.)

«Ese precepto del Título Preliminar del Código civil, como es sabido, es de aplicación general a todas las materias jurídicas, incluso las fiscales»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.563.)

«El recurso pugna con el principio fundamental de la irretroactividad de las disposiciones legales, establecida como regla general—salvo las excepciones expresas—en el artículo 3.º del Código civil, que, como formando parte de su Título Preliminar, es aplicable a toda materia jurídica, incluso las administrativas, y entre éstas las fiscales.»

E) *Principios generales del Derecho.**Su valor integrador (no sustitutivo) de normas.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.419.)

«La Jurisdicción Contenciosa, en su función revisora, ha de contemplar el supuesto sometido a su examen a la luz del Ordenamiento Jurídico, para imponer, en su caso, el imperio del derecho cuando la Administración lo infringe o desconoce, lo que supone la existencia de preceptos legales concretos que marquen límites y condiciones a la actividad administrativa; y lo cierto es que, en el caso litigioso, el recurrente, ni el escrito de interposición, ni en su demanda, cita o concreta precepto legal alguno infringido por el Ministerio de Comercio en la Resolución impugnada, limitándose a invocar principios generales de «igualdad de todas las personas ante la Ley», e infracción «óbitér dicta» sin precisar en qué consiste la infracción o violación del principio «Ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus»; matices todos que integran modos de interpretación, pero no concretas normas del derecho constituido de singular obligatoriedad.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.539.)

«Esta tesis es no sólo conforme con la normativa invocada, sino, lo que es más importante: lo está con nuestro Ordenamiento jurídico, que permite la coexistencia y entronque entre el derecho formal y abstracto y los principios

generales que lo informan. No menoscaba el de la sumisión del Juzgador a la Ley el ejercicio de la función jurisdiccional que permite buscar lo justo, adoptando la norma a las exigencias de la vida, individualizándola, que es tanto como humanizarla; y si es así la moral, la equidad y la buena fe ampararon al recurrente, porque de no valorarse se produciría un resultado contrario a ellos y favorable al enriquecimiento injusto y sin causa, todo lo que obliga a declarar que la Resolución del Ministerio de Hacienda impugnada no es conforme a derecho y debe anularse»

F) *Precedentes.*

Su valor.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 5.142. En el mismo sentido las de 14 de octubre y 3 de noviembre, Sala 5.^a, números 5.137 y 5.212.)

«Por esta Jurisdicción, al llevar a cabo la función revisora del acto administrativo impugnado ha de realizarlo contrastando si está o no ajustado al Ordenamiento jurídico o ha sido emitido aquél con infracción del recurso, sin poder tomar en consideración, según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de este T.S., al acierto o desacierto con que la Administración pudo obrar en acto distinto no sometido a revisión jurisdiccional ni vincularle en modo alguno, las decisiones de la misma en otros casos cuyas características y circunstancias tampoco constan, ni podía ser nunca invocado como justificación que permitía su repetición en caso y recurso cuya revisión facilita ya para corregir cualquier vulneración observada o para confirmar en él la correcta actuación administrativa.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 4.029.)

«Aunque no siempre un acto administrativo pueda ser un precedente vinculante para el Tribunal, lo cierto es que la Administración debe, al dictar sus resoluciones en casos idénticos, mantener un criterio igual.»

G) *Impugnación de disposiciones.*

Legitimación necesaria.

(Vid., además de la que sigue, la sentencia de la Sala 4.^a de 22 de octubre de 1965.)

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.554.)

«El precitado Decreto es de carácter general, y siendo así forzoso es concluir que el referido Colegio no está legitimado para su impugnación; porque

para que dicha Entidad lo estuviera sería preciso que ostentara la representación y defensa de los Ingenieros Industriales en escala nacional y no con la limitación territorial que pone de manifiesto su propia designación, doctrina ésta que desarrollan, entre otras, las sentencias de 18 de abril de 1961, 4 de enero de 1962 y 2 de abril de 1963.»

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) *Naturaleza de los actos.*

a) *Actos no administrativos.*

a') *Acto político.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1965 (Ar, número 3.852.)

«Se impugna un acto del Gobierno decidido en la reunión ministerial o Consejo de señores Ministros, sin que desvirtúe este carácter del acto el que recaera en alzada contra la resolución de un Ministro, toda vez que la apelación somete a revisión, como indica el título 5.º de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, el acto inferior, y la revisión tan amplia y completa cual la configuran los artículos 119 y 124 de la propia Ley, lo que implica que asumida la propia competencia por el órgano superior para hacer, deshacer, mantener, variar o sustituir el acuerdo que se le lleve, reglamentariamente es suyo, de propios fundamentos, atribución y responsabilidad el nuevo que se dicte y consiguientemente esta definitiva producción tiene que personificar la referencia, confirme o no lo antes resuelto; pero, con más razón, aquí el Consejo de Ministros alteró palpablemente el acto ministerial de que conoció, sustituyéndole por el propio y aunque no respecto a las sanciones de don Pablo S. E. y don Sabino I. I., revela tal modificación el ejercicio afectivo de la potestad revisora, por lo que en conclusión ha de conceptuarse de acto del Gobierno el que resolvió confirmar la multa de 25 000 pesetas impuesta a nombrados recurrentes, a la vez que dejó sin efecto otras.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1965 (Ar, número 3.852.)

«En lo tocante a la calificación de acto político que pueda adjudicarse el aquí recurrido, conviene recordar que cualquiera que sea la conceptualización doctrinal de tales actos, para su encaje positivo halláanse incluidos en la Ley de la Jurisdicción como ajenos a la misma sin definirlos, pues el apartado b) del artículo 2.º sólo enuncia en vía enunciativa, no exhaustiva, materias a que pueden afectar y la Exposición de Motivos indica que se trata de actos peculiares de la función política confiada únicamente a los superiores órganos del Estado, por lo que se hace necesario contemplar, en cada caso, las circunstancias de comisión y de como se configure la misma en su alcance finalista, y al aplicar estos patrones de modelación al comportamiento sancionado de los señores I.

y S. es ineludible destacar que el Consejo de Ministros estimó, según al principio se dijo al mencionar su acuerdo, la conducta de aquellos multados coadyuvantes al estado de agitación a la sazón promovido, y razona que en reacción defensiva contra el cual y del orden público en riesgo, acordó mantener las multas aquí recurridas (a la vez que otras en reclamación separada) y surgidas así estas medidas correctoras impugnadas del ejercicio de una superior función gubernamental amparadora, en su objetivo declarado, de la normalidad política y de la seguridad interior del Estado, caen juntamente con el recurso contra ellas dentro de lo que el artículo 2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956 enuncia en cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, y conceptuada de esta suerte la materia, el párrafo 1.º del precepto dispone que no corresponde a esta jurisdicción, con lo que al quedar fuera de su control, como arguye el Abogado del Estado, se sigue obligadamente la inadmisibilidad del actual recurso.»

b') *Acto sometido a la jurisdicción laboral.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4549.)

«La acción ejercitada no se dirige contra un acto administrativo que haya lesionado un derecho subjetivo de este carácter, ni se trata de una cuestión litigiosa promovida por un funcionario contra la Administración, sino de una cuestión laboral cuya naturaleza está determinada por el vínculo que une a la recurrente con el Ministerio de Comercio, nacida de una relación de trabajo.»

b) *Acto administrativo en materia laboral.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.775).

«Segundo Considerando: Que la cuestión planteada consiste en determinar si la empresa ha hecho o no recta aplicación del artículo 37 del Reglamento de Régimen Interior al establecer para el personal reclamante la jornada normal de ocho horas y no la de siete a que se refiere el párrafo 2.º del citado artículo de ese Reglamento de fecha 25 de octubre de 1946, aprobado por el Director General del Trabajo de 8 de octubre de 1947, y esa cuestión corresponde a los organismos de Trabajo, según el artículo 71 del Reglamento Orgánico del Ministerio de fecha 18 de febrero de 1960, letras a) y f), por lo que no es aceptable la alegación de inadmisibilidad».

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.368).

«Nuestro Ordenamiento jurídico laboral consagra en ciertos casos una competencia concurrente y paralela cuando el problema tratado reviste dos aspectos sometidos a dos regulaciones, una la jurisdiccional y otra la administrativa»

B) *Acto inexistente.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.695. En el mismo sentido la de la Sala 1.^a, de 26 octubre, Ar., 5.171; la de la Sala 3.^a, de 25 de noviembre, Ar., 5.208; la de la Sala 5.^a, de 8 de noviembre, Ar., núm. 5.212).

«El carácter revisor de la Jurisdicción impediría que al socaire de impugnar el acuerdo se desplieguen otras pretensiones sobre las que la Administración no se pronunció.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 5.141).

«No puede otorgársele en esta vía jurisdiccional una cantidad mayor que la que reclama en el caso de que ésta sea inferior a la que se le reconozca, por oponerse ello a la naturaleza esencialmente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.»

C) *Acto presunto.**Naturaleza.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.615).

«El silencio administrativo de tal recurso se estima denegatorio en cuanto al fondo del asunto y no sobre las formalidades en punto a su interposición.»

D) *Suspensión de la ejecución.**Precisiones sobre la certeza e irreparabilidad del perjuicio que la ejecución causaría.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.362).

«Que ordenado, como consecuencia del acuerdo municipal recurrido, el desalojo de la finca de que se trata por los inquilinos y el traslado de los muebles y enseres que no sean retirados a los Almacenes de la Villa, a costa de los recurrentes, ello basta para acreditar la existencia de perjuicios en la ejecución inmediata del acuerdo recurrido.

Que es suficiente la mera dificultad de reparar el daño o perjuicio que pueda causar la ejecución de la resolución impugnada antes de decidirse definitivamente el recurso contencioso-administrativo contra la misma, en la hipótesis de que éste se resolviera favorablemente para los actores; y en el caso de autos

no será fácil para los recurrentes, en los que no son de suponer ni tiempo disponible ni conocimiento de las necesarias actividades burocráticas, gestionar y conseguir de la Corporación Municipal, sometida a ineludibles trámites y requisitos y a las formalidades que son consecuencia de las consignaciones presupuestarias y su contabilidad, la reparación de los daños y perjuicios aludidos.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.062).

«Aun cuando el perjuicio sea cierto, lo que puede parecer indudable, como lógica consecuencia del cierre, ello no implica la irreparabilidad como condición necesaria, ya que los daños o perjuicios serán siempre reclamables en la vía pertinente y en la cuantía exigible.»

E) *Nulidad.*

a) *Por defectos formales*

Doctrina restrictiva.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1965 (Ar. número 3.657).

«La falta del repetido informe—en el supuesto de no haberse evacuado—, no puede constituir el desprecio total y absoluto que, a los efectos conseguidos, requiere el precepto para la pervivencia del procedimiento, pues, a lo más, entraña el defecto la omisión de un trámite, que ni siquiera sería determinante de anulabilidad del acto administrativo controvertido en la litis, por cuanto el defecto no ha podido dar lugar a la indefensión del interesado, que ha recurrido contra aquél, con el favorable resultado que después se concretará.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 4.711).

«La tendencia a restringir las nulidades de actuaciones administrativas por defectos rituarios ha sido consagrada en los artículos 47 y 58 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, que la limita a los supuestos taxativos de carencia de los elementos precisos para producir la finalidad del acto o indefensión de los interesados.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 4.036).

«Ello no determina, en este caso, la nulidad de pleno derecho de la decisión de 28 de abril de 1962, ya que ésta no se dictó «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello», como requiere, para

que se dé el efecto de la nulidad de pleno derecho, del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

b) *Por desviación de poder.*

Concepto.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.744).

«No debe asimilarse el grave concepto de la desviación de poder toda interpretación supuestamente equivocada de determinadas normas, ni es dable atribuir, sin más, motivaciones o intenciones de utilización de facultades administrativas para finalidades distintas de las fundamentalmente señaladas por el Ordenamiento jurídico a los organismos públicos actuantes, entendiendo que éstos inspiran sus acuerdos en consideraciones ajenas al interés público de un buen servicio, en todas las hipótesis en que el proceder de tales organismos se entienda que no aplica acertadamente una norma; ya que ello sería extender desmesuradamente la figura de la desviación de poder.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.768).

«Tercer Considerando: Que apreciándose la incompetencia en la actuación de la Corporación es consecuencia natural de la misma que debió actuar, en su caso, la Obra Sindical del Hogar o los Organismos competentes, pero esto no quiere decir que hubiese suplantación de su personalidad, pues precisamente la incompetencia consiste en la actuación de un Organismo público cuando debía ser otro quien lo hiciese, ni que existiese manejo indebido de fondos, pues éstos estaban a disposición del Organismo que por considerarse competente los tenía en depósito, siendo en consecuencia de desestimar las peticiones de la demanda que a ello se encaminan, como asimismo la alegada desviación de poder por el mal uso que la Corporación hizo de su potestad, porque estimándose vicio de incompetencia es improcedente entrar a conocer de una cuestión que, como la desviación de poder significa, se ha de basar en que el acto sea formalmente correcto y que la Administración haya obrado dentro de los límites de su competencia, como fiscalización de la finalidad del acto, que aparentemente es conforme a derecho.»

F) *Revisión de oficio.*

a) *Doctrina de la irrevocabilidad.*

a') *Supuestos y consecuencias.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.742).

«Tal doctrina tiene como supuesto ineludible de aplicabilidad la existencia, de un lado, de un claro y preciso acto de creación, reconocimiento o declaración

de derechos en favor de un particular; y, de otro lado, un segundo acto administrativo que se oponga netamente al anterior, con el cual ha de tener una relación de contradicción u oposición».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.514).

«Cuarto Considerando: Que con independencia de los preceptos legales que en Derecho Administrativo regulan la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones pasivas y de las normas de transición de unos a otros Ordenamientos jurídicos, una cosa es cierta: que la Administración ha concedido, por actos firmes esas dos pensiones a la recurrente, y que como compatibles ha venido reconociéndolas y respetándolas a lo largo de más de cuarenta años; por lo que no le es lícito ahora desconocer una situación de Derecho que sólo podría impugnar por vía de lesividad, si estuviese, que no lo está, dentro del plazo legal en que la acción de lesividad puede ser ejercitada.»

b') *Excepción.*

Error de hecho.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.804).

«El principio del mantenimiento de los derechos reconocidos por la Administración del artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración no juega cuando se trata de rectificar errores de hecho, y más si éstos se han ocasionado como consecuencia de la omisión o desviación legal de los interesados que suministraron a la autoridad los datos determinantes de sus actos.»

b) *Anulación de oficio.*

Limites.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.643).

«Octavo Considerando: Que dicho escrito de 5 de abril de 1961, dirigido al Ministerio de Obras Públicas, pretende promover la anulación de oficio por la propia Administración del acto declarativo de derecho figurado en la Orden de 28 de febrero de 1952, pues no cabe duda que tal Orden, ampliando el casco urbano en el Municipio de Lérida, a efectos de transportes, originó un derecho subjetivo a favor de dicho municipio, por falta de audiencia de don Isidro M., supuesto, a efectos polémicos, que tuviere algún derecho a ser oído, con arreglo al artículo 57 del Decreto de 23 de abril de 1890 y al Decreto de 17 de mayo de 1946, a la sazón vigentes, promoción anulatoria que pudiera tener su

amparo en el artículo 110, núm. 2, de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, previa audiencia del Consejo de Estado, amén de que se requiere que el acto administrativo que se pretende anular sea manifiestamente ilegal —pues de no ser así, lo que no parece, se precisaría fuese impugnabile por lesión del interés público ante esta jurisdicción (art. citado, núm. 1)—, el apartado b) de dicho artículo 110, número 2, exige que no hayan transcurrido cuatro años, y el hecho es que desde el 28 de febrero de 1952, fecha de la Orden Ministerial anulada, el escrito de 5 de abril de 1961, enunciado, van transcurridos más de nueve años.»

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) *Interesados.*

a) *Necesidad de oírles en el expediente.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.480).

«Que la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, cuyo carácter de disposición, de general aplicación dentro del orden administrativo, se deriva del concepto general que en su título preliminar se consigna de que la Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de dicha Ley, siendo supletoria, además, de las que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones locales y de los Organismos autónomos, carácter de generalidad que también en su exposición de motivos de consignan, parte en su artículo 29 de que la acción administrativa se desarrolla con arreglo a las normas de economía, celeridad y eficacia que especifica, determinando en su artículo 40 que los actos administrativos se producirán por el Órgano competente mediante el procedimiento que en su caso estuviera establecido, y en relación con tales principios al determinar en el artículo 81 que la Administración desarrollara de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, en sus artículos 82 y 83 reconoce que los interesados podrán en cualquier momento del procedimiento, y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el Órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución, preceptos que lógicamente interpretados ponen de manifiesto la necesidad de poner en conocimiento de ellos el expediente que se tramita, independientemente del trámite de audiencia establecido en el artículo 91, y como en el caso presente no aparece en forma alguna que se notificase a don Servando F.A. el expediente iniciado por la petición formulada por don José C.E., en relación con la plaza de radiología de Pontevedra que le fué adjudicada mediante el oportuno concurso de los Servicios Sanitarios del Seguro Obligatorio de Enfermedad, es visto que el acto administrativo que se impugna del Ministerio de Trabajo y sus antecedentes de la Dirección General de Previsión, con independencia de la competencia con que puedan haber sido dictados, han adolecido de un total incumplimiento de trámite de notificación al inte-

resado de la existencia del expediente administrativo en el que han sido dictados los actos administrativos impugnados, ni se le dió vista para instrucción en la forma determinada en el artículo 91 del Reglamento de Procedimiento Administrativo, impidiéndole la alegación y presentación de los documentos y justificantes que estimase pertinentes para defensa de sus derechos, es evidente la indefensión que puede haberse producido al recurrente al omitirse por la Administración el cumplimiento de trámites tan fundamentales como los de referencia, en un expediente en el que en definitiva se ha llegado a dar de baja al interesado en el servicio sin su audiencia, todo lo que conlleva de manera inexorable a la declaración de anular los actos administrativos impugnados, declarando además la necesidad de que sea de nuevo tramitado el expediente promovido por don José C.E. en fecha 29 de marzo de 1963, a partir del momento en que iniciada la tramitación del expediente derivado de ella no se notificó la existencia a don Servando S.A., sin que sea de apreciar la existencia de temeridad o mala fe que haga procedente la imposición de costas.»

b) *Subsanación de defectos de sus actos.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1965 (Ar, número 4.006).

«Si bien no acompañó esta documentación cuando suscribió en el plazo que se le dió los deseos de ejercitar su preferente llamamiento, tampoco se le requirió a subsanar la omisión en diez días, con arreglo al artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que al remitir después los justificantes reglamentarios con el recurso de reposición salvó el defecto a tiempo de que surtieran efectos, puesto que lo principal, la manifestación de que se ejercitaba su preferencia la formuló dentro de los dos meses que se le fijaron.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1965 (Ar, número 3.100).

«Para que se produzcan los efectos jurídicos de naturaleza formal pretendidos por el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo es preciso que el escrito a que se refiere ese precepto sea el inicial del procedimiento—circunstancia que no concurre en aquél en que se interpone un recurso de alzada—y que, además de practicarse el requerimiento para que en el plazo de diez días se subsane la falta, se acuerde, cuando el requerimiento de subsanación no sea cumplido, el archivo de las actuaciones, acuerdo que por afectar esencialmente a sus derechos e intereses tendrá que ser obligatoriamente notificado al interesado, por ministerio del artículo 79, en la forma, dentro del plazo señalado y con observancia de todos y cada uno de los requisitos exigidos por el mismo.

Como el acuerdo de archivo de actuaciones, que es la consecuencia obligada que sigue al requerimiento y advertencia del artículo 71, no consta que se adoptase en el expediente administrativo y, desde luego, no se ha alegado ni probado que ese indispensable acuerdo de archivo fuese notificado al interesado, es obvio que aunque se requiriese al mismo para que subsanase el defecto de insuficiencia

de reintegro del escrito de 24 de marzo de 1960, la Administración infringió el Ordenamiento jurídico y concretamente el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al negarse a tramitar el recurso de alzada interpuesto por don Francisco B.L., fundando su resolución en que se había acordado el archivo de las actuaciones sin que este acuerdo conste en el expediente y sin que, en todo caso, se hubiese notificado al interesado.»

B) Ambito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.126).

«Si bien la Ley de Procedimiento Administrativo no es aplicable, en general, sin embargo el párrafo 3.º del artículo 1.º de esa Ley establece que el silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales, se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en los artículos 94 y 95 y en el título 5.º de esta Ley respectivamente.»

C) Notificaciones.

a) Al interesado representado.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.091).

«Una notificación hecha al interesado mismo, aunque éste tuviera prevenido un mandatario para suplirle, no sólo es tan útil como la que hubiere sido hecha al mandatario, sino más aún »

b) Doctrina sobre notificaciones erróneas.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.243).

«Se le advirtió que contra dicha resolución podía interponer el recurso contencioso-administrativo, induciéndose mediante tal notificación errónea, a la interposición del recurso jurisdiccional en vez del de reposición que procedía, error que no puede parar nunca en perjuicio de la parte.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.399).

«Alegada por el Abogado del Estado la inadmisibilidad del presente recurso, precisa afirmar, con relación a ella, que, en efecto, a partir de la vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, las resoluciones

de los Directores generales en materia de personal a ellos atribuida, entre otras, a tenor de su artículo 17, los nombramientos de funcionarios hechos conforme a facultades regladas, agotan la vía gubernativa según el artículo 36, número 4, de dicha Ley; por lo que, en el caso litigioso, el recurso de alzada ante el Ministro era improcedente, y este contencioso sería inadmisibile por extemporáneo, al no haberse interpuesto oportunamente contra el acto administrativo que causó estado; pero el problema, al haber utilizado el actor el camino equivocado que le señaló la Dirección General de Previsión en la notificación de su Acuerdo, desborda la posibilidad de estimar la alegada inadmisibilidad, ya que previamente la Sala, «ex officio», en su misión tuitiva del procedimiento ha de considerar una cuestión previa de fundamental importancia en este litigio: la de la validez o nulidad de lo actuado por consecuencia de aquella errónea notificación.

Que una reiterada jurisprudencia, de la que son expresión, entre otras, las sentencias citadas en los vistos (1) de la presente, viene manteniendo la recta doctrina de que el administrado no debe sufrir las consecuencias del error a que la Administración le induce en la elección de los recursos utilizables; el párrafo 2.º del artículo 79 de la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 impone al Órgano de la Administración la obligación de instruir, al notificar sus resoluciones, de los recursos contra ellas procedentes; obligación que la Ley establece para que la Administración instruya bien y acertadamente y no para que equivoque los caminos del derecho, utilizando después esa desviación del proceso para enervar las posibles acciones de los recurrentes; es por ello por lo que continuadamente viene esta Sala estimando como motivo de nulidad determinante de indefensión, al señalar en la notificación del acto administrativo recursos improcedentes, y por lo que estima ineludible, en el presente caso, declarar la nulidad de lo actuado en el expediente a partir de la errónea notificación.»

4. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS ILEGALES

A) *Vía administrativa.*

a) *Impugnación de actos basados en nulidad de disposiciones.*

Razón de ser de la especialidad impugnatoria.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.799).

«El párrafo 2.º del artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo tiene una clara razón de ser, cual es que cuando la reclamación que se intenta entablar por los interesados se funde en la ilegalidad de alguna disposición de carácter general en vez de acudir al Órgano que dictó un acuerdo basado en esa disposición de carácter general se acuda al que dictó ésta, ya que el recurso entablado ante el Órgano inferior no podía, lógicamente prosperar; pero eso no quiere decir que ese párrafo introduzca un recurso especial para

pedir en cualquier tiempo la nulidad de esa disposición por infringir otra de superior categoría, porque la ilegalidad de una disposición por ese motivo puede originar, de oficio o a instancia de parte, una declaración de nulidad, previo dictamen del Consejo de Estado, conforme a los artículos 110 y 111 de la citada Ley en relación con el 28 de la Ley de Régimen Jurídico; y de hecho es, en muchos casos, fundamento de los recursos administrativos o contencioso-administrativos que los interesados entablen »

b) *Revisión.*

Por violencia o coacción: requisitos.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.271).

«Dicha violencia o coacción no han sido declaradas por sentencia firme judicial, como exige el artículo 4.º del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

B) *Vía jurisdiccional contencioso-administrativa.*

a) *Legitimación de las partes.*

a') *Especialidades del recurso directo contra disposiciones generales.*

(Vid. 1, G), y

b') *Recurso indirecto contra ellas.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.069).

«Se está en el supuesto excepcional que prevé este precepto, del párrafo 3.º del artículo 39 de la Ley citada, dado que las normativas recurridas afectan individualizada y directamente a los accionistas, quienes, en forma automática, se verían privados de inmediato de parte de sus asignaciones de residencia, por lo que debe rechazarse la alegación de inadmisibilidad.»

c') *Principio del favor «actionis».*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.118).

«Si bien no puede desconocerse la distinción entre las dos personalidades: la jurídica o social del Cabildo y la individual de los ocho Ganaderos y Labradores demandantes, así como la circunstancia de que, siendo legalmente im-

posible que el Cabildo, como Órgano administrativo inferior, impugne decisiones de sus superiores jerárquicos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28, número 4.º de la Ley Jurisdiccional y 102 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 8 de enero de 1954, podría pensarse en que se trata de eludir esta prohibición legal con la actuación judicial de los ocho Labradores y Ganaderos demandantes, es preciso tener, sin embargo, en cuenta que el precepto contenido en la letra a) del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional y el concepto deliberadamente amplio, de «interés directo» a que en él se alude han de aplicarse con un criterio laso que, en situaciones dudosas evite el cerrar el acceso a la reclamación en vía contencioso-administrativa; y no parece, en este caso concreto, que en la resolución administrativa que puede afectar a la situación económica del Cabildo citado, dejen de estar directamente afectados algunos miembros de la Hermandad; y habida cuenta, además, de que la Administración admitió, tramitó y resolvió los recursos por dichos señores Labradores y Ganaderos presentados, y a ellos personalmente notificó la resolución hoy impugnada, no resulta procedente acceder a la alegación de inadmisibilidad.»

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.796).

«Cuando la personalidad y la legitimación se encuentran reconocidas por la Administración en el expediente, no puede negárselas al recurrente en el recurso contencioso-administrativo.»

d') *Supuesto de carencia de legitimación.*

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.229).

«Que es incontrovertido en esta litis que el 28 de febrero de 1958, en la concesión de línea de viajeros, que fué otorgada al demandante, de Alcalá la Real a Valdepeñas, de Jaén, se le impuso una prohibición de tráfico entre la primera población, empalme de Castillo de Locubín, puntos intermedios y viceversa, la cual Orden de concesión quedó consentida y firme.

Que, al convalidarse después la línea Córdoba-Granada a favor de la Sociedad personada aquí en concepto de parte demandada, resulta este itinerario con una prolongación o hijuela de permitida explotación y coincidente con la línea referida en el Considerando anterior, en el tramo donde quedó impuesta dicha prohibición de tráfico, sin que en este expediente convalidatorio acudiera a la información pública ni formulase oposición, en ningún momento procedimental, el actor. Y consintiendo también la Orden que le puso término, de 2 de enero de 1958, puesto que, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril siguiente, no se impugnó; y es, en escrito de 12 del mismo mes de 1962, es decir, cuatro años después, cuando se interpone contra la misma un recurso administrativo de revisión cuya Orden resolutoria motiva este proceso, impugnándose asimismo otro tácito, por lo que hay que entender confirmada la que autorizó el traspaso de la concesión de la sociedad adjudicataria a otra en la que ella quedó transformada.

Que a la vista de cuanto queda expuesto resulta evidente la falta de derecho lesionado y de interés en el demandante, lo cual determina su falta de legitimación activa para accionar tanto en vía gubernativa como en este recurso, en efecto, la ausencia de derecho subjetivo se deriva de aquella prohibición de tráfico que se le impuso en su concesión y que consintió, por lo que la coincidencia en este trayecto de otra explotación no supone la menor lesión para una patrimonialidad jurídica que no existe. Y con respecto al interés hay que tener en cuenta que según la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 23, éste ha de ser «legítimo, personal y directo», y, conforme a la reguladora de esta Jurisdicción, en el 28, se exige que sea «directo», requisitos que no se dan en el alegado, que como motivador de la postulada revisión primero y de este recurso después, ya que no puede estimarse como tal interés la impugnación hecha, según se dice, como medio de remover un obstáculo a fin de solicitar luego el levantamiento de la prohibición de tráfico que le fué impuesta en su día y de la que no protestó

Que aunque se admitiesen en este caso y para dicho interés los calificativos legalmente exigidos, no se puede olvidar que en la Orden que rechaza el recurso administrativo de revisión, se recuerda la necesidad de concurrencia de otro requisito referido en el Preámbulo y llevado al artículo 23 de su citada Ley procedimental para que el interés sea operante, cual es la personación en el expediente, y ya queda visto cómo esto no tuvo lugar, a pesar de la publicidad preceptiva que se dió al trámite de información pública.

Que la demostrada inexistencia de lesión jurídica y de afección de interés que apreció la Administración para rechazar la revisión ante ella interpuesta, al concretarse, y que también se da, por tanto, en el derivado acto presunto, por lo que se exige y dispone en el ya citado precepto de la Ley jurisdiccional para que pueda darse legitimación, hace procedente declarar la inadmisibilidad de este recurso, cual se interesa por las partes demandadas, con fundamento en el apartado b) del artículo 22 de la mencionada Ordenación legal, en el que se alude el accionamiento por quien no esté legitimado.

Que no se dan razones para una especial imposición de costas.

b) *Objeto del recurso.*

a') *Actos definitivos o de trámite.*

a") *Definitivo.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.099).

«La decisión que anula radical y absolutamente todas las actuaciones de una subasta, incluso el anuncio de la misma, no puede estimarse acto de mero trámite por el hecho de que se acuerde después proceder a otra subasta sobre el mismo objeto material; ni es exacta la asimilación de tal decisión anulatoria de todo lo actuado, con aquellas resoluciones en las que, acordándose una anulación parcial que afecta solamente a una parte defectuosa de la tramitación, se retrotrae ésta al momento anterior al defecto para continuarla; circunstancia que no se da, en este caso, en el que el expediente no vuelve

atrás ni continúa, ya que de él no queda nada y el que se iniciará después es otro expediente distinto; y por ello, respecto al primero, la resolución que totalmente lo anula es definitiva, y susceptible, por ende, de ser impugnada por vía contenciosa.»

b") *De trámite.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.609).

«Al declarar la Comisaría de Aguas su competencia, no resuelve, directa ni indirectamente el fondo de la cuestión, siendo realmente un acto de trámite que no paraliza el procedimiento ni impide su continuación.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.143).

«Se siguieron los procedimientos de apremio correspondientes, los cuales, por la resolución recurrida, se ordena suspender en el estado en que se hallen, sin que pudiera suspenderse también el aval bancario porque ya estaba constituido, y por tanto el acuerdo recurrido no es nada más que una medida precautoria o cautelar de mero trámite, que no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni pone término a la cuestión debatida en vía administrativa, ni impide su continuación.»

3

b') *Actos no excluidos por Ley.*

Actos de tipo militar.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.560).

«No puede acogerse la excepción de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, con base en el artículo 82, letra c), en relación con el 40, letra c), de la Ley Jurisdiccional, por los siguientes motivos: Primero, porque en el presente litigio no se discute la concesión de una recompensa militar, sino los derechos de tipo económico—pensión e indemnización dinerarias—derivados de tal concepción, cuya cuantía no es de apreciación discrecional, sino concretamente reglada en disposiciones administrativas, de aplicación revisable ante esta vía jurisdiccional; segundo, porque la Medalla de Sufrimientos por la Patria no se ha otorgado al recurrente por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas, como exige la letra c) del artículo 40 para que el acto quede excluido de la jurisdicción contenciosa, sino por lesiones accidentalmente causadas en acto de servicio; tercero, porque el literal contenido de dicho apartado c) del artículo 40 excluye de la Jurisdicción Contenciosa las Ordenes Ministeriales sobre ascensos y recompensas por méritos de guerra, concedidos

a «Jefes, Oficiales y Suboficiales». Pero no menciona las que se dan a Clases de Tropa, a las que el recurrente pertenece; literal contenido que no admite interpretaciones extensivas, siempre improcedentes cuando se aplican normas de excepción a la regla general, cuales son las contenidas en dicho artículo 40.»

c') *Actos consentidos o no consentidos.*

a'') *Consentidos.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.658).

«Segundo Considerando: Que el Decreto de 23 de febrero de 1961, base de la impugnación, se publicó por el Ministerio de Educación Nacional como consecuencia de la Ley de 12 de enero de 1915, que faculta al Ministerio de Hacienda para ceder al Ayuntamiento de Rosas (Gerona), el terreno y derruidas murallas de la ciudadela, declarándose incurso en el conjunto Histórico Artístico Nacional al formado por las ruinas del Monasterio de Santa María, la ciudadela y sus *glasis*, más una zona de terrenos que será delimitada por los técnicos del Servicio de defensa del Patrimonio Artístico Nacional, añadiéndose que la Corporación Municipal, así como los propietarios de los inmuebles y terrenos enclavados en el citado conjunto quedan obligados a la estricta observancia de las Leyes del Tesoro artístico. El Decreto, que fué publicado en el *B. O. E* el 8 de marzo del mismo año 1961, y no obstante dicha publicación sólo mereció a M. M. (S. A.) un ruego al Gobernador civil de la Provincia para que interpusiera sus buenos oficios cerca de la Dirección General de Bellas Artes y no tuviera efectividad la enunciada orden de suspensión de los trabajos urbanísticos de los terrenos de la ex ciudadela de Rodas, que venia realizando dicha empresa, interponiendo con fecha 7 de enero de 1963 recurso de reposición contra dicho Decreto, que fué denegado, dando lugar al presente recurso.

Tercer Considerando: Esto sentado resulta de todo punto incuestionable que la impugnación formulada de dicho Decreto careció de base legal para poder ser admitida y además oponer la nulidad que se pretende. El artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 dispone que los Decretos habrán de publicarse en el *B. O. del Estado* y entrarán en vigor conforme al artículo 1.º del Código civil, lo que constituye la forma general y solemne de notificación de tales actos administrativos y confirma la Ley de esta jurisdicción en el artículo 59, al decir que la notificación y publicación de las disposiciones generales, como lo son los Decretos Ministeriales, reunirán los requisitos exigidos por las disposiciones que resultan de su publicación, en este caso la citada Ley de Régimen Jurídico, de donde es evidente que al no merecer después de ser publicado objeción de clase alguna por parte de la Empresa actora, no obstante la afectación directa que sus disposiciones implicaban, dejando transcurrir con exceso los plazos legales para ser recurrido, ganó firmeza y se hizo inatacable de futuro, debiéndose por tanto rechazar la pretensión que en orden a su nulidad se postula ahora»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.566).

«Si bien en aquel momento no interesaba al actor recurrir contra la aludida Dirección General de Banca y Bolsa, al no hacerlo consintió el acto administrativo que pudiera tener trascendencia si se repetía el evento de que quedara sin poder alguno de Agente y Bolsa, y por tanto, a estos efectos debió de recurrirlo, aun cuando el problema a la sazón lo tuviera resuelto, y dándose tal caso, es decir, de perder tal apoderamiento por del señor M. y L. M., siendo la Orden recurrida reproducción de la del Ministerio de Hacienda de 15 de febrero de 1959, dictada en caso absolutamente análogo y que afectaba al recurrente señor S., es forzoso declarar inadmisibile su recurso»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.504).

«El acto referido había quedado ya firme y consentido por cuanto que el recurso de alzada no se ejerció dentro del plazo de quince días marcado por el artículo 122, número 4.º, de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, sin que a tal firmeza sea óbice la circunstancia posterior de que la Administración haya admitido y resuelto dicho recurso, al igual que la nueva alzada que se dedujo en relación con el acto del Centro directivo, pues como ya tiene declarado con reiteración la doctrina de este Tribunal, no puede admitirse que una indebida y ulterior actuación administrativa puede convalidar lo que la Ley no autoriza».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar. número 4.194).

«La resolución recurrida no es más que la consecuencia, aplicación y ejecución de otras anteriores definitivas y firmes por consentimiento del recurrente, ya que éste consintió, al no interponer recurso alguno la denegación del ascenso solicitado a Brigada, así como cuando posteriormente fué ascendido, en el año 1963, con antigüedad de marzo de 1962, no recurrió la Orden por la que se le concedió tal antigüedad, pero no la efectividad en el empleo, que pretendió más tarde, y cuya denegación tácita por silencio administrativo tampoco fué recurrida, y una vez consentidas tales órdenes todo lo posterior —denegación de su ascenso a Teniente por no contar con dos años de efectividad como Brigada y retiro con esta última categoría—, no es sino consecuencia, confirmación y ejecución de lo anteriormente consentido.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.100).

«Consentido como quedó el acuerdo de 2 de noviembre de 1957, fijador del canon, su cobro periódico no representa nuevo acto recurrible, a tenor del artículo 37 de la Ley Jurisdiccional, sino simple ejecución del firme y defini-

tivo de que se hace mérito, a la vez que de la Orden también aludida de 4 de julio de 1958, que igualmente se consintió y que por tanto subsisten mientras no cambien las situaciones de hecho y jurídicas creadas, alteración que no es dable obtener acudiendo a provocar nuevas decisiones de la Administración con asiento en lo que ya alcanzó en ésta la debida contemplación cuando recayó el primitivo acuerdo»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.922).

«El señor A. Z. supo y consintió en ello, que el proyecto trazado del chaflán indicado cortaba parte de la finca "Iturrizarra", de la cual era arrendatario, y asentado esto no es admisible que pueda ahora el titular del derecho de crédito aludido impugnar la decisión municipal, que fundamentalmente se limita a aprobar cómo ha de ser el bordillo de la acera y el hormigón, asfalto y demás materiales a emplear en la realización de la obra ya aprobada; o sea, una decisión administrativa ejecutiva de la de 1943, que señala simplemente los datos necesarios para que los concurrentes al oportuno concursillo, técnicos distintos de los actores del proyecto, ejecuten las obras con un presupuesto de 57.943,06 pesetas.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.922).

«Tampoco se contrarresta con la alusión, recogida en la Sentencia apelada, de que los extremos del chaflán mencionado se concibiesen en 1943, curvos, y actualmente como aristas en ángulo; pues este detalle, como el de la diferencia de dos centímetros entre las flechas correspondientes en el centro del chaflán, no implican variación fundamental, constituyendo, según el dictamen pericial que obra en autos, de los Arquitectos señores A. S. y L. una «diferencia» que es inapreciable y no afecta al proyecto; y que, por lo mismo, no puede justificar el que para la aplicación de la norma procesal del mencionado artículo 40, a), el acuerdo municipal hoy recurrido no sea estimado como confirmatorio del del Ayuntamiento de 1943.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.851).

«Si el Ministerio de Trabajo anuló las primitivas actas dirigidas contra la «C. H. de P., S. A.», por entender que tenía que dirigirse la acción contra sus Delegados, es en aquel procedimiento donde debió suscitarse la cuestión, utilizando contra la resolución ministerial los oportunos recursos, pero consentida aquélla mal puede hoy plantearla en este recurso, que no puede tener más alcance que revisar los actos de la Administración que no hubieren alcanzado el carácter de firmes.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.396).

«Interpuesto por el interesado recurso de alzada contra la resolución que le destituyó del cargo de Secretario del Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca (Alava) el 25 de septiembre de 1962, sin que en el transcurso de tres meses se hubiera dictado resolución expresa, quedó tácitamente desestimado el 25 de diciembre del propio año, a partir de cuya fecha sólo cabía la interposición del recurso de reposición con carácter potestativo dentro del plazo de mes, o acudir directamente a la vía contenciosa, ninguna de cuyas dos cosas realizó el interesado. Y como la resolución expresa que más tarde confirmó primero la tácita y después el recurso de reposición que interpuso fuera de plazo no hicieron más que confirmar tales acuerdos, firmes y definitivos por no recurridos en tiempo y forma, es visto que por imperio de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional ha de ser declarada la inadmisibilidad del recurso.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 2.986).

«Que no es óbice a la inadmisibilidad que se alega la ampliación de los recursos hecha posteriormente contra los actos administrativos expresos que desestimaron los recursos de reposición, ya que al ser éstos confirmatorios del acto anterior no le privaron de su firmeza y fueron mera reproducción del mismo, que ya quedó consentido al no ser recurrido en tiempo hábil.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.425).

«Dicho acto administrativo adquirió firmeza y está fuera del término legal el escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo formulado en 24 de octubre siguiente, sin que sea óbice a esta conclusión que el interesado formulase un nuevo escrito de reposición ante la Autoridad administrativa, contra la resolución de la anterior reposición, ya que no pueden entablarse dos escritos de reposición en un mismo asunto; y aun aceptando hipotéticamente, como ahora pretende el actor, que su escrito de 16 de marzo solicitando se modificase la resolución ministerial de 26 de febrero anterior, no se estimase como escrito de reposición, sino como nueva petición, también habría de llegarse forzosamente a la misma conclusión de inadmisibilidad de este recurso, porque entonces, al no ser recurrida la resolución de 26 de febrero de 1964, habría éste quedado firme y las resoluciones provocadas por la instancia de 16 de marzo y el posterior escrito de reposición no serían sino confirmación y reproducción de otra firme y consentida y la inadmisión del recurso vendría entonces impuesta por lo preceptuado en el apartado c) del artículo 82, en relación con el 40, número 1.º, ambos de la Ley reguladora de esta Jurisdicción»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3 027).

«Siguió un camino equivocado formulando, en 4 de junio siguiente, recurso de reposición, que con arreglo al artículo 126 de dicha Ley procesal y el 52 y siguientes del texto jurisdiccional citado sólo puede ser utilizado, tanto preceptiva como facultativamente, como previo al contencioso-administrativo, una vez agotada la vía administrativa, dando lugar con la presentación del indicado recurso improcedente a que el de alzada, que posteriormente ejercitó, lo fuera después de transcurrido el plazo de quince días que para la interposición del mismo establece el mentado artículo 122, pues aun cuando se comience a contar desde el día 4 de junio, en que ya figura enterada la demandante de la denegación de la prórroga de licencia contra la que formulaba la petición de reposición, como quiera que los quince días hábiles se cumplan el 22 del propio mes de junio es visto que el recurso de alzada, fechado en 25 siguiente y presentado el 23 del mismo mes, queda fuera del expresado plazo, sin que a ello se oponga la circunstancia de haberse tramitado el recurso de reposición, porque, como ya tiene declarado con repetición este Tribunal, el ejercicio de un recurso improcedente no interrumpe el plazo señalado por la Ley para la presentación del recurso adecuado.

Que la consecuencia necesaria que de lo anteriormente expuesto se deriva no puede ser otra que apreciar la firmeza del acuerdo de la Comisión Permanente de Educación Primaria que se deja anotado y por consiguiente estimar que tanto el acuerdo resolutorio del recurso de reposición como la reposición de la Dirección General de Enseñanza Primaria, que aquí se impugna, constituyen actos reproductores del primero de los acuerdos mencionados y exceptuados del recurso jurisdiccional, a tenor del artículo 40, número 1.º, de la invocada Ley rectora de la Jurisdicción; lo que demuestra la procedencia de acoger la excepción de inadmisibilidad del recurso de que se hace mérito y de abstenerse de entrar a resolver acerca del fondo de la cuestión debatida en este litigio.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.049).

«Habiendo pasado a la situación de retirado, por cumplimiento de la edad reglamentaria, en 17 de julio de 1947, don Guillermo R. L., como Comandante de Infantería, tal declaración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878, que determina que las situaciones de licenciado absoluto y retirado son definitivas y ninguno que las obtenga podrá volver al servicio activo en tiempo de paz, precepto que aplicado al caso que se debate implica forzosamente el carácter de definitivo y firme del acto declaratorio de su retiro, dado que no aparece ni se alega que fuera recurrido en tiempo y forma, y por ello los actos administrativos son dictados como consecuencia de las peticiones deducidas por el interesado al amparo de la Ley reguladora del derecho de petición y del Decreto que creó en el Ministerio del Ejército una Comisión para el estudio de diversas cuestiones del personal, no han hecho más que repro-

ducir el acto definitivo y firme de su retiro, motivando con ello la procedencia de declarar la inadmisibilidad del mismo, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional en relación con la letra a) del artículo 40 de la misma Ley, de conformidad con la petición deducida por el representante de la Administración impidiendo tal circunstancia al entrar a conocer el fondo del asunto.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.508).

«Que planteada por el defensor de la Administración la causa de inadmisibilidad del presente recurso, fundado en el apartado c) del artículo 82, en relación con el apartado a) del 40, ambos de la Ley reguladora de esta jurisdicción contencioso-administrativa basándose en que el acuerdo recaído es reproducción y consecuencia de otros anteriores, firmes y consentidos, es ineludible el examen de la referida causa, antes de entrar en el último, y a este respecto aparece en primer lugar que la Orden de 1 de marzo de 1963, dictada por el Ministerio de la Gobernación, en virtud de las facultades concedidas que convalidó las tasas de este Departamento, determinó ya de un modo ineludible, tanto en su articulado como en el anexo 2.º de la misma, los módulos con arreglo a los cuales habrían de distribuirse las tasas entre los diversos grupos de funcionarios, expresándose, por consiguiente, los que se asignaban a quienes como el recurrente tenían la denominación de Técnicos Administrativos, que resultaban encuadrados, según fueran o no Jefes de Sección, entre los grupos quinto o sexto, respectivamente, ninguna duda, pues, podía albergarse sobre el particular y por ello aparece como evidente que al no haber recurrido el hoy recurrente la disposición ministerial contemplada, consintió las disposiciones que devinieron en firmes y por tanto la resolución aquí recurrida no es sino una reproducción de aquel Acuerdo y por tanto irrecurrible.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.508).

«Segundo Considerando: Que además de la razón expuesta en el anterior Considerando para llevar el ánimo a la estimación de la causa de inadmisibilidad apuntada, presenta esta otra vertiente que conduce igualmente a adoptar la resolución indicada, puesto que refuerza los argumentos en pro de la misma, cual es la apreciación a que indudablemente debe llegarse de que aún cuando hubiera sido procedente la petición que elevó el interesado en 7 de agosto de 1963, o la Dirección General de Sanidad, solicitando su inclusión en el grupo tercero, es no menos cierto que la resolución de dicho Centro de 27 de septiembre de 1963 causó estado y agotó la vía gubernativa por ser relativo a personal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, sin que, por tanto, procediera contra ella otro recurso que el contencioso-administrativo, previo el de reposición o el perteneciente ante la Inspección Central de Tasas del Ministerio, según se le hizo saber al notificársele, con lo que al uti-

lizar otra vía el interesado dió lugar a la firmeza de la resolución expresada, y al ser las posteriores confirmaciones de la misma, a la inadmisibilidad del presente recurso por la misma causa.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.119).

«Es preciso tener en cuenta el precepto del artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual, transcurridos tres meses desde la interposición de la alzada sin que se notifique su resolución se entenderá desestimada y quedará expedita la vía procedente, que por quedar con ello agotada la administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, número 4.º, en relación con el artículo 17 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al tratarse del Director General y de materia relativa a personal no es otra que la jurisdiccional contencioso-administrativa, y el plazo para acudir ante ésta es, según el número 3.º del artículo 57 de la Ley jurisdiccional, en concordancia con la indicada norma del 125 de la de Procedimiento Administrativo, el de dos meses a partir del transcurso de los tres meses de la alzada sin que se notificase su resolución, o sea, desde el 4 de agosto de 1962, quedando, por tanto, cumplido el 2 de octubre de 1962, pues no se trata, según antes queda puntualizado, del supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, toda vez que no es impugnación de un acto presunto en virtud de silencio administrativo regulado en el artículo 38 de esta última Ley, y por ello de aplicación al cómputo del plazo de la regla contenida en el número 4.º del 58, o sea, de un año desde el día siguiente al en que se entienda desestimada la petición, como señala el representante de la Administración, sino de impugnar no la desestimación de la petición, sino la resolución tácita desestimatoria de la alzada.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3 076).

«La resolución de 22 de junio de 1962 referente a personal puso fin a la vía administrativa, conforme al artículo 36, número 4 de la Ley de Régimen Jurídico, en relación con el artículo 17 de la misma, y como el demandante interpuso contra la misma un recurso de alzada improcedente, ya que contra tal resolución debió interponerse el recurso contencioso-administrativo, previa reposición, resulta ahora inadmisibile el presente recurso, ya se considere ésta fuera del plazo de dos meses del párrafo 1.º del artículo 58 de la Ley Jurisdiccional, o bien se estime que el acto recurrido es reproducción de la resolución de 22 de junio de 1962, contra la que no se ejercitó el recurso procedente, y la inadmisibilidad está comprendida en el apartado a) del artículo 40, en relación todo ello con el artículo 82, letras c), e), f), de dicha Ley Jurisdiccional, debiendo ser estimadas las alegaciones en tal sentido del Abogado del Estado y demás demandados.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.771).

«Tercer Considerando: Que es doctrina establecida en muchas sentencias de este Tribunal, entre otras las de 14 de noviembre y 14 y 6 de diciembre de 1963, que nadie puede ir contra sus actos propios, y habiéndose consentido por la Sociedad recurrente la resolución en que se establece para las dos secciones expresadas una sola Comisión con un solo porcentaje del 25 por 100, no cabe ahora hacer esta distinción que pretende cierto, por lo que la expresada resolución de 1958 ha de estimarse consentida y determinante de derecho subjetivos para los trabajadores en cuanto a la manera de constituirse el fondo y la cantidad fijada, y tratándose de una resolución firme y consentida es aceptable la alegación de inadmisibilidad formulada por el Abogado del Estado, de acuerdo con los artículos 40 a) y 82 c), de la Ley Jurisdiccional, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.363).

«Procede declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, con base en el apartado c) del mencionado artículo 82, en relación con el 40, apartado a), del propio Ordenamiento legal, por cuanto el expediente administrativo revela que por resolución de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, de 30 de abril de 1960, se aprobó la fijación del canon propuesto por la Jefatura de la Quinta Región para el caso de que Cooperativa Oleícola «La Loperana» no realizara en el plazo de dos meses la instalación de los dispositivos depuradores de los vertimientos residuales, haciéndose saber a dicha Empresa que contra aquella resolución cabía recurso de alzada en término de quince días hábiles ante el Ministerio de Agricultura, y que de no recurrir ni llevar a efectos tales medidas depuradoras quedaría impuesto tácitamente el canon anual de 11.584,60 pesetas; y como quiera que no se interpuso el recurso jerárquico ni se procedió a depurar los vertimientos, sino que se reclamó extemporáneamente contra la legalidad y procedencia del canon, dando lugar a que la Dirección General dictase en 4 de febrero de 1963 nueva resolución desestimatoria de tal petición, que confirmó en trámite de segunda alzada la Ministerial objeto del presente recurso, es visto que esta última, al igual que la confirmada, no hacen sino reproducir el acto anterior definitivo y firme de 30 de abril de 1960, aprobatorio de la propuesta de imposición del canon y que la Empresa consintió al no recurrirlo en tiempo y forma»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.397).

«Las resoluciones objeto de este recurso que desestiman las reclamaciones contra los escalafones vienen a ser reproducción de las Ordenes de readmisión expresadas, pues los demandantes, en definitiva, lo que pretenden ahora es que se las coloque en el escalafón como si no hubiesen sido separados

del servicio, cosa imposible mientras están en vigor las Ordenes de readmisión disponiendo que no se compute a ningún efecto el tiempo de separación, como se sostiene en Sentencia de 17 de marzo último.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.030).

«El acto que aquí se impugna constituye verdadera reproducción de los acuerdos de la Junta de Tasas antes mencionados que fijaron el porcentaje que había de regir para las gratificaciones a los Peritos Agrícolas del S. O. I. V. R. E., toda vez que en uno y otro se denegaron las peticiones de mejora por ellos deducidas y se regularon las gratificaciones en el acto recurrido en cuantía coincidente con la establecida en 1961, que hubo de quedar firme y consentida, según se deja dicho; en consecuencia de lo cual resulta obligado estimar la inadmisibilidad de los recursos que con carácter preferente se excepciona por el representante de la Administración en su escrito de contestación a la demanda, amparándose en el artículo 82, caso c), en relación con el artículo 40, ambos de la Ley rectora de la Jurisdicción, cuya inadmisibilidad afecta tanto a los presentados por recurrentes que se hallaban prestando servicio cuando recayeron los actos firmes y definitivos, como a los deducidos, por los que han comenzado a prestarlos con posterioridad, habida cuenta del carácter de normas reguladoras de la materia que aquéllos actos tenían y de que una vez definitivos y subsistentes no pueden quedar a merced de ulteriores impugnaciones de quienes cuando se causaron aquéllos carecían de legitimación para ello.»

b") No consentidos.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.768).

«Primer Considerando: Que la excepción del acto, reproducido o confirmatorio, debe examinarse con cautela, para no dar lugar con ello a la indefensión de los administradores ante cualquier hecho anterior, que, naturalmente, siempre existen en los expedientes administrativos, debiendo distinguirse claramente lo que son simples antecedentes del acto administrativo y lo que constituyen actos anteriores consentidos y después reproducidos por el acto impugnado, lo que es de plena aplicación al caso, puesto que citándose como acto anterior una reunión del Alcalde con los beneficiarios del grupo de Viviendas de rentas limitadas, promovida por la Obra Sindical del Hogar, donde se les comunicó que se les giraría por el Ayuntamiento el coste individual de obras efectuadas fuera del presupuesto de las viviendas y, por tanto, a su cargo, es indudable que un acto de esta naturaleza no reúne ninguno de los requisitos de validez exigibles a la Corporación y no tiene trascendencia para enervar la impugnación de la liquidación anunciada, ni menos aún puede tenerlo las actuaciones del Organismo de la Vivienda, que se pronunciaron sobre peticiones diversas de la articulada en el recurso, ya que con ellas se trataba sobre la procedencia del pago de las obras extrapresupuestarias, pero nada se indicaba sobre la competencia municipal para

exigirlas, actos todos éstos que no pueden tener la virtualidad del artículo 40 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción en relación con actos anteriores válidos y consentidos.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.550).

«No puede acogerse la excepción de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado con base en la letra c) del artículo 82 en relación con la a) del artículo 40 de la Ley Jurisdiccional, toda vez que los anteriores pronunciamientos administrativos recayeron en expedientes de señalamiento de haber pasivo por causa del retiro militar, y lo que actualmente se enjuicia es un proceso de actualización regulado en la Ley posterior a las que regían cuando aquellos actos tuvieron lugar, lo que supone una situación de derecho nueva, que ha de contemplarse a la luz de las nuevas normas específicamente dictadas para revisar, en lo revisable, aquellos actos de la Administración »

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar, número 4.227).

«No se impugna la convocatoria del concurso para proveer las plazas de los Ministerios y Organos que señalaba, de conformidad con el Decreto de 22 de julio de 1958, que desarrolló la Ley de 17 del mismo mes y año, sino las consecuencias de la provisión de una de las plazas, en relación con la Confederación Hidrográfica del Segura, en cuanto tal nombramiento pueda representar una dependencia del recurrente de la persona nombrada, de lo que no puede derivarse que sea extemporánea la petición formulada en relación con la convocatoria efectuada, ya que el contenido de los hechos administrativos de referencia son distintos, y por ello la firmeza del primero no puede motivar la imposibilidad legal de su impugnación en cuanto al segundo.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.517).

«La Resolución de 21 de marzo, y la posterior de abril de 1962, fueron dictadas respectivamente aquéllas como consecuencia de expediente de rehabilitación o «relief», mandado instruir por el Ministerio de Marina, por no haber efectuado el interesado su presentación a las Autoridades Nacionales, al terminar la Campaña de Liberación, y si bien fué su origen la petición del acto de que se le concediese el retiro, no resolvió claramente sobre esta cuestión, sino que dispuso no otorgarle la rehabilitación, y la segunda baja en la Armada con carácter definitivo del Auxiliar 2.º don Hermenegildo R., "pero sin hacer mención alguna, como tampoco lo hizo la anterior de 28 de mayo de 1944, a la situación en que quedaba el interesado, ya que si bien la baja en la Armada, acordada, implica el alejamiento definitivo del servicio, no contiene pronunciamiento alguno sobre la nueva posición administrativa del funcionario en cuanto a los derechos pasivos adquiridos", según el informe emitido por el Fiscal Togado del

Consejo Supremo de Justicia Militar, base de la resolución de éste, lo que indica de modo evidente que ni el Ministerio había determinado concretamente sobre la cuestión planteada, ni su resolución era tenida por definitiva, puesto que indicaba que procedía que la Administración formulase la oportuna aclaración en relación con la situación de retirado del funcionario de que se trata; no se contraen, por tanto, las citadas Resoluciones ministeriales, a las mismas cuestiones que la que es objeto de la posterior Resolución de 9 de mayo de 1964, y por tanto, ésta no puede ser reproducción de lo resuelto por las anteriores, y, en consecuencia, no es procedente aceptar la inadmisibilidad del presente recurso, por la causa alegada.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.804).

«Falta la base del previo consentimiento del acto, que origine el otro confirmatorio, al que se limite el ejercicio de las acciones de los administrados o interesados.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.758).

«Cuando el Arquitecto de la Zona comprobó que el monumento histórico-artístico de Castro de Ebiña se estaban construyendo obras en la necrópolis del mismo, dió cuenta del hecho a la Dirección General de Bellas Artes y también al Gobernador civil, quien se limitó a ordenar, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 13 de mayo de 1933, la suspensión de las obras, mas como quiera que la protección de estos monumentos está encomendada exclusivamente a la Dirección General de Bellas Artes, según dispone el artículo 18 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Tesoro Nacional, de 16 de abril de 1936, es la Resolución de dicho Centro la única que pudo ser recurrida, como efectivamente se recurrió, y, por tanto, no puede estimarse que el mandato del Gobernador civil pueda ser acto consentido, cuando el Reglamento citado encomienda la tutela y protección de estos monumentos artísticos a la Dirección General de Bellas Artes y no al Gobernador civil, por lo cual debe rechazarse la causa de inadmisibilidad propuesta y entrar a resolver el fondo del asunto.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.394).

«La Orden de 15 de marzo de 1962, que resolvió el concurso convocado para proveer la plaza de Interventor de fondos del Ayuntamiento de Barcelona, no es reproducción de otro acto anterior consentido y firme, puesto que se contrajo a nombrar para dicha plaza a otro concursante, y el anterior que se invoca consistió en denegar al recurrente su derecho a concursar, y tampoco es, por consiguiente, confirmatorio de este acuerdo, siquiera guarde conexión con el mismo, y, por tanto, al no darse enteramente el supuesto que contempla el artículo 40 de la Ley, no puede afirmarse que este acto posterior, aquí recurrido, no

fuera susceptible de impugnación, a tenor del capítulo I del título 3.º de la misma Ley.»

c) *Diligencias preliminares.*

Reposición.

a') *Inexistencia.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3394).

«Al faltar el recurso de reposición previo requerido al efecto, pues al ser inadmisile es como si no existiera, se da el caso de inadmisibilidad del contencioso-administrativo, por faltar el preceptivo del previo de reposición, previsto en el apartado e) del artículo 82 de la mencionada Ley.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 5.138).

«La simple devolución del dicho recurso de reposición, no implica la resolución del mismo, ni siquiera por silencio administrativo.»

b') *Reiteración ilegal.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.505).

«En vez de ejercitarse el recurso contencioso-administrativo procedente, se acudió a un nuevo recurso de reposición, que de ningún modo permite el número 3.º del artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo causa el segundo recurso de reposición que se haya interpuesto el presente contencioso-administrativo fuera del plazo de dos meses que preceptúa el artículo 58, párrafo 1.º de la expresada Ley Jurisdiccional.»

c') *Resolución tardía.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.777).

«Esta Comisión interpuso contra el mismo el previo recurso de reposición que prevé el artículo 52 de la Ley de Jurisdicción, con fecha de 28 de junio del mismo año, recurso que no fué resuelto expresamente y, por tanto, no opera para la interposición del contencioso-administrativo el plazo de dos meses que señala el número 1.º del artículo 58 de esta Ley, sino el de un año, a partir de la interposición de dicho recurso de reposición, según se previene en el número 2.º del

expresado artículo, por lo que aquél se encuentra interpuesto dentro de plazo legal, sin que aello se oponga el haberle entablado contra la resolución expresa, pues ya en el escrito inicial se hizo referencia al de reposición, resuelto por silencio administrativo, pero es que además se podía entablar el contencioso-administrativo, indistintamente, sobre el acuerdo expreso o sobre el denegatorio de la reposición, según autoriza el artículo 55, por lo que es de desestimar la excepción y entrar a la resolución de la cuestión del fondo planteada.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1965 (Ar, número 3.035).

«Cuando la Administración, al resolver el recurso de reposición de manera expresa, dicta nuevo acto reformando el anterior, queda éste desvirtuado y carente de contenido, puesto que es el nuevo el que cobra vigencia, mientras no se declare su ilicitud mediante la necesaria impugnación como consecuencia de su disconformidad de fondo en el Ordenamiento Jurídico, en vigor o por no estar causado en tiempo y forma.

Que sentado el criterio precedente y como en el caso a resolver, se ha formulado el recurso jurisdiccional contra la denegación presunta del recurso de reposición interpuesto frente a la Orden del Ministerio de la Vivienda de 4 de noviembre de 1961, la que ha sido dejada sin efecto mediante el acto expreso de 10 de junio de 1963, que modificó el justiprecio de las parcelas, elevándolo hasta la cantidad de 249.150,37 pesetas, sin que contra el mismo se haya producido impugnación directa alguna, ni se haya ampliado el presente recurso utilizando el medio procesal que concede el artículo 46 de la invocada Ley, no obstante haber tenido conocimiento el actor del mencionado acto expreso con bastante antelación el traslado que se le confirió para formalizar la demanda, es visto que—con independencia del problema que en la contestación a la demanda se apunta en relación con la posible ilicitud del nuevo acto por extemporáneo, cuya cuestión no puede ser tratada en la presente resolución, por cuanto no se ha producido la impugnación que la Ley exige—la repetida Orden ministerial de 4 de noviembre de 1961 ha perdido las condiciones de impugnabilidad necesaria para resolver acerca de su licitud y, por consiguiente, resulta procedente declarar la inadmisibilidad del recurso, que con carácter preferente se alega por el representante de la Administración en la contestación de la demanda con fundamento en lo que previene el artículo 82 de la mentada Ley de Jurisdicción.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1965 (Ar, número 3.133).

«Partiendo de esta realidad de la inexistencia de la Orden ministerial recurrida por virtud de su posterior revocación, es evidente que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46 de la propia Ley reguladora, y puesto que se hallaba el recurrente precisamente en las circunstancias previstas en el mismo, aun no había formalizado la demanda y se había dictado por la Administración un acto, como es la Orden de 15 de marzo de 1963, que guardaba relación con el que es objeto de este recurso, como que modificaba el valor de una finca comprendida en éste, podía haber ampliado el recurso entablado contra la primera

Orden, a la nueva, pero ello tenía que ser en el plazo que señala el artículo 58, o sea, dentro de los dos meses siguientes a la notificación de dicha nueva resolución, sin que se exija, pues ello no lo expresa la Ley, que esta ampliación deba ser hecha en el mismo escrito de la demanda o en otro aparte, lo esencial es, en efecto, ampliar en forma el recurso y dentro del plazo expresado, para lo cual no es preciso formular nuevo recurso de reposición, a tenor del artículo 55 para este caso concreto de un acto administrativo que reforme en virtud de recurso de reposición otro anterior impugnado; por estas razones, es inconcuso que aun cuando en la notificación de la Orden de 15 de marzo se dijese al actor que contra ella podía interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, condicionándolo a que no hubiese transcurrido un año desde la interposición del de reposición que resolvía, pues siempre ha de entenderse que no se trataba de un recurso independiente del que ya tenía interpuesto, sino que se trataba de una ampliación del mismo que había de llevarse a cabo en la forma expuesta, según las disposiciones legales citadas, cuyo alcance y significación no cabe admitir, puedan ser desvirtuados por interpretaciones que conduzcan al absurdo, puesto que de otra forma la Orden Ministerial contemplada sería de imposible impugnación; hay que relacionarla indudablemente con la primitiva que vino a modificar, y entender que la única manera de hacerlo es ampliando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra ésta.

Que la facultad de la Administración, para resolver el recurso de reposición "interpuesto contra cualquier acto anterior de la misma, aun pasado el plazo de un año, a contar desde la interposición de aquél", es fuerza reconocer que no puede ser negada, y ello, en primer lugar, porque no se encuentra prohibida absolutamente por ninguna disposición legal, y además porque tal prohibición se hallaría en abierta contradicción con lo que ordena el número 2.º del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, y ello es lógico que así sea, pues la doctrina del silencio administrativo no puede ser conceptuada, como declara la Exposición de Motivos de la Ley reguladora Jurisdiccional, "como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado"; esta doctrina no tiene, pues, otro objeto que el de facilitar el acceso a esta Jurisdicción, al dar a los interesados la posibilidad de optar por esperar a que se dicte la resolución expresa e impugnar una denegación presunta, pero si se escoge este camino, ello no puede implicar que no sea necesario impugnar también la resolución expresa, si llega después a dictarse, pues medios da la Ley para ello, como ha quedado expuesto en el considerando anterior, pues es innegable que si la Administración puede y aun tiene el deber de dictar la resolución expresa, para que ésta sea privada de validez y eficacia, será necesario, en todo caso, impugnarla y someterla a la condigna revisión jurisdiccional, por todas cuyas razones, y, en definitiva, debe concluirse que procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso en cuanto a la finca número 526, por no haber sido recurrida en forma la Orden de 15 de marzo de 1963, que ha resuelto la cuestión de valoración de la misma.»

d) *Interposición.*

Cómputo del plazo.

a') *Momento inicial.*

Tras recurso de alzada no resuelto expresamente.

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.073).

«Pasados tres meses sin dictarse resolución, se entendió desestimado dicho recurso, a tenor del artículo 125 de la expresada Ley de Procedimiento, agotándose la vía gubernativa, de acuerdo con el 125 de la de Procedimiento Administrativo, es decir, en septiembre de 1962 terminaba la vía administrativa, y el plazo de un año señalado en el 58 de la Ley de nuestra Jurisdicción se había de contar a partir del siguiente día, o sea, del 7 de septiembre, y como el recurso se interpuso el 5 de septiembre del siguiente año 1963, fué interpuesto dentro del año »

b') *Momento final.*

Prórroga del plazo.

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.059).

«Hay que examinar si el artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su alusión a que el último día de plazo sea festivo invocada por el recurrente, debe de ser aplicado en este caso; aplicación que la doctrina sentada por esta Sala ha denegado en casos análogos, en base a los siguientes razonamientos: primero, que la vigencia supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecida en la disposición adicional 6.ª de la Ley Jurisdiccional, no puede extenderse al señalamiento de término del que no puede afirmarse que sea "no previsto" en ésta, sino que está claramente fijado en ella, y es tan importante y tan específico de su esfera de eficacia, como que es el señalamiento del plazo de acceso a la vía contencioso-administrativa, es decir, del plazo en el cual está viva la acción ante esta Jurisdicción; segundo, que no es dable aplicar una prórroga—"se entenderá prorrogado", dice el artículo invocado de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, a este fundamental plazo, establecido en una Ley, cuyo artículo 121 declara los plazos improrrogables, y que una vez transcurridos, se tendrá por caducado el derecho; tercero, que el criterio de la Ley Jurisdiccional, en cuanto a este término concretamente, se revela de modo ostensible en el número 2.º del mismo artículo 121, al establecer que incluso corra durante las vacaciones de verano, y cuarto, que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que los plazos de esta clase, en los que entra en juego la prescripción extintiva, del *ius actionis*, afectan al buen funcionamiento del ordenamiento jurídico, y son por ello de estricta y rigurosa observancia.»

d) *Documentos que hay que acompañar.*

Prueba del pago de cantidades liquidadas en favor de la Hacienda.

a') *Requisito cumplido.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1965 (Ar., número 2.662).

«El Abogado del Estado alegó la inadmisibilidad del recurso fundándose en el apartado e) del párrafo 2.º del artículo 57 de la Ley, por no haberse acreditado en el expediente administrativo haberse verificado el pago de la cantidad a que aparece condenada la Empresa recurrente, pero como se siguió al mismo tiempo que el expediente administrativo un sumario, y en él, en su escrito de 3 de octubre de 1962, dirigido al Ministerio de Agricultura, la "S. E. M. E." manifestó que se le había exigido en el sumario una fianza de 140.000 pesetas, y en la sentencia de la Audiencia de Lérida se expresa que en la pieza de responsabilidad civil subsidiaria la citada Empresa había constituido un aval bancario del Banco de Vizcaya por la expresada cantidad, la alegación de inadmisibilidad es inaceptable, porque no sería justo una doble garantía para asegurar una responsabilidad civil subsidiaria»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 3.319).

«El ingreso de la suma limitada en la Caja de Depósitos durante el expediente administrativo, en armonía con el supuesto final del apartado e) antedicho, garantiza el cumplimiento del acto administrativo si llegase a prevalecer, al par que impide se acceda a la reclamación como medio de eludir o demorar el pago; aparte de que aquí se verificó el depósito en estricta observancia del artículo 126 del Reglamento de 24 de junio de 1955 y del artículo 4.º del Decreto de 18 de febrero de 1960, y no se ha exigido al interesado que le sustituya con el pago para la validez de su comparecencia, lo que sería, en todo caso, indispensable, a fin de que la omisión posterior de este requisito determinase el archivo de las actuaciones, a tenor del artículo número 3, o del propio artículo 57 o la inadmisibilidad alegada por el representante de la Administración, y, en consecuencia, la postulación al respecto no puede prosperar.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1965 (Ar., número 3.931).

«La empresa acudió a la Administración solicitando que le permitiese formalizar el recurso de alzada, sustituyéndose el depósito por un aval bancario, y la Dirección General de Previsión acordó acceder a lo solicitado, de acuerdo con lo establecido en el apartado c) del artículo 8.º del Decreto de 2 de junio de 1960, por lo que no solamente con arreglo a los preceptos citados, sino porque no es lícito a la Administración ir contra sus propios actos, la alegación, como se ha dicho, no resulta pertinente.»

SALA DE REVISIÓN.—SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar, núm. 4.606).

«El resguardo del depósito aportado por el recurrente y a requerimiento de esta Sala, acredita la constitución de dicho depósito en 13 de marzo de 1964, es decir, con posterioridad a la fecha de interposición del recurso de revisión, que tuvo lugar el día 24 de febrero de aquel año, circunstancia que claramente pone de manifiesto el incumplimiento por parte actora de la exigencia del artículo 1.799 de la Ley rituaria civil, en donde se determina, según queda indicado, como requisito indispensable, que, al promover la revisión, se acompañe el documento acreditativo de la constitución del depósito, y además también, conforme a la doctrina de la sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 1964, la posible subsanación de aquel requisito, es solamente en cuanto a su justificación, pero no para que se verifique el depósito en fecha distinta y posterior de la que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige de una manera terminante, según la redacción literal del precepto mencionado.»

b') *No cumplido.*

SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.617).

«Cuarto Considerando: Que es obligado acompañar al recurso contencioso-administrativo el documento acreditativo del pago en la Caja del Tesoro público en los asuntos sobre contribuciones, multas, etc., a tenor de lo dispuesto en el artículo 57, apartado e), de la Ley de esta jurisdicción, y como acabamos de considerar, no ingresó la recurrente en el Tesoro las 15.000 pesetas a tales efectos, ni tampoco lo hizo en la Caja General de Depósito de dicho importe total, a disposición de la Administración sancionadora según se exige reglamentariamente, y como no es viable la subsanación permitida en el artículo 129, número 1.º de dicha Ley, fuera del plazo de la interposición del recurso, según reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, es indispensable acceder a la alegación del Abogado del Estado de la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo, a los efectos del artículo 82, apartado f), de la mencionada Ley.»

SALA DE REVISIÓN.—SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., núm. 4.606).

«Que por los motivos expuestos al haberse omitido la constitución del depósito en el tiempo que señala el precepto legal, ello obliga a acoger la causa de inadmisión de este recurso, alegada por el Ayuntamiento de Oviedo, teniendo también en cuenta que la necesidad de constituir el depósito, aun tratándose de asuntos personales, esté ya reconocida por la Sala Especial de Revisión de este Tribunal en su auto de 23 de marzo de 1960, dictado en el recurso número 1.880 del año 1959.»

e) *Tramitación.*

a') *Ampliación del recurso.*

«Favor actionis».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.445).

«Aun cuando en la práctica se venga exigiendo que la ampliación de las acciones jurisdiccionales iniciadas se deben formalizar mediante el pertinente escrito individualizado, en que tal se solicite, deduciéndolo con anterioridad a que se formule la demanda—sentencia de 6 de febrero de 1965—, realmente no existe obligación legal de cumplir dicho requisito, bastando que se deduzca la petición en la forma que sea e incluso en aquélla, y menos ante el criterio espiritualista que inspira la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que no permite se establezcan condiciones formalistas no dispuestas expresamente y que obligan a interpretar con amplio criterio cuanto concierne a las circunstancias adjetivas de los actos que las partes deban verificar en los procedimientos jurisdiccionales correspondientes, de donde se sigue que requiriendo solamente el artículo 46 de la Ley del 27 de diciembre de 1956, para la ampliación de las acciones deducidas, que los nuevos actos administrativos se hubieren producido antes de formalizarse las demandas, guarden relación con los impugnados y que se solicite dentro del plazo de dos meses de su notificación, es visto que dichos requisitos se han cumplido en el caso presente, pues las demandas se dedujeron con posterioridad a las Ordenes del 27 de enero y 7 de marzo de 1964, ya que lo fueron en 2 de abril y 12 de junio de 1964. la conexión con la Orden inicialmente recurrida del 21 de julio de 1962, era evidente, puesto que la dejaban sin efecto, y no consta en el expediente la fecha en que se hubiere llevado a cabo la notificación de las mencionadas Ordenes de 1964, por lo que el conocimiento de las mismas debe atribuirse al momento en que se pusieron de manifiesto las actuaciones administrativas a los accionantes para que formalizarán sus demandas, y como éstas se produjeron en el plazo de veinte días concedidos para ello, es incuestionable que la ampliación se instó dentro del término legal de dos meses»

b') *Demanda.*

a'') *Presentación en tiempo.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.444).

«Como la demanda formalizando el recurso contencioso-administrativo se presentó dentro del plazo de quince días, que erróneamente y sin impugnación alguna de las partes fue concedido por la Sala, procede desestimar la petición de caducidad propuesta por la Abogacía del Estado, ya que esa medida sólo puede decretarse, conforme a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 47 de la Ley Jurisdiccional, "cuando la demanda no se hubiere presentado en el plazo concedido para ello".»

b') *Fuera de tiempo.*

Caducidad.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 5139).

«Como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias en las de 5 de junio de 1961, 22 de diciembre de 1962 y 18 de marzo de 1965, la caducidad del recurso derivada de la indicada causa no puede ser eludida, dado el carácter imperativo del precepto específico contenido en el artículo 67 y la naturaleza esencial del trámite de demanda que entraña la verdadera formalización del recurso y que, por consiguiente, su extemporaneidad produce la misma trascendencia procesal que corresponde a la falta de presentación en tiempo del recurso interpuesto.»

c') *Prueba.*

La necesidad.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 2.577).

«No puede salvarse el obstáculo que ello constituye para decidir sobre el fondo de la litis, acudiendo al principio común de la carga de la prueba—artículo 1.214 del Código civil—, porque la Administración, según resulta del cuarto párrafo del informe que obra en folio 13 del expediente, nada ha establecido ni rechazado en relación con alegación alguna de hecho con la casa exportadora, que falta también en los escritos de ésta; limitándose a suponer que las divisas "debieron en estar en poder" de aquélla "bastante antes del 25 de agosto de 1959", incidiendo, pues, en el defecto de dejar impreciso tan importe extremo; motivos por los cuales debe concluirse que la resolución que se revisa adolece de tacha sustancial que obliga a anularla, a fin de que se completen las actuaciones con un informe preciso sobre el extremo antes puntualizado, a la vista del cual se formule propuesta razonada que se comunique a los interesados para que, teniendo en cuenta lo que puedan exponer, se decida nueva y debidamente el problema.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.851).

«Si no se practicó aquella prueba en el expediente, pudo interesarla con la demanda, lo que tampoco hizo, sin duda por estimar que los recibos quedaban reconocidos al no haber sido expresamente impugnados, posición errónea si se tiene presente que se trata de unos documentos privados, que para que tengan valor en juicio deben ser reconocidos expresamente por la persona que lo suscribió, según se deduce de los artículos 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su relación con el 1.225 del Código Civil, de aplicación al caso por lo dispuesto en la disposición adicional 6.^a de la Ley de Jurisdicción.»

f) *Terminación.*

a') *Allanamiento.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1965 (Ar., número 2.979).

«El allanamiento a la demanda hecho por el representante de la Administración en su escrito de 18 de junio de 1964 reúne los requisitos exigidos por los artículos 34, 88 y 89 de la vigente Ley rectora de esta Jurisdicción para surtir efecto en el presente recurso, toda vez que la certificación acompañada a dicho escrito pone de manifiesto que por orden del Ministerio del Ejército, fecha de 3 de junio de 1964, ha sido autorizado el mencionado representante para efectuar el referido allanamiento.»

b') *Sentencia.*

a'') *Congruencia.*

a''') *No impide el pronunciamiento de oficio, salvo por vicios de procedimiento.*

a''''') *Doctrina general.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.637).

«Segundo Considerando: Que solicitado en la demanda, en primer término, que se anule o declare sin valor ni efecto el acuerdo recurrido adoptado por el Inspector general, con clara incompetencia, procede reputarlo nulo de pleno derecho por adolecer de vicio tan esencial como es el de carecer de facultades para dictarlo, supuesto que aunque no mediare petición de parte o excitación de interesado para anularlo, obligaría, según constante jurisprudencia, a declararlo de oficio al Tribunal, ya que incumbe a esta Jurisdicción velar por que las resoluciones de la Administración se dicten por los órganos investidas de la habilitación legal necesaria para adoptarlas.»

b''''') *Doctrina restrictiva.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.101).

«La sistemática y conocida doctrina de que las cuestiones de procedimiento constituyen las primeras a examinar en la función revisora de la legalidad del mismo encomendada a esta Jurisdicción, tiene su excepción en caso de que se suscite también la caducidad de la acción como ahora ocurre, ya que para tal evento halláanse igualmente establecidos en otras sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, cuales las de 29 de septiembre de 1947, 7 de octubre de 1950, 1 de febrero de 1952, 21 de diciembre de 1947, 7 de octubre de 1950, 1 de

febrero de 1952, 21 de diciembre de 1955, 8 de mayo de 1961, 5 de diciembre de 1963 y 26 y 16 de marzo de 1965.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4 801).

«Don Juan I. M. no está activamente legitimado para accionar contra el Decreto de 28 de febrero de 1963, reorganizando los servicios dependientes de la Dirección General de Sanidad, pues tratándose de una disposición de carácter general sólo podría ser impugnado directamente por los particulares que justificasen no ya el interés directo e indiscriminado a que se refiere el apartado a) del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, sino el individualizado y concreto que exige el párrafo 2.º de dicho artículo, vinculándolo exclusivamente a los titulares de derechos derivados del ordenamiento que se considere infringido, y que tampoco se está en el supuesto a que se contrae el párrafo 3.º del artículo 39 de que la disposición haya de ser cumplida sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual, por cuanto el actor sólo invoca el párrafo 1.º del propio artículo, referido a las Entidades, Corporaciones o Instituciones públicas

Que en virtud de lo expuesto procede declarar inadmisibile el recurso que en estos autos se sustancia, con abstención de cualquier otro pronunciamiento, pues aunque se han suscitado dos motivos de nulidad formal, uno relativo a la omisión de algunos de los requisitos que para tramitar los proyectos de disposición de carácter general exige el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y otro a la virtual oposición del Decreto combatido con la Ley de Bases de Sanidad Nacional, ambos se hallan estrechamente enlazados con la cuestión de fondo darían lugar, a lo sumo, a la anulabilidad de la disposición a instancia de parte legitimada y no a su nulidad radical y absoluta, declarable incluso de oficio, conforme al artículo 47 de la propia Ley procedimental, por lo que no justifica en este caso la prioridad incondicional de examen decisorio que la Jurisprudencia de la Sala, por razones de orden público, otorgan al tema de los vicios esenciales e insubsanables de procedimiento.»

b'') *Pronunciamiento limitado a lo resuelto por la Administración.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.562).

«Si la demanda formula pretensiones que no fueron objeto de tales resoluciones, como realmente sucede, lo procedente no es la inadmisibilidad del recurso, sino la declaración de no haber lugar a pronunciamiento alguno sobre lo que indebidamente se suplica en la demanda, dada la función revisora de esta Jurisdicción.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.851).

«Hecho sobre el que no se ha pronunciado la administración, porque no se le planteó en el expediente, y, por tanto, no cabe sea invocado en este recurso.»

b'') *Costas.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.568).

«La posición del recurrente en este proceso es francamente temeraria, no sólo porque ya esta Sala se pronunció en caso semejante del propio recurrente y referido a otros ejercicios, sino porque su propia prueba documental acredita que en el ejercicio de que se trata, satisfizo un préstamo de 1.700.000 pesetas, y luego afirma que sus ingresos brutos fueron 850.000. De otro lado, respecto a sus ingresos profesionales, ya se dijo que no proporcionó ni un solo dato. En cambio, aportó con verdadero lujo de detalles contables los justificantes de los gastos extraordinarios, todo ello con evidente temeridad y mala fe que obliga a esta Sala, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley Jurisdiccional, no sólo a desestimar todas las alegaciones del recurrente, sino además a imponerle la condena en costas de este proceso»

g) *Recursos.*

a') *Apelación ordinaria.*

a'') *Cuantía.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.534. En el mismo sentido, las de 25 y 30 de octubre, Sala 3.^a, Ar., números 4.614 y 4.692).

«En supuesto de acumulación de pretensiones la cuantía viene determinada, como aquí ocurrió, por su valor total, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de apelación.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.611).

«Aunque este recurso es individual y la cuantía de la que el recurrente vendría obligado a pagar no llegaría ni con mucho al límite mínimo que la Ley señala para que se pueda pasar a la segunda instancia de esta jurisdicción, mucho menos después de las sucesivas reformas, del precepto legal—artículo 94, apartado a)—, en sentido de elevación de la cifra límite, que han venido aumentando tal cifra de 80.000 a 125.000 pesetas y luego de esta segunda a 150.000, no queda desprovista de base la tesis de la Representación del Estado, de tratarse de una cuestión que, quieras o no, resulta, en fin de cuentas, afectarlo a todos los posibles contribuyentes de la zona municipal de obras, y que, por tanto, representa un interés de una cuantía muy superior al límite máximo legalmente exigible para la apelación, o sea, que, en otros términos, y dado lo que se discute y cómo ha venido a quedar planteada la cuestión, debe ello tenerse, más bien, por cuantía indeterminada.

Que, no siendo lo más procedente la agravación del sentido del precepto limitativo citado, es de tener como estimable, en este caso, el criterio de estarse ante un recurso de apelación sobre la imposibilidad o no del gravamen, cuyas consecuencias afectarán al conjunto de los interesados, figuren o no como recurrentes, y cuya cuantía, en último término, debe verse como indeterminada.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.453).

«Que, ante lo exiguo del importe en suma de las liquidaciones giradas, se imponía ante todo la apreciación y decisión, como cuestión previa, del problema de la recurribilidad en apelación por razón de la cuantía, y a esto respondió la providencia dictada para mejor proveer, a fin de que, con todas las garantías procesales y sin menoscabo alguno del derecho de una u otra de ambas partes comparecidas, quedara tal aspecto de la admisibilidad del recurso solventable en el sentido más procedente en derecho.

Que, dada audiencia a las partes, sobre tal concreto extremo, sus posiciones han sido tan opuestas en esto como en cuanto a la cuestión general ventilada, entendiendo la representación de la Administración que, desde luego, no llega lo que se discute a la cuantía requerible para poder ser tenido como asunto susceptible de recurso de apelación, sumando los importes parciales de los recibos del pago exigido; mientras que el recurrente, por su parte, alega que la cuestión planteada no se reduce, pura y simplemente, a la procedencia o improcedencia del cobro del importe de ese contado número de pequeñas liquidaciones que tales recibos representan.

Que, aunque no vendría a resultar expresión de un criterio riguroso e inflexible el tener por reducida el área de la cuestión en el presente caso a la discusión de lo procedente o no de la liquidación y el cobro de los recibos aludidos, con lo cual la inadmisibilidad del recurso de apelación por razón de su tan inferior cuantía, vendría a ser manifiesta, e imperativo de conceder a un recurrente todas las garantías procesales legalmente posibles, hace aconsejable que no se deje cerrado el camino a la deliberación y decisión del asunto en este superior grado, y que, en consecuencia, no se dé por terminado con un pronunciamiento de inadmisibilidad procesal, sino que, bien por el contrario, teniendo por recurrible la sentencia apelada, se pase al fondo del problema.

Que, entrado ya en éste, deberán quedar distinguidos los varios aspectos legales que lo controvertido ofrece, siquiera no vengan a verse en este caso igualmente afrontados a unos y otros por las partes contendientes, ni tampoco debe dárseles la misma holgada cabida procesal dentro del recurso»

b'') *Vigilancia del procedimiento.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.143).

«Es doctrina consagrada por su reiteración, la establecida por la Jurisprudencia cuando declara que a la Sala le viene impuesto el velar cuidadosamente por el exacto cumplimiento de las normas procesales, y en especial las que

afectan a Orden público, a las garantías de las partes y a la seguridad jurídica, y sobre todo las afectadas a la competencia del Órgano jurisdiccional que deba conocer del asunto, ya que solamente la Ley puede atribuirle en esta Jurisdicción, lo que justifica que en este caso procede el examinar, si la admisión de la apelación fué correcta.»

c") *Costas.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.631).

«Segundo Considerando del Tribunal Supremo: Que para decidir respecto al pago de las costas de la apelación, y estando regulado el particular por nuestra Ley jurisdiccional, artículo 131, trasunto del principio general contenido en el artículo 1.168 del Código civil, a cuyo tenor es de libre determinación de los Tribunales de Justicia lo concerniente al pago de los gastos ocasionados por los litigios; lo que ha de ser ponderado en base al principio tradicional discriminatorio de la mala fe o la temeridad con que actúen los litigantes en dicha case de negocios. Y así, en el presente caso, es de apreciar que los recurrentes han incidido en dicha segunda nota al producir su apelación, si se tiene en cuenta que su defensa, para mantenerla en el acto de la vista, se ha limitado a repetir los mismos argumentos utilizados en primera instancia, no obstante los términos precisos e indiscutibles que han servido de fundamento a la sentencia recurrida.»

b') *Extraordinaria.*

Efectos.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.132).

«Procede, en cumplimiento de lo preceptuado en el número 4.º del artículo 101 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, antes citado, dictar sentencia, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre y declarando, al efecto de fijar la doctrina legal, la violación por interpretación errónea por la Sala sentenciadora del alcance del párrafo 4.º del artículo 41 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, toda vez que con arreglo al mismo es necesario para que un funcionario desempeñe interinamente un cargo de categoría superior que sea nombrado al efecto con dicho carácter por el Órgano a quien corresponda efectuar el nombramiento en propiedad, requisito que es indispensable para que sean abonables al interesado las diferencias de sueldo existentes entre el cargo que en propiedad ostente y el de superior categoría que desempeñe, y cuya percepción dicho párrafo establece.»

c') *Revisión.*

a'') *Incongruencia inexistente.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1963 (Ar., número 3582).

«Las sentencias que absuelven de la demanda a la Administración no inciden en incongruencia, porque rechazan y resuelven todos los pedimentos aducidos.»

b'') *Contradicción inexistente.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.646).

«En cuya declaración única de desestimar la apelación y confirmar la sentencia apelada, no cabe existir ninguna contradicción, por cuyo motivo no puede admitirse el referido recurso extraordinario de revisión por este inexistente motivo.»

c'') *Costas y depósito.*

SALA DE REVISIÓN.—SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., núm. 4610).

«De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con lo ordenado en el párrafo 2.º del artículo 102 de la Ley de esta Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, es obligado imponer al recurrente las costas causadas en este procedimiento, con pérdida del depósito constituido.»

II. LA ADMINISTRACION Y EL DOMINIO PRIVADO

1. URBANISMO.

A) *Nulidad de Orden que delimita un polígono.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3422).

«La Orden ministerial que se impugna, repetidamente citada, de 30 de septiembre de 1961, de delimitación del polígono «Babel», contraria el Ordenamiento jurídico establecido en la materia por el artículo 121, número 2.º de la Ley del Suelo, que exige que los terrenos incluidos en el polígono que se de-

limite a efectos expropiatorios habrán de corresponder a sectores comprendidos en el Plan General de Ordenación Urbana a que se refieren; por el artículo 44, que señala que los planes serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva, y si se otorgase a reserva de la subsanación de deficiencias, mientras no se efectúen, carecerá de ejecutoriedad; por el 32, que no admite la aprobación condicionada de los planes, como se ha verificado, y por el artículo 9.º, que especifica los documentos que los forman, omitidos algunos de ellos por el Ayuntamiento de Alicante hasta el momento de realizarse la aprobación definitiva del Plan de Ordenación en el año 1962.»

B) Garantías jurídicas.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 4.658).

«El recurso de alzada que establece el artículo 220 de la Ley del Suelo ante la Comisión Provincial de Urbanismo, no sólo no impide que se acuda después al contencioso-administrativo, sino que supone una coyuntura para que el interesado inste de nuevo la reconsideración administrativa con un recurso intermedio entre la decisión municipal y la vía jurisdiccional.»

C) Declaración de ruina.

Unidad de edificación y conceptos de reparación y reconstrucción.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1965 (Ar., número 3.951).

«Tercer Considerando: Que si bien la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo la unidad de edificación en los expedientes de ruina en general, ello ha tenido también uniforme declaración de excepción para los casos que, como el presente, se trate de cuerpos de edificio aislados o independientes, en cuyas circunstancias cabe la afectación parcial del sector defectuoso, sin arrastre del resto del edificio.»

«Cuarto Considerando: ... los vocablos reconstrucción y reparación no son términos, equivalentes, sino más bien términos opuestos, ya que su alcance respectivo es muy diferente...».

2. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

A) Constitución del Jurado.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.244).

«Fue constituido por un Presidente y seis vocales, en total de siete miembros, sin que se pueda afirmar que sólo tiene importancia que sean menos,

pero no más, porque los Organismos públicos, para su buen funcionamiento deben tener los componentes precisos y legales, y en el caso del Jurado es de observar que según el artículo 33, número 2, de dicha Ley sus decisiones se adoptan por mayoría de votos y claro está que si el Jurado se constituye con más o menos miembros de los que ordena la Ley la mayoría se formará también ilegalmente y los acuerdos serán adoptados por algunas personas extrañas al Jurado.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.244).

«Las resoluciones del Jurado tan ilegalmente constituido son nulas de pleno derecho, conforme al artículo 47, párrafo c), de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

B) *Expropiaciones urbanísticas.*

a) *Criterios de valoración.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.502).

«Segundo Considerando: ...hay que referir la clasificación y consiguiente valoración, según mandato legal específico, a la fecha de delimitación del Polígono...»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 5.140).

«La circunstancia de que esté enclavada o no dentro del núcleo urbano la finca de que se trata, o en zona afectada por planes de urbanización que estuvieren aprobados con anterioridad a la expropiación, y la de que determinados terrenos de la barriada de San Jerónimo estuvieren gravados con el arbitrio de plus valía, en nada afecta a la realidad indiscutible de que la finca expropiada es eminentemente rústica, destinada al cultivo de regadío, para cuya tasación son inoperantes los criterios y normas de la Ley del Suelo, porque sea cual fuere la naturaleza de cualquier terreno, lo que determina su aplicación no es la calificación que merezca con arreglo a ella, sino el fin a que obedezca la expropiación misma, que no ha de ser otro que el que de modo tan escueto como preciso establece en su artículo 1.º»

b) *Aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.106).

«En cuanto a la indemnización de los perjuicios que ha venido a sufrir por consecuencia de la expropiación misma, ya reclamados en vía administra-

tiva y cifrados, como en esta jurisdiccional, en la cantidad de 3.118.658 pesetas, respecto de lo que se alega por el Defensor de la Administración la improcedencia de cualquier abono, por la sola razón de que la indemnización «se pide al amparo de normas de la Ley de Expropiación Forzosa, inaplicables al caso»; pero en oposición a ello es de advertir que la Ley del Suelo en nada contradice lo dispuesto en la primera de dichas Leyes en cuanto al abono de los perjuicios derivados de la expropiación: porque lo que establece la Ley del Suelo, según el artículo 85, es un procedimiento especial referido exclusivamente a las que se han de realizar por el sistema del artículo 122, y unos criterios con arreglo a los cuales se han de valorar los terrenos, lo que para nada afecta a la de otros bienes, ni al pago de lo que proceda como indemnización de perjuicios. De donde se sigue que para determinar si en el caso presente procede o no el abono de lo reclamado por tal concepto se ha de acudir a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Expropiación Forzosa.»

C) *Indemnización por expropiación parcial.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.106).

«Para que la indemnización proceda, según el mismo, es preciso que el recurrente hubiera solicitado la expropiación total conforme al artículo 23, y como en momento alguno lo hizo, es visto que falta el indispensable requisito para acordar la indemnización que se reclama al amparo del artículo invocado.»

D) *Ocupación temporal.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.073).

«Las tasaciones en los casos de ocupación temporal se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por la renta vencida durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca, o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado, con la limitación de que nunca deberá alcanzar la tasación de una ocupación el valor de la finca y la Administración, en los casos en que le parezca excesiva, podrá pedir la valoración de la expropiación pura y simple por los procedimientos que esta Ley determina y optar por ella siempre que su importe no exceda de una mitad de la de los daños y perjuicios causados, concepto que rectamente interpretado concede a la Administración una facultad que no ha sido ejercitada en el caso que se debate, lo que origina que el límite que se establece en relación con la tasación de las ocupaciones temporales no puedan servir de tope en el caso presente de una manera rigurosa, toda vez que no ha sido ejercitado el derecho que lo condiciona.»

E) *Criterios de valoración.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.047).

«El justiprecio a que se refiere la Ley sobre Expropiación Forzosa debe estar conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación y para lograrlo los Jurados Provinciales de Expropiación pueden hacer uso de los criterios estimativos que juzguen más adecuados cuando consideran que no es dable conseguir tal hallazgo con el solo empleo de los medios taxativamente señalados por la Ley de 16 de diciembre de 1954, y por ello en el presente recurso, cuando el Jurado Provincial de Expropiación afirma que para cumplir su misión utiliza los criterios estimativos que ha juzgado más adecuados para llevar a cabo la tasación de la finca sujeta a expropiación, es evidente que ha procedido indudablemente dentro del Ordenamiento jurídico establecido en la materia, sin que sea de acoger la propuesta de nulidad formulada por la representación de la Administración Pública, toda vez que claramente aparece del acuerdo impugnado la motivación de verificar el justiprecio al amparo del artículo 43, y en consecuencia es evidente que ha de servir de base al justiprecio que se realiza en la sentencia apelada el propio fundamento alegado por el Jurado.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.128)

«Al señalar al metro cúbico de arcilla el precio de 12 pesetas, lo que se propuso la Sala territorial fué fijar el justiprecio conforme al valor actual asignable a los terrenos a fin de compensar al expropiado de la pérdida del valor de la moneda que el tiempo transcurrido lleva consigo. La aplicación de tal criterio infringe abiertamente el artículo 36 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, que dispone que las tasaciones se efectúen con arreglo al valor que tengan los bienes al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, por lo cual resulta obligado rechazar el fundamento en cuestión y ajustarse a las demás disposiciones legales que regulan la forma de indemnizar los perjuicios derivados de la demora en el trámite mediante el pago de los intereses legales correspondientes; debiendo añadirse a lo expuesto que el criterio sentado por la sentencia apelada equivale a la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», que no sólo requiere el más cauteloso manejo, sino que tropezaría con el escollo de la vigente Ley de Expropiación, que únicamente autoriza la valorización actualizada de los bienes expropiados cuando mediaron dos años desde el justiprecio firme sin que éste haya sido abonado.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.189).

«Son completamente distintas las indemnizaciones a abonar por pérdidas de beneficios durante el traslado, que la Administración otorga, en cifra de

28 000 pesetas, y la correspondiente a las menores ventas que se produzcan con posterioridad y a las que no se ha señalado partida valorativa alguna, por lo que es obligado hacerlo, ya que normalmente el desplazamiento de una industria o comercio a local distinto, y más si es periférico o situado en el extrarradio de la población, lleva anejo, lógica y previsiblemente, una disminución de sus ventas u operaciones»

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

A) *Extensión del daño resarcible.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4763).

«Debe cubrir íntegramente "toda lesión que sufran los bienes o derechos del perjudicado", por causa o efecto de dicha acción, según expresión literal del texto, entendiéndose por lesión cualquier daño o menoscabo que padezcan o experimenten las cosas o los bienes en su estado o funcionamiento al momento de producirse aquél, o bien impida o dificulte su uso propio o natural rendimiento, o de los derechos que sobre ellos se tuvieren. lo que significa que por tanto deben quedar excluidos no sólo las partidas que se imputan al uso y disfrute de su situación o emplazamiento sobre una vía pública como se dijo en la sentencia citada, o aprovechen cualquier otra ventaja procedente de la actuación de un tercero, ya que no por beneficiarse el titular de la cosa o actividad deja de ser extraña a su pertenencia, sino también aquellas otras partidas que se computen como posibles mejoras de los bienes realizadas o a realizar con ocasión de la reparación de la lesión sufrida, porque tampoco son consecuencia lesiva derivada de la actividad administrativa.»

B) *La Administración no debe intereses si no se pactaron.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.768).

«Cuarto Considerando: Que con arreglo al principio de la productividad del capital para la Administración, reiteradamente sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—Sentencias de 8 de abril de 1961, 11 de octubre de 1919, 11 de marzo de 1931, 5 de julio de 1920, 15 y 18 de octubre de 1929, 17 de enero de 1956, etc.—, interpretando la Ley de Administración y Contabilidad, la Administración no está obligada al pago de intereses por causa de indemnización, salvo cuando una norma expresamente así lo establezca, sin que pueda aplicarse por analogía el artículo 1.902 del Código civil, ni la presentación del «id quod interest» del Derecho Privado, que responden a fundamentos del todo diferentes, por suponer que las cantidades indebidamente poseídas producen interés a quien debe restituirlas o indem-

nizar un daño patrimonial, mientras que las percibidas por la Administración son para ella improductivas, porque han de aplicarse a la cobertura de los gastos públicos, pero no a obtener renta, debiendo, en méritos de esta doctrina, desestimarse la petición de indemnización del interés legal de las cantidades que la Administración ha de devolver a las recurrentes.»

4. LA PROPIEDAD PRIVADA Y SUS LIMITACIONES.

A) *En materia de aguas.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.146).

«En tanto no resulte de algún título fehaciente lo contrario, el dueño de una finca tiene derecho a abrir pozos dentro de ella e incluso en las márgenes y en cauce mismo de dichas corrientes, en cuanto pertenecen a su propiedad privada, y dedicar las aguas al riego, tal y como viene haciéndolo el actor, si bien tenga la obligación no sólo de respetar la servidumbre natural de aguas (art. 413 del C. Civil), sino el deber de no hacerla más gravosa, así como el de no impedir, sino facilitar el uso de cualquier otra servidumbre pública que existiera, como la de paso, y guardar las debidas distancias establecidas en favor de las aguas públicas y sus corrientes y los derechos preferentes de los terceros, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones citadas, pudiendo sus titulares ejercitar las acciones correspondientes para su defensa.»

B) *En materia de viviendas.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.868. En el mismo sentido la de 27 septiembre, Ar., núm. 3.952).

«La relación entre el promotor-vendedor de las viviendas del tipo de que se trata y los compradores de éstas, es una relación contractual intervenida o reglamentada por el Estado en razón al problema social a cuya solución tiende la construcción de tales viviendas; y por ello a la indicada relación no pueden aplicársele las normas generales de autonomía individual propias de la contratación civil o mercantil ordinaria; ya que la aludida finalidad social de la relación se impone incluso contra una declaración de conformidad emitida en situación acuciante de necesidad de vivienda, que ha de disminuir evidentemente la libertad de actuación de la parte que la emite.»

III. DOMINIO DE LA ADMINISTRACION

1. ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE.

Su prevalencia en el deslinde.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.370).

«Que el primer pronunciamiento que contiene la Orden aprobatoria del deslinde de zona marítimo-terrestre impugnado está dispuesto por el artículo 1.º del vigente Reglamento de Puertos, pues tal precepto atribuye al Ministerio de Obras Públicas el disponer se practique su deslinde y amojonamiento en los puntos en que se presume que existen usurpaciones, o donde, por cualquier motivo, se estima necesario. Y el pronunciamiento aludido aprueba el acto y plano del deslinde de referencia, por el cual la zona queda concretamente señalada en su extensión actual.

Que es, asimismo, correcto que no haya sido motivo impediante para ello la oposición de la sociedad actora, que sólo alegó una, a su juicio, propiedad y posesión de lo incluido en el perímetro a deslindar, con una certificación registral por la que no puede llegarse a una identificación del predio a los efectos pretendidos, bastando para ello tener en cuenta que se le describe como lindante «con el mar» por tres de sus puntos cardinales y con una precisa extensión «que se regula ser equivalente a la tercera parte de la isla Fuerteventura, y, además, quizá de nueve leguas».

Que del lindero expresado ya tiene establecida su significación esta Sala en su sentencia de 2 de enero de 1960, en la que se expone que el mismo no puede ser entendido en términos absolutos, sino conjugados con la existencia de la zona pública, pues lo contrario llevaría a admitir la posibilidad de que, por una simple exposición más o menos precisa de límites, quedara sin efecto un precepto legal. Además, «el mar litoral, o bien la zona marítima que ciñe las costas o fronteras de los dominios de España», según expresión de la Ley de Puertos en su artículo 1.º, ha de entenderse en sus aguas y en su álveo, y éste indudablemente alcanza a toda la extensión que ocupan aquéllas en las altas mareas o en los mayores temporales, por lo que se ve que «el mar», en su flujo, comprende incluso esa zona pública que se quiere hacer aparecer como comprendida en el asiento registral en calidad de dominio privado.»

2. MONTES.

Límites de la presunción que implica el Catálogo.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.327).

«Que en nada hace variar lo remozado, que el monte número 42, "Montecillo y las Mazas", se halle catalogado de la pertenencia de Islares, para con-

cluir de ello que la presunción posesoria que implica esa inclusión en Catálogo sólo puede atacarse con arreglo al artículo 11, número 6, de la Ley de 8 de junio de 1957 ante los Tribunales ordinarios; porque si ciertamente hay que respetar tal estado posesorio es, conforme al artículo 15 de la misma Ley, después que se declare definitivo mediante el deslinde aprobado y firme, con lo que las resultas de esta operación determinan la posesión administrativa »

IV. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. LA FORMA EN LOS CONTRATOS

Posibilidad y consecuencias de la convalidación de defectos formales.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.770)

«Primer Considerando: ...de la perfecta realidad de ejecución de dichas obras por el contratista reclamante, así como su naturaleza de urbanización operada mediante ellas, con la regulación de las depresiones, con desmonte de un cerro existente en vía pública, utilizando las diferencias de rasante y proporcionando espacio libre utilizable para fines de interés general de la población dicha; es visto que tales obras y sus naturales consecuencias de percepción de su importe por el ejecutor de las mismas, ofrecen indudablemente materia de la competencia municipal, gestora de los intereses afectados, y por ende también de indiscutible fuente productora de obligaciones administrativas »

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.770).

«Cuarto Considerando: Que el problema así planteado lleva a la conclusión de que los actos realizados a través de un contrato administrativo válido, pero ineficaz por falta de formalidades, equivalen a actos de la Administración que, como anulables que son a tenor del número 2 del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, son también perfectamente convalidables por la misma Administración a través de las facultades que para ello le confiere el propio artículo 53 de la misma Ley, mediante la natural y obligada subsanación «a posteriori» de los vicios de que aquéllos adolecen y que el ayuntamiento deberá hacer desaparecer sin demora para que el contrato celebrado cumpla su finalidad bilateral de obra hecha, obra pagada, aunque para ello tenga que fraccionar debidamente su importe para sujetarlo a la proporcionalidad establecida por el número 6 del artículo 41 del Reglamento de Contratación antes mencionado y en armonía con el artículo 43 del mismo.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 3.770).

«Quinto Considerando: Que en cuanto al "petitum" de la demanda referido a intereses, daños y perjuicios, no ha lugar a determinarlos para actos que necesitan de convalidación a tenor de cuanto queda argumentado en el Considerando anterior, pues ya el número 3 del artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo que los regula, claramente establece que la convalidación produce tan sólo efectos desde su fecha, mas no con antelación a ésta, que es de consiguiente el punto de partida de su posterior perfeccionamiento.»

2. APLICACIÓN DEL DERECHO COMÚN.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1965 (Ar., número 3.800).

«Se propone a la Sala como tema decisorio fundamental determinar, a la vista de las condiciones pactadas y de las circunstancias de hecho concurrentes en el desarrollo de la operación, si el organismo comprador incumplió o no la estipulación contractual relativa al pago del precio en el plazo fijado en la obligación, ya que de tal pretendido incumplimiento nacería exclusivamente el derecho a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sobrevenidos, a tenor de los artículos 1.100, 1.101, 1.103, 1.104, 1.106, 1.107 y 1.258 del Código civil, aplicables a la contratación administrativa conforme al 65 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, tal como quedó redactado por la de 20 de diciembre de 1962.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.741).

«Siendo única la personalidad de la Administración del Estado—con la particularidad de estar adscritos al mismo Departamento ministerial, la Comisión y el Instituto—, resulta contrario a los más elementales principios jurídicos que un Órgano administrativo resuelva el nexo que le liga con una entidad particular, invocando una obligación que hace imposible la efectividad de los deberes exigidos al particular, a cuyo alcance no está reemplazar o suplir si no la absolutamente imprevisible, al menos la insuperable situación ocasionada, ya que semejante descomposición del complejo inseparable de derechos y deberes concordantes estipulados pugnaría con los principios establecidos en el Derecho común por los artículos 1.105, 1.117, 1.124 y 1.283 del Código civil, de los que cabe y procede hacer directa aplicación al caso de autos, puesto que el principio del privilegio de innovación atribuido a la acción administrativa sólo juega con miras al interés público y siempre dentro de las limitaciones establecidas por el Ordenamiento observable, pero nunca inspirándose en causas carentes de justificación jurídica y contrarias a la buena fe en las relaciones administrativas.»

V. POTESTAD SANCIONADORA

1. SANCIÓN Y CULPA.

A) *El principio «favor rei» en la aplicación de normas sancionadoras.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1965 (Ar., número 3.657).

«Para poder entender realizado el desacato es condición precisa la existencia de un ánimo preconcebido y consumado de burlar la Ley; lo que no cabe admitir cuando—como en el presente caso acontece—media una circunstancia eficiente que impide el debido y exacto cumplimiento.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.567).

«La realidad, a la cual no puede cerrarse «a priori» una exégesis que no renuncia a ser humana nos dice, sin embargo, que en la esfera fiscal, como en todas las esferas jurídicas de la vida, no es dable prescindir de la apreciación de la buena o mala fe, la actitud temeraria o comprensible, en el contribuyente como en el enjuiciamiento; y que, por lo mismo, cuando se reclama y luego se recurre en situación o circunstancias que hagan ver, ya que no como justificada y decididamente sostenible, sí al menos como opinable en principio la actitud, la pretensión o la tesis del contribuyente, su buena fe, que deja descartada la existencia de una evidente terquedad o una intuíble intención de evasión fiscal, no sería lo más defendible, so pena de incidir en lo que de reprochable tiene el «summum ius, summa iniuria», persistir en calificar de ánimo de ocultación la no conformidad con la tesis de la Inspección en el acta; pues lo contrario, con el temor a la agravación de la carga del pago, significaría un claro menoscabo del derecho del contribuyente a la disconformidad, que tiene su concreción en el derecho a reclamar o recurrir ante la jurisdicción competente.

Que tal posición al respecto es ya doctrina de esta Sala, reflejada, entre otras y como una de las más recientes, en Sentencia de 27 de febrero del corriente año, pronunciada en materia de contribución de utilidades.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 4.661).

«Esta acusación surgió oficiosamente del instructor del expediente, apoyada en simples conjeturas muy aventuradas, como se desprende de lo que antecede; cuando la comprobación de ello, a cargo del propio instructor, que creía en el exceso, debería haberla intentado en armonía con los artículos 88 y 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.607).

«Que por lo que respecta a la agravante de reincidencia apreciada por la Administración, hay que tener en cuenta que el apartado 9.º del artículo 15 de la Ley de 11 de septiembre de 1953 exige, para que esta circunstancia se dé, la condena anterior por «otra infracción de la misma índole», concepto que se ha interpretado por esta Sala, en sentencia de 17 de junio de 1961, como expresivo de ser precisa la comisión de actos «de igual naturaleza», entendiendo por tales los de defraudación o contrabando, pero respectivamente entre sí. Por tanto, y en aplicación de dicho criterio, no puede admitirse en el caso de autos, calificado como infracción de contrabando, que opere en sentido agravatorio de una sanción anterior impuesta por defraudación, que es lo que aquí se ha hecho.»

B) *Regla contraria.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.687).

«La Ley de Contrabando y Defraudación no tiene carácter penal, según tiene declarado este Alto Tribunal en constante jurisprudencia, y por consiguiente no le son de aplicación los preceptos más benignos que puedan dictarse casi medio año después de haberse dictado la resolución recurrida.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.075).

«Todo ello no libera, en el terreno puramente administrativo, a la Empresa recurrente, pues las infracciones de dicha naturaleza no requieren el dolo específico de las penas propiamente dichas, ni tan siquiera la culpa imprudente de las menos graves, sino que únicamente requieren la simple infracción fáctica de los reglamentos a normas dadas para cada materia, en este caso el trabajo y todas sus secuelas de prestación, con todo género de prevenciones sobre el mismo; por lo que la referida supuesta ausencia de ánimo malicioso en la falta de pago realmente sucedida es ciertamente intrascendente para la legal apreciación de la falta cometida. Ello, no obstante, las circunstancias concurrentes en el hecho, debidamente constatadas en el expediente administrativo, pueden ser justamente valoradas por la Administración al corregir, máxime en estos casos en que sus facultades sancionadoras no mueven libremente entre un «máximo» y un «mínimo» de multa imponible, pero nada de lo expuesto cabe repetir ante esta Jurisdicción concienzoso-administrativa, que por ser puramente revisora del acto administrativo alcanza a sustituir a la Administración que la ha dictado, y ello, en consecuencia, no puede sino declarar si referido acto es o no conforme al derecho que lo regula.»

VI. REGIMEN FISCAL

1. TASAS

Naturaleza y exigibilidad.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 3.453).

«Es premisa indeclinable, para toda exigencia y percepción de "tasas", lo mismo tratase de tasas en la Administración General del Estado que en el de las Corporaciones locales, el de que las tasas, a diferencia o en contraposición de los impuestos y arbitrios, no pueden ser vistas como algo imperativamente exigible y sin más, sin otra razón que la de la necesidad de la Entidad soberana o infrasoberana que deba percibir las, sino como la verdadera contraprestación de un servicio, y no de uno meramente invocado, sino de uno efectivamente rendido, de tal suerte que en donde—por los motivos que fuesen—no haya habido prestación de servicio no puede haber cobro de tasas.»

VII. FUNCIONARIOS

1. DERECHOS ADQUIRIDOS.

A) No pueden oponerse a las facultades organizativas de la Administración.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1965 (Ar., número 4.227).

«Una de las facultades inherentes a la Administración, por ser consustancial a su propia naturaleza, es la de organizar los Servicios Públicos y la de conservarlos, y en su caso reorganizarlos, sin que en modo alguno el derecho existente de los particulares pueda prevalecer sobre aquella facultad, que sólo impone a la Administración el deber de reconocerlo y consiguientemente de protegerlo con medidas que mantengan su integridad, como taxativamente determinó la Sentencia de 26 de mayo de 1959.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 5.142).

«Ha de reputarse como indiscutible, conforme tiene reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras Sentencias, en las de 12 de noviembre de 1958 y 26 de abril de 1963, el derecho de la Administración

a organizar los servicios a su cargo en la forma que estime más conveniente a los intereses públicos, sin que quepa admitir que las alteraciones hubieron prestado con anterioridad a cualquier reforma, suponga necesariamente menoscabo de los derechos adquiridos por los funcionarios, ni que con ello vuelva la Administración de sus propios actos, lo primero porque nunca lo tuvieron o permanecieron inalterables las normas orgánicas y las condiciones en que hubiesen de prestar sus servicios; y lo segundo porque lejos de volver la Administración contra sus propios actos, cuando reorganiza esos servicios, de acuerdo con la estructura orgánica que el bien común demanda, según aconsejen nuevas técnicas, consideraciones de orden económico o simplemente los resultados de la experiencia, lo que hace es ejercer de modo vivo la potestad que le es inherente.»

B) *No lo es haber percibido ciertas gratificaciones, por su naturaleza inestable.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3419).

«Sin que el hecho de haber percibido tal gratificación anteriormente constituya un derecho adquirido a seguir percibiéndola siempre, dado el carácter temporal, circunstancial y específico con que fué creada.»

2. ANTIGÜEDAD.

Su cómputo.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3098).

«La antigüedad de servicios en determinado Cuerpo ha de comenzar a contarse desde el momento en que de forma definitiva se produce el ingreso del funcionario, en propiedad, en el Cuerpo a que se refiera, siendo cosa distinta el cómputo de otros servicios prestados a la propia Administración en Cuerpos diferentes, pero sin que quepa nunca admitir que se computen como antigüedad en el Cuerpo los servicios prestados con carácter interino, ya a la Administración del Estado, ya a un Organismo autónomo, antes de su ingreso definitivo en el mismo.»

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Y SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO.

Fiscal

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1965.

Antecedentes.—En escritura pública de 28 de septiembre de 1955, la Cooperativa «L. B.» adquirió por título de compra varias fincas rústicas, cuyo documento fué liquidado por la Oficina de Derechos Reales de J... como sujeta al impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados, así llamado actualmente según la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 13 siguiente.

La mencionada Cooperativa recurrió contra la liquidación ante el Tribunal Económico-Administrativo provincial, que desestimó el recurso, acuerdo que fué confirmado por el Tribunal Central en 10 de junio de 1958.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, éste, en sentencia de 5 de diciembre de 1959, declaró nulas las actuaciones practicadas por los dos Tribunales Económico-Administrativos y acordó que se remitieran las actuaciones practicadas al Ministerio de Hacienda, a los efectos prevenidos en el artículo 9.º del Decreto de 8 de mayo de 1960, y el Ministerio resolvió la exención a la Cooperativa, la cual, dándose por notificada de dicho acuerdo, interpuso contra el mismo recurso ante el Tribunal Central, pidiendo la revocación y la nulidad de las liquidaciones giradas por la Oficina gestora, pero dicho Tribunal acordó abstenerse de conocer de tal recurso, declarando la nulidad de lo actuado y previniendo a la entidad reclamante que usase de su derecho ante quien corresponda.

Contra el anterior acuerdo la Cooperativa interpuso el recurso contencioso-administrativo ahora reseñado, haciendo las correspondientes impugnaciones alegatorias—que la copia de la sentencia que tenemos a la vista no reseña—y suplicando la anulación de la resolución del Ministerio de Hacienda y en su lugar la declaración de la exención de la Cooperativa y la nulidad de las liquidaciones practicadas por la Oficina Liquidadora de J....

El Abogado del Estado se opuso a la demanda, suplicando sentencia con la declaración de estar ajustada a derecho la resolución del Tribunal Central, y en su caso la del Ministerio de Hacienda, con desestimación del recurso.

La Sala, con cita del artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y el 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y la cita de los artículos 59-80 al 82 y 131 de lo contencioso-administrativo, dijo, incumbe a esta jurisdicción, por su carácter eminentemente revisor de la actividad administrativa, examinar si en los expedientes se observaron las prescripciones rituarias, misión que ha de cumplir de oficio cuando se infrinja la legalidad del procedimiento, según reiterada jurisprudencia. por afectar al orden e interés público, puesto que, como dice la sentencia de 5 de noviembre de 1959, el Ordenamiento rituario se establece no sólo como garantía de los administrados, sino como cauce rígido para que por él discurra la actividad de la Administración objetivamente considerada; y esto sentado, apareciendo en autos la resolución del Ministerio de Hacienda denegando la exención del Impuesto a la Cooperativa accionante la resolución del Ministerio indicándole que contra su acuerdo podía interponer recurso ante el Tribunal Administrativo Central, con notoria violación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958, al señalar una vía errónea, porque con arreglo al artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, el acuerdo ministerial agotó la vía administrativa, no siendo susceptible de otro recurso que el contencioso-administrativo, conforme al artículo 37 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, incidiendo así en clara nulidad la diligencia indicada, originando una desviación de poder que ha de rectificarse, acordándose al efecto la nulidad de las actuaciones practicadas a partir de la notificación, que deberá

practicarse de nuevo en forma, siguiéndose después la tramitación que corresponda en derecho.

En definitiva, la Sala anula la notificación practicada por la Abogacía del Estado y manda practicarla en forma nuevamente, continuando el expediente con arreglo a derecho.

Comentarios.—Realmente son dos los puntos preeminentemente vulnerables que ofrece el problema que la sentencia desarrolla. El primero de ellos nace de las formas de la completísima Orden de 9 de abril de 1954, en la que se quiso recopilar todo lo relativo a la Cooperativa, tanto en su constitución como en su funcionamiento, llegando a disponer en su artículo 9.º lo siguiente: «Es de la exclusiva competencia del Ministerio de Hacienda la decisión en vía administrativa sobre las exenciones fiscales otorgadas a las Sociedades Cooperativas, y la resolución de las cuestiones e incidencias que se planteen en la materia»; así dice a lo largo de tres páginas y media del «Alcubilla», en las que puntualiza las clases de Cooperativas y sus circunstancias características para que sean reconocidas como tales, pero sin expresar la forma y procedimiento a seguir contra las decisiones que el Ministerio dicte en la materia. Bien está que sea el Ministro quien resuelva en su caso si la Cooperativa es o no acreedora, después de examinar la minuciosa serie de requisitos que la citada Orden exige a través del extenso Decreto, incluso oyendo a la Junta creada en la Orden de 27 de enero de 1948, pero no puede arrogarse la función de resolver inapelablemente y sin recurso alguno, que no establece, contra sus decisiones, consultando así todo el sistema jurisdiccional al que están sometidos todos los actos de la Administración, como los que surgen en las materias económico-administrativas, y de ahí que surjan desde el primer momento la extraña anomalía de que el acuerdo ministerial fuese recurrido primero ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo, y en alzada, después, ante el Central del mismo orden, con olvido e infracción del Reglamento de lo económico-administrativo, de la de Régimen Jurídico de la Administración e incluso la de lo Contencioso-Administrativo, como hace resaltar la sentencia arriba anotada que venimos reseñando, y rectificando así el desbarajuste del proce-

dimiento, tan difícil de encauzar, como en el caso ocurre, cuando se sale de los cauces que le señala el legislador.

Así lo revela la reseñada sentencia, en la que se refleja el ajetreo de idas y venidas del expediente al Tribunal Económico-Administrativo Provincial; de éste al Central, y después, a la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que acordó anular las decisiones de ambos Organismos, para quien conozca, sea el Ministerio, como prevé el artículo 9.º del mencionado Decreto de 9 de abril de 1954, del cual recurrió la Cooperativa, con anormal visión del problema, planteando la exención ante el Central, el cual declaró abstenerse de conocer, junto con la nulidad de lo actuado y previniendo a la recurrente de que use de su derecho ante quien proceda.

En definitiva, se ve cómo cuando el procedimiento se desencauza aparecen problemas, como la práctica procesal enseña, no ya de difícil solución, sino insolubles, y el Órgano jurisdiccional no tiene otro camino que el de declarar que hay que volver a empezar, anulando las actuaciones todas, incluso la notificación hecha inicialmente por la Abogacía del Estado, anulando asimismo la Orden Ministerial que denegó la exención pedida por la Cooperativa recurrente.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de 26 de marzo de 1965.

En 25 de marzo de 1960, los representantes del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional y de la Sociedad Astilleros y Talleres del Noroeste de España, otorgaron escritura por la que el primero concedió a la segunda un préstamo, amortizable en veinte años, de 64.857.500 pesetas, con un interés del 4 por 100, del cual correspondía pagar el 2 por 100 a la prestataria y otro 2 por 100 al Estado, en garantía de cuyo capital, sus intereses de tres años en la parte imputable a la prestataria y de 6.485.750 pesetas, calculadas para costas y gastos, la entidad prestataria constituyó hipoteca a favor del Instituto sobre la explotación industrial de la deudora.

La escritura de hipoteca fué liquidada al 1,20 por 100 sobre la

base de 75 millones de pesetas; y recurrida la liquidación ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo, alegando que la liquidación no estaba ajustada a derecho porque la Ley de 12 de mayo de 1955 concedía a las empresas navieras españolas un beneficio fiscal del 50 por 100 de los impuestos cuando afecten a los actos y contratos por razón de la construcción de buques, y que el Reglamento de 29 de enero de 1959 para la aplicación de aquella Ley, en lo referente a primas a la construcción naval y préstamo a los constructores navales, establece en su artículo 22 los requisitos para gozar de los beneficios de dicha Ley en el particular relativo a la modernización de sus astilleros y factorías.

Se alegó, además, que en la liquidación se había incurrido en error aritmético notorio, ya que aplicando el tipo del 1,20 por 100 a la base de 64.857.500 pesetas nunca puede obtenerse una cuota tributaria de 902.816,04 pesetas, como la fijada en la liquidación, por lo que se solicitaba la revocación de las liquidaciones y la devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso contra la liquidación, fundado en que el artículo 35 del Reglamento de Procedimiento en las Reglamentaciones Económico-Administrativas del 26 de noviembre de 1959 dispone que únicamente están legitimados para reclamar «aquéllos cuyos intereses legítimos y personales directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión», condición que en el caso sólo concurría en el Instituto Nacional de Crédito a cuyo cargo se giraron las liquidaciones; sin que tampoco se hubiera producido el error denunciado, ya que la base de liquidación por el concepto de hipotecas está constituida por el importe de la obligación principal garantizada, más los intereses de tres años y la cantidad señalada para costas, y hechas las operaciones matemáticas oportunas la liquidación está ajustada a derecho.

En su consecuencia, la resolución del Tribunal estima que el recurrente carecía de acción para recurrir cuando se pacta que uno de los contratantes se obliga al pago de los impuestos que el acto origina cuando la otra parte era la obligada reglamentariamente, y también se niega la devolución de lo pagado con error material, que en el caso no existe.

Tal resolución fué recurrida ante el Tribunal Central por la

entidad «Astilleros y Talleres del Norte, S. A.», alegando que, desde el momento en que del importe de la cantidad a percibir de las liquidaciones, se le deduce la cantidad a percibir por el capital del préstamo, entiende que los actos administrativos de gestión afectan de modo directo a sus intereses legítimos.

El Tribunal Central comienza por afirmar su competencia, que independientemente de la cuestión de fondo se plantea en el recurso otra que por su índole procesal ha de ser decidida por carácter previo, relativa a que siendo una la persona obligada al pago del impuesto, puede, sin embargo, en el caso examinado, impugnar eficazmente el acto o actos administrativos de gestión tributaria, y dice el artículo 35 del vigente Reglamento de la Jurisdicción económico-administrativa; distingue con perfecta claridad en sus dos párrafos quiénes están legitimados para promover reclamaciones y quiénes no lo están, negando tal legitimación y negándola, entre otros supuestos, a los que asuman obligaciones tributarias en virtud de contrato, cual sucede en el caso actual, en el que se pactó que la Sociedad prestataria se obligaba a pagar los actos derivados de cualquier impuesto, tasa o arbitrios que la base de los Astilleros, o los documentos y actos de formalización del préstamo o su cancelación, por lo que no ofrece duda que dicha Sociedad carece de acción para impugnar válidamente las liquidaciones en litigio practicadas a cargo del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, en su condición de contribuyente obligado al pago, y en cuanto al Impuesto de Derechos Reales o del artículo 7.º de la Ley del Impuesto.

En su consecuencia, no procede resolver el fondo de la cuestión planteada.

Respecto al argumento planteado acerca del error aritmético padecido al fijar la base liquidable, dice el Tribunal que conforme al artículo 156 de la Ley general tributaria tales errores son rectificables de oficio en cualquier momento, siempre que no hubiera transcurrido cinco años desde que dictó el acto objeto de la rectificación, es de observar que no existe equivocación en la operación aritmética, puesto que la base fijada no fué la de 64.857.500 pesetas, capital del préstamo, sino la de 75.254.700, integrada por el capital prestado, tres años de intereses y lo pactado para costas y gastos.

Comentarios.—El problema jurídico que plantea la reseñada resolución del Tribunal Central se reduce en realidad a uno solamente, cual es el de dilucidar si la entidad recurrente tiene o no acción, o sea legitimación activa.

El texto del artículo 35, en su apartado a), párrafo 2.º, quiso individualizar y determinar a los que tienen acción para recurrir, diciendo que la tienen «aquellos cuyos intereses legítimos personales y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión»; ¿pero es que el que pacta con otro y se compromete a pagar el impuesto que en principio correspondería al adquirente de la cosa o derecho transmitido no tiene un interés legítimo personal y directo como consecuencia del antedicho pacto? Entendemos que sí, pero no precisamente con apoyo en ese artículo 35, sino que su verdadero sentido nos lo da con claridad. El preámbulo de dicho Reglamento lo dice categóricamente en estos términos, «se ha estimado que debe de excluirse de la legitimación a los que asuman obligaciones tributarias en virtud de contrato con persona legalmente contribuyente», con lo cual queda perfectamente clara la exclusión establecida en el artículo 35 de dicho Reglamento.

Legitimados para reclamar, «aquellos cuyos intereses legítimos y personales directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión, condición que en el caso estudiado no concurría más que en el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, a cuyo cargo se giraron las liquidaciones, sin que tampoco se hubiera padecido el error aritmético denunciado, porque la base de liquidación por el concepto «hipotecas» está constituida por el importe de la obligación principal garantizada, más los intereses de tres años y la cantidad señalada para costas; y hechas las comprobaciones oportunas, la liquidación está ajustada a derecho, y no entró en el fondo del asunto por estimar que existía falta de acción o de legitimación activa por aplicación del artículo 35 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo ya citado, de 26 de noviembre de 1959.

Recurrida ante el Tribunal Central, éste la confirma y hay que decir que el problema jurídico nos parece que se reduce en realidad a uno solamente, cual es de dilucidar si la Entidad recurrente tenía o no acción, o sea legitimación activa para actuar,

por aplicación del artículo 35 del Reglamento de Procedimiento.

El texto de dicho artículo, en su apartado a), párrafo 2.º, quiso, al parecer, individualizar con precisión a los que tienen acción para recurrir, diciendo que no la tienen los ahora recurrentes. El texto dice así: «podrán promover reclamaciones económico-administrativas: a) aquellos cuyos intereses legítimos personales y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión»; y nosotros preguntamos, ¿pero es que el que pacta con otro que se compromete a pagar el impuesto que en principio correspondería al adquirente de la cosa o derecho transmitido no tiene un interés legítimo personal y directo en el acto de gestión como consecuencia del antedicho pacto? Entendemos que es sostenible esta tesis, pero ante el texto del preámbulo del Reglamento Económico-Administrativo debe excluirse de la legitimación a los que asuman obligaciones tributarias en virtud de contrato con la persona realmente contribuyente, puesto que el preámbulo dice: «se ha estimado que debe excluirse de la legitimación que se establece para los particulares a los que asuman obligaciones tributarias en virtud de contrato con la persona legalmente contribuyente».

El conflicto procesal que acabamos de exponer, desarrollado en la Resolución precedente del Tribunal Central, ha sido reiteradamente tratado por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 4 de octubre de 1944, a la que siguieron otras, como las de 27 de febrero y 2 de marzo de 1954, 23 de abril de 1955 y 22 de mayo de 1956, hasta que el citado Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo resolvió la cuestión definitivamente, diciendo en su artículo 35 que sólo tienen legitimación activa para recurrir aquellos cuyos intereses legítimos personales y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión, cuyo precepto está más perfilado en el preámbulo del mismo Reglamento cuando dice que «debe excluirse de la legitimación a los particulares que asuman obligaciones tributarias en virtud de contrato con la persona legalmente contribuyente».

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ-VILLAMIL

LIBROS

Scritti Minori de Antonio Cicu.—Tres tomos, con introducción de Francesco Messineo.—A. Giuffrè, editor.—Milán 1965.

Se recopilan en estos tres volúmenes una serie de monografías, conferencias y trabajos, a los que sobre todo, por razón de su número, pues superan el centenar, se les conoce bajo el nombre de «Escritos Menores de Antonio Cicu». Estos, sirven para darnos una medida adecuada de la riqueza y variedad de sus aportaciones, especialmente en las dos ramas del Derecho Civil relativas a la Familia y a las Sucesiones.

Es de estricta obligación al hablar de su obra, señala MESSINEO, mencionar sobre todo la impresionante tarea de transmutación—no intentada antes—respecto al Derecho de Familia. Así el volumen I recoge los trabajos acerca de: «Libertad y Derecho», 1.916; «La idea del deber y la idea del derecho», 1.921; «Concepción orgánica del Estado», 1.919; «Consideraciones sobre la estructura de la relación jurídica», 1.944; «Aquello que la Constitución no dice», 1.948-49; «Orientación sobre los problemas generales del Derecho», 1.950-51; «Derecho Natural vigente», 1.956; «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia», 1.952; «El espíritu del derecho familiar», 1.914; «El espíritu del derecho familiar en el nuevo Código civil», 1.939; «El derecho de familia en el Estado fascista», 1.940; «El concepto de “status”», 1.917; «Matrimonium seminarium reipublicae», 1.921; «El matrimonio y la familia en el Estado italiano», 1.933; «Sobre la indisolubilidad del matrimonio», 1.952; «El divorcio en España», 1933; «Recensión de la obra de Gastón Caby», «El principio de la indisolubilidad del matrimonio y la separación de cuerpos en el derecho italiano», 1.925; «El concepto jurídico del matrimonio y alguna de sus aplicaciones», 1.924; «De nuevo sobre la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio civil», 1.941; «Sobre el fundamento del llamado matrimonio putativo»,

1.952; «Acerca del tema de la responsabilidad civil por seducción con promesa de matrimonio», 1930; «Más sobre la responsabilidad por seducción con promesa de matrimonio», 1935; «Nulidad del matrimonio de los interdictados», 1.924; «Sobre el artículo 193, núm. 1 Código civil (1865)», 1.932; «Prueba del matrimonio», 1.928; «Sistema de comprobación de la filiación», 1.950; «Sobre la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio», 1.950; «Legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días», 1.952; «Sobre la presunción de paternidad», 1.947; «Sobre la prueba contraria de paternidad en las acciones de reclamación», 1.927; «Impugnación de paternidad», 1.950; «Sobre el desconocimiento de la paternidad», 1.952; «Presunciones de concepción», 1.953; «Conflicto entre padres legítimos y padres naturales en cuanto a la patria potestad», 1.954; «Usufructo legal del padre», 1.953.

En los anteriores estudios destacan los enfoques referentes al carácter común del derecho subjetivo familiar y derecho subjetivo público, pues en ambos los intereses en juego no se hallan en oposición, sino que, por el contrario, constituyen una unidad basada en un interés superior, lo cual provoca como consecuencia, una fuerte atenuación o debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad; la aparición del concepto de «status» familiar como situación jurídica permanente de la persona; la preeminencia de la idea del deber sobre la del poder y la noción de deber-poder que domina el entero ámbito de la familia; la superioridad de los fines asignados a ésta, objeto de consideración no sólo de la moral, sino también de la ciencia política, por ser la familia el núcleo originario que idealmente desarrolla al Estado; la diferenciación del Derecho de Familia del Derecho Privado pasando a constituir un estado intermedio entre éste y el Derecho público.

Se incluyen igualmente en este volumen, algunos escritos menos conocidos que resuelven problemas de la Teoría General del Derecho, o en los que se alude a los fundamentos de la ciencia jurídica, elaborados por su autor con ocasión de discursos inaugurales, disputas académicas o polémicas de orden político.

En el volumen II se ahonda sobre los temas fundamentales de la filiación y de la adopción, a base de una serie de estudios monográficos que iluminan los numerosos aspectos del Derecho de Fa-

milia y, sobre todo, de la institución del matrimonio, cuyo carácter no contractual depende de la voluntad de los esposos, derivándose su eficacia de la Ley, que es la que determina la producción de sus efectos. Considerando que una cosa es la procreación como hecho natural y, otra la filiación como procreación dentro del matrimonio, Cicu justifica la diversidad de las condiciones jurídicas respecto a la prole nacida fuera de matrimonio, cuya peculiaridad consiste en depender del estado matrimonial de los padres, pues sólo cumpliéndose este trámite se convierte en familia legítima. La relación de filiación legítima da lugar a un particular «status», del cual participan dos sujetos que adquieren dos «status» complementarios entre ellos, el de padre y el de hijo; uno y otro quedan vinculados al cumplimiento de las finalidades que el Ordenamiento asigna a la familia, y que respecto al padre consisten en la ayuda, no sólo material, sino espiritual del hijo. Se reconoce además en el Ordenamiento, la relación de filiación natural que tiene por sujeto a la prole nacida fuera de matrimonio, que en algunos casos y por varios modos, puede entrar a formar parte de la familia legítima; esta filiación se circunscribe a las personas del generante y del generado, sin conexión alguna respecto a los demás componentes de la familia del primero, constituyendo así un vínculo menos estricto si se compara con el que nace de la familia legítima. El desarrollo de la filiación constituye pues, una de las materias donde se experimenta la fecundidad de la general configuración de las relaciones familiares que Cicu ha introducido con aportación totalmente original en la literatura jurídica italiana.

Bajo estas ideas, el volumen II desarrolla los siguientes trabajos: «El tema del reconocimiento y legitimación del hijo natural», 1.931; «Reconocimiento del hijo natural en el testamento destruido», 1.947; «Reconocimiento del hijo natural en testamento», 1.951; «Convivencia "more uxorio"», 1.951; «La acción de la paternidad natural y la convivencia "more uxorio"», 1.949; «Paternidad resultante del juicio de daños por seducción», 1.951; «Paternidad natural resultante de la posesión de estado», 1.951; «Reclamación de la paternidad natural», 1.951; «Término para la reclamación de la paternidad natural», 1.951; «Legitimación del hijo adulterino por subsiguiente matrimonio», 1.940; «Aplicabilidad del artículo 240 del

Código civil a la filiación legitimada», 1.953; «La acción de la paternidad en el proyecto de Bianca Bianchi», 1.951; «Primeras consideraciones sobre la respuesta al cuestionario sobre el tema de la filiación», 1.952; «Sobre la condición jurídica del hijo adulterino reconocido mediante decreto real», 1.940; «Adulterinidad resultante de la impugnación de paternidad», 1.952; «Adulterinidad de la prole del matrimonio anulado», 1.933; «Adopción de hijo legítimo», 1.947; «Anulación de la adopción por petición de las partes», 1.958; «Opinión "pro-veritate" en el tema de la adopción del hijo adulterino», 1.943; «Acción del Estado», 1.959; «Acción de rectificación de los actos del estado civil y acciones del Estado», 1.949; «En defensa de la posesión de estado», 1.950; «Sobre los delitos contra el estado de familia (declaración de filiación ilegítima del hijo nacido de mujer casada)», 1.934; «Denuncia del hijo de mujer casada como hijo ilegítimo», 1.950; «Más sobre el fundamento de la alteración del estado», 1.951; «La naturaleza jurídica de la obligación alimentaria entre cónyuges», 1.910; «Derecho a los alimentos entre cónyuges», 1.902; «Sobre el tema de la regulación consensual de la obligación alimentaria familiar», 1.926; «Sobre el derecho de alimentos de los hijos naturales», 1.926; «Sobre el derecho de alimentos de los hijos adulterinos e incestuosos», 1.911; «Invariabilidad de los alimentos atribuidos a los hijos adulterinos e incestuosos», 1.924.

El Derecho Sucesorio, que ofrece la especial dificultad de no poder llegarse en él a una consideración unitaria, como es posible a veces en el Derecho de Familia, se desarrolla por Cicu con una inmejorable técnica, partiendo del hecho de la desaparición de un sujeto jurídico y de la necesidad de proveer a la regulación de sus relaciones de orden patrimonial. La transmisión de los bienes del causante al sucesor constituye uno de los modos de reafirmar la continuidad de la estirpe y un instrumento para la perpetuación de la actividad económica propia de aquél; este hecho hace desplegar la atención del autor hacia un conjunto de principios que regulan la suerte del patrimonio después de la muerte del titular, provocando su entera dedicación hacia esta rama del Derecho privado. Considera como tema fundamental de la herencia la sustitución del heredero en la posición jurídica del difunto y no el de la transmisión de bienes. Respecto al problema de si el cónyuge su-

pérsite es heredero o legatario, se muestra en contra de la corriente ortodoxa, partidaria de esta última posición. Estos y otros problemas, como el referente a la naturaleza jurídica de la aceptación con beneficio de inventario, los desarrolla en su Parte General del Derecho de Sucesiones y en numerosos estudios particulares recogidos en sus Escritos Menores, cuyo volumen tercero comprende: «La noción de heredero en el derecho italiano vigente», 1.927; «Sobre la institución de heredero condicional», 1.939; «Naturaleza jurídica de la vocación en el usufructo hereditario», 1.938; «Usufructo de la herencia», 1.950; «Usufructo del patrimonio», 1.955; «A propósito del usufructo del cónyuge supérstite», 1.953; «Sucesiones entre personas jurídicas», 1.956; «Desheredación y representación», 1.956; «Enajenación de bienes de herencia aceptada con beneficio de inventario sin autorización judicial», 1.954; «Acción individual en la liquidación por concurso», 1.955; «Renuncia a la herencia en forma contractual», 1.948; «Cuota de reserva y cuota de legítima», 1.947; «Sobre los derechos del legitimario preterido o lesionado en las disposiciones testamentarias», 1.947; «Sobre el artículo 60 de la Ley Notarial», 1.929; «Sitio de la firma del testamento ológrafo», 1.948; «Fecha falsa en el testamento ológrafo», 1.927; «Testamento conjunto», 1.948; «Testamento recíproco en actos separados», 1.937; «Nombramiento testamentario de administrador de los bienes hereditarios», 1.916; «Legado y liberalidad», 1.955; «Legado a cuenta o en sustitución de la legítima y usufructo del cónyuge supérstite», 1.952; «Legado en sustitución de la legítima y usufructo del cónyuge supérstite», 1.953; «La naturaleza declarativa de la división en el nuevo Código civil», 1.947; «Normas dadas por el testador para la división», 1.959; «Colación y deducción», 1.955; «La valoración del inmueble en la colación por imputación», 1.947; «La colación de las deudas», 1.909; «Problemas del Derecho Sucesorio», 1.961; «Sobre el tema de la donación a los entes eclesiásticos», 1.956; «Donación remuneratoria», 1.955; «Las automaticidades en el Derecho Privado», 1.901; «Simulación de sociedad mercantil», 1.936; «Hipoteca y presunción de fraude», 1.930; «Sobre el tema de la quiebra», 1.928; «Acuerdo entre el fallido y los terceros para la ejecución del concordato», 1.941; «Cuestiones sobre el tema de la revocabilidad de la restitución de la garantía», 1.942; «Obligación natural y cumplimiento de contrato nulo por falta de registra-

ción», 1.949; «La “usucapio libertatis” en el proyecto del nuevo Código», 1.940; «Drama judicial tragicómico en cinco actos y diecisiete escenas», 1.952.

Crisi ed evoluzione nel Diritto di proprietà, Giovanni Silvio Coco.—
Un tomo. Editado por A. Giuffrè. Milán, 1965.

El mayor interés de este sugestivo y brillante estudio radica en el detallado cuadro que ofrece acerca del nuevo perfil del Derecho de Propiedad, surgido como consecuencia del enfrentamiento de su clásico concepto con los nuevos componentes de la institución.

Se parte en él, de la idea de crisis en que se halla el concepto de la propiedad, cuyo fundamento y principio ordenador elaborado a lo largo de varios siglos de ilustres generaciones de juristas, ostenta una marcada derivación romanista y, de la decisiva influencia que dicho concepto ha experimentado a consecuencia de las múltiples revoluciones políticas, filosóficas y técnicas de nuestros tiempos que sobre él han incidido, provocando no sólo su crisis, sino en general la de los ideales y principios tradicionales que le informan. A esta crítica situación ha conducido también el exuberante desarrollo, que algunas instituciones como la propiedad, experimentan a consecuencia de una profusa elaboración legislativa, que por querer acoplarse a la tumultuosa evolución de la sociedad moderna, ha fluído y fluye desordenada y confusamente, superando los esquemas prefijados por la tradición jurídica con una lamentable falta de orden y coordinación, privando de armonía a la vida del derecho y haciendo surgir la necesidad de precisar la permanencia y actual validez de una serie de instituciones, entre las que destaca la de la propiedad.

En el concepto puramente doctrinal de la propiedad, se han reflejado de siempre las ideologías políticas, sociales, así como las presiones de los grupos de intereses que continuamente han intervenido sobre cualquier formulación del tema, con el fin de realzar que la disciplina del derecho de propiedad constituye el fundamento de la legislación económica—por la cual, a su vez, está condicionada—y que su problemática es demasiado compleja para poder

contenerse en un simple esquema. Sin embargo, la doctrina ha insistido siempre en la necesidad de ofrecer, de un lado, un exacto concepto del derecho de propiedad y precisar su estructura; de otro, mantener frente a la interferencia que por la multiplicidad de intereses en contraste con los del propietario, supone la propiedad, y ante las nuevas normas que alteran su originario perfil, la posibilidad de su delimitación a base de los caracteres de exterioridad, excepcionalidad y especificación, que permiten mantener su concepto individualista con un contenido normal.

En la fase preparatoria del Código de 1942, la cuestión relativa a la delimitación del contenido del derecho de propiedad, fué una de las más importantes, resolviéndose en el Código el problema referente a la función social de la propiedad, a base de eliminar de la definición toda referencia a la función, que pasó a considerarse no como una obligación o carga de carácter general, sino como expresión comprensiva de las especiales obligaciones que por disposiciones particulares de la Ley se imponen al propietario. Desde el punto de vista formal, la más importante innovación del Código consistió en incluir en la definición de la propiedad la referencia no a ésta, sino al propietario, sustituyéndose la expresión «la propiedad es» por la de «el propietario tiene». A esta innovación ha atribuido la ciencia jurídica un doble significado político-social y técnico-jurídico; se ha querido acentuar el aspecto subjetivo más que el objetivo, reforzándose de este modo la posición del Estado, puesto que respecto al propietario las cosas permanecen como objeto del Derecho, determinándose ahora la extensión de éste de acuerdo con las facultades atribuidas al sujeto. El derecho de propiedad no se confiere al propietario como un conjunto de poderes y facultades de máxima extensión, ya que existen, por el contrario, una serie de restricciones y de limitaciones que no comprometen la existencia del derecho, que por su propia elasticidad pervive, aunque el titular se encuentre permanentemente desprovisto de alguna facultad. No obstante, esta posición plantea el problema de individualizar y describir el núcleo esencial del derecho de propiedad que represente el mínimo del contenido necesario, pasado el cual, el derecho pese a su elasticidad, dejará de existir.

Las normas del Código modeladas sobre la tradición romanista, limitan la propiedad atendiendo a las generales exigencias de la

comunidad social, al tiempo que consideran como ilícitos aquellos actos del propietario que constituyan invasiones en la esfera jurídica interna de la propiedad de otro, salvo que tales inmisiones no sean el resultado de necesidades naturales o sociales. Pero esta regla ya no es en la actualidad suficiente, pues una propiedad disciplinada únicamente en función de los posibles conflictos entre los diversos propietarios, tan sólo puede admitirse en aquellos ordenamientos en los que como el romano, el fenómeno económico de la producción permanece irrelevante para el derecho. En la experiencia jurídica de nuestros días ocurre precisamente lo contrario, siendo por ello necesario enfrentar el clásico concepto de la propiedad con los nuevos componentes de la institución, que al interferirse sobre el tronco tradicional de aquel derecho alteran profundamente su fisonomía; en este sentido examina Silvio Coco, las limitaciones derivadas del trabajo, contratos colectivos, empresa individual y gran empresa, monopolios, la legislación anti-monopolista de la Comunidad Europea y su reflejo sobre el concepto clásico de la propiedad, intervencionismo del Estado en materia económica, el intervencionismo y el derecho de propiedad.

El concepto tradicional de la propiedad encuadrado en el Código, recoge al derecho en su fase estática y en su aspecto externo. En esta perspectiva todos los intereses del propietario sobre la cosa están tutelados y, todos los poderes de goce, utilización y disfrute se consideran lícitos, de tal modo que el propietario puede realizar sobre la cosa todos los actos que no se encuentren prohibidos por un expreso precepto legal, debiendo asimismo los terceros abstenerse de todo acto que ocasione molestia o perturbación. Pero la regulación de la propiedad no puede limitarse a un aspecto estático, sino que habrá también de tenerse en cuenta el dinámico, que se caracteriza por un conjunto de nuevos componentes que exigen una diversa perspectiva y con ella la necesidad de verificar la idoneidad del modelo clásico.

La actuación de la función en su fase dinámica, incide pues sobre la actividad de utilización y disfrute de la cosa, legitimando la imposición de cualquier imperativo de hacer o de no hacer cuando se considere necesario, impidiendo así que de la satisfacción del interés exclusivo del propietario derive una restricción o limita-

ción de los derechos fundamentales del ciudadano, o bien con la finalidad de promover la utilidad social.

La doctrina evidenciando sustancialmente la doble operatividad de la función social ha admitido la necesidad de delinear una nueva dimensión en el derecho de propiedad, en la cual, la posición del sujeto se examina como actividad para la utilización y disfrute de la cosa en el cuadro de las relaciones con los demás concurrentes y en contraste con los intereses de los otros sujetos.

En conclusión, respecto al nuevo perfil del derecho de propiedad, no se puede proceder a la formulación de una teoría general de este derecho, aunque sí pueden deducirse los elementos útiles para comprender la efectiva importancia—excepción hecha del esquema tradicional—, de los múltiples elementos que confieren un nuevo semblante a la institución. La propiedad privada no es una entidad ontológica, una esencia con atributos propios que se deban conocer y sistematizar, sino un concepto bajo el cual se califica en materia jurídica la apropiación privada de los bienes, que no por ello extingue unitariamente a la disciplina. Por larga tradición, el común concepto de la propiedad ha aislado la posición del sujeto privado del complejo de relaciones humanas y sociales que aquélla implicaba, calificándolo como dominio absoluto, pleno, exclusivo, etc., que sólo se limitaba en lo externo por la protección del igual derecho de los otros sujetos; pero en la actualidad, la multiplicidad de los límites que de por sí son, en cierto sentido, connaturales a cada tipo de propiedad, han hecho surgir una evolución profunda en la estructura intrínseca de la institución, ya que es indudable que una alteración cuantitativa en esta esfera se traduce, hasta cierto punto, en una alteración cualitativa del derecho. Además los intereses del propietario no constituyen el objeto central de la protección y sí únicamente un interés protegido en un complejo cuadro de intereses que con ellos contrastan. Se puede aún hablar de límites desde el ángulo del propietario, pero lo que no es posible es excluir la determinación de una dimensión nueva y anómala del derecho.

Si se permanece ligado al sistema tradicional es lógico que se hable de crisis, pero el nuevo principio que se va fatigosamente estableciendo, constituye con su peligrosísimo y relevantísimo aspecto negativo, la etapa de una evolución hacia un derecho más

justo y humano, en el que la base del Ordenamiento no se cimente sobre los intereses de una clase de propietarios, sino sobre la protección y cuidados que la conciencia moderna considera insustituibles en cada hombre.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

BROSETA PONT, Manuel: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*.—Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos. Madrid, 1965, 298 págs.

La obra del profesor Broseta, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia, constituye un claro ejemplo de los frutos que pueden obtenerse cuando, huyendo de construcciones dogmáticas, se utiliza con el más limpio estilo jurídico el doble método histórico y de atenta observación de la realidad.

El autor, en efecto, examina en el primer capítulo de su obra el desenvolvimiento histórico del Derecho mercantil hasta el tiempo de la Codificación, poniendo de relieve los diversos factores económicos, políticos y sociales que determinaron el nacimiento del Derecho mercantil como el Derecho especial de los comerciantes en el ejercicio de su tráfico profesional y que condicionaron en cada momento histórico su posterior evolución.

Pero al propio tiempo examina la realidad estrictamente jurídica de la época, llamando la atención sobre la existencia de una jurisdicción especial para el comercio, a la que correspondía resolver sobre los litigios y los conflictos de intereses entre los comerciantes, nacidos de negocios o de relaciones mercantiles, porque esta doble limitación subjetiva y objetiva de la competencia delimitaba en cierta forma el ámbito o contenido del Derecho mercantil.

Con especial interés señala el autor la presencia en esta etapa de una «tendencia» generalizadora que, posteriormente, al crecer en intensidad, generará un proceso de objetivación. Ciertamente, el uso ocasional de instituciones mercantiles por personas no comerciantes determinaría una extensión de la competencia de la

jurisdicción especial, y al propio tiempo indirectamente una ampliación del ámbito y del contenido del Derecho mercantil.

En el capítulo II estudia el autor el Derecho mercantil como el Derecho de los actos de comercio, partiendo siempre de la estructura económica y político-social de la época, dominada por el nuevo espíritu capitalista y por la ideología liberal de la Revolución francesa.

Suele afirmarse que esta nueva concepción objetiva del Derecho mercantil aparece en el Código de comercio francés de 1807; pero el autor pone de relieve, a la vista de los artículos del «Code», que recoge en su versión original, que el «acto de comercio objetivo» nace en el «Code» exclusivamente como un recurso técnico para extender la competencia de los Tribunales de comercio sobre ciertos negocios e instituciones que se reputaban mercantiles, aunque sus autores no fueran comerciantes, y no excluye el carácter predominantemente subjetivo que el Derecho mercantil tuvo en sus orígenes y que el «Code» conserva.

Pero el fenómeno de la progresiva extensión o generalización del Derecho mercantil, mal interpretado por la doctrina posterior, llevó a una progresiva objetivación del Derecho mercantil, que se acusa en el Código de comercio alemán de 1861; en el italiano de 1882; con ciertas dudas, en el español de 1829; y, paladinamente, en el vigente de 1885. El acto objetivo en estos Códigos no aparece ya como criterio técnico para la atribución de la competencia, sino como criterio sustantivo para la delimitación de la materia mercantil. El error de estos Códigos radica en haber afirmado el carácter mercantil y especial de aquellas instituciones y principios «generalizados» cuando se habían convertido en generales o comunes, es decir, en civiles.

Los Códigos más recientes han vuelto sobre sus pasos. El Código de comercio alemán de 1897 retorna al sistema subjetivo al situar al comerciante en el centro del sistema y estimar mercantiles todos los actos o negocios que realice en el ejercicio de su actividad mercantil. Pero al propio tiempo, consumando en su recto sentido la tendencia generalizadora antes señalada, se recogen en el Código civil las normas e instituciones que, nacidas en el seno del Derecho mercantil, se han convertido en civiles por efecto de su generalización. También el Código civil italiano de 1942 re-

torna a un sistema subjetivo centrado sobre la figura del empresario, que viene a sustituir en el texto legal unificado a la persona del comerciante.

El posterior desarrollo de la revolución industrial y el intervencionismo estatal, cada vez más acusado, imprimen a las nuevas estructuras económicas y político-sociales una profunda transformación. La producción aislada, característica de la época anterior, va siendo progresivamente sustituida por la actividad mercantil e industrial en masa. El nuevo protagonista de esta actividad económica es la empresa, y los autores, atentos a esta nueva realidad, formulan las nuevas concepciones del Derecho mercantil, que identifican con el Ordenamiento propio de la actividad mercantil e industrial realizada en masa, y posteriormente con el Derecho propio de la empresa. Al estudio de estas nuevas concepciones dedica el autor el Capítulo III de la obra, en el que después de exponer las teorías de WIELAND y de MOSSA examina la recepción de esta teoría en los distintos Derechos europeos. Con relación al Derecho y a la doctrina alemana, advierte que aunque el HGB no se sirve de la empresa para delimitar y definir el contenido y el concepto del Derecho mercantil, la doctrina no deja de plantearse el problema, ya sea para aceptar o para negar la identificación propuesta, y en este sentido examina las aportaciones de J. VON GIERKE, SCHUMANN, EICHLER, MOLITOR, GIESEKE, KRAUSE, SCHÖNFELD y LEHMANN.

En el Derecho italiano la cuestión se plantea en términos diferentes, porque es en el Proyecto de Código de comercio de ASQUINI, redactado en 1940, y que después pasaría a ser, con importantes modificaciones, el libro V del Código civil de 1942, donde por vez primera penetra la nueva concepción. En el Código italiano, en efecto, se instaure un tratamiento jurídico-privado unitario de la empresa entendida como fenómeno económico, tratamiento que sistemáticamente el propio Código reconoce que pertenece a varias disciplinas jurídicas. En él, además, se unifica legislativamente la teoría general de las obligaciones y el régimen jurídico de los diversos contratos de forma que desaparece el doble tratamiento civil y mercantil de alguno de ellos. Sobre esta base legislativa, la doctrina mayoritaria italiana admite la identificación del Derecho mercantil y del Derecho propio de la empresa, previa la distinción entre la «impresa»—actividad económica organizada—y la «azien-

da»—conjunto de bienes organizados para el ejercicio de aquella actividad—. De esta forma están afirmando, en definitiva, que el Derecho mercantil es el propio de la actividad profesional ejercida por el empresario por medio de una empresa («azienda»). Pero hay que advertir que en el régimen del Código italiano toda actividad empresarial no es mercantil. De ahí que para determinar el fundamento del Derecho mercantil el legislador italiano haya seguido un doble criterio: subjetivo, en cuanto que el centro del sistema parece retornar de nuevo al empresario, sujeto activo de una actividad; y objetivo, en cuanto que la actividad mercantil sólo son aquéllas que como mercantiles están objetivamente especificadas en el artículo 1.295 del Código. De gran interés para establecer estas conclusiones es el estudio que realiza el autor de las distintas posiciones de ASQUINI, ASCARELLI, GRECO, FRANCESCHELLI, FERRARA, GRAZIANI, GHIRON, FERRI, SALANDRA, MESSINEO, CASANOVA y BRACO.

Con relación al Derecho francés, resulta claro que la empresa está presente en el Ordenamiento jurídico en diversos campos o sectores del Derecho positivo, pero no se utiliza como criterio delimitador ni calificador del Derecho mercantil. Algunos autores, como ESCARRA, HOUIN, y TUNC y VAN RYN, con relación al Derecho belga, preconizan la identificación; otros, como RIPERT, HAMEL-LAGARDE y DESPAX la niegan. También sus distintas posiciones son examinadas en la obra.

Finalmente, estudia la recepción de la teoría en el Derecho y en la doctrina española. El sistema y el contenido del Código de comercio vigente permiten afirmar al autor que la empresa no es en él el centro del Derecho mercantil codificado. Cuestión distinta es que, independientemente de la orientación objetiva que se plasma en el artículo 2.º, el legislador no tuviera más remedio que recurrir constantemente a la presencia de un comerciante para calificar la mercantilidad de casi todos los contratos regulados en él. De otra parte, la presencia de la empresa se acusa en las Leyes fundamentales y en los textos positivos de carácter laboral, fiscal, administrativo, en la legislación económica de signo intervencionista, y hace también su irrupción en los propios textos de Derecho privado, como la Ley de arrendamientos urbanos y la de Hipoteca mobiliaria; también ha merecido la atención de nuestro Tribunal Supremo en cuanto es objeto de tráfico jurídico. Sobre

esta base legislativa la doctrina española ha estudiado la posibilidad de configurar el Derecho mercantil como el Derecho propio de la empresa, y en este sentido el autor pasa revista a las posiciones afirmativas de POLO, GARRIGUES, URÍA y GIRÓN TENA, y la de quienes niegan la posibilidad de identificación, como RUBIO, VICENTE y GELLA, LANGLE y, especialmente, la última posición del maestro GARRIGUES.

El último capítulo está dedicado a estudiar el fundamento y concepto del Derecho mercantil actual. Empieza el autor formulando la crítica de la teoría de la empresa para estudiar después el fenómeno de la unificación del Derecho privado y el contenido o ámbito de aplicación de nuestra disciplina sobre la realidad económica, como datos previos para la formulación del concepto.

En cuanto a la primera cuestión, la identificación del Derecho mercantil y del Derecho propio de la empresa se resiente de las dificultades mismas de averiguar qué es la empresa para cada autor que propone esta postura. El profesor BROSETA parte de un concepto económico de la empresa que configura como «organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado», advirtiendo que el concepto jurídico ha de ser coincidente con el económico si no quiere hacerse una construcción de espaldas a la realidad, y ha de ser unitario para todas las disciplinas que inciden sobre ella, sin perjuicio de que, concurriendo en la empresa los más variados intereses cada una de estas disciplinas puedan regular sólo los aspectos que le son propios.

Pues bien, las distintas formulaciones de esta teoría pueden reducirse a tres; la que afirma sin más la identificación del Derecho mercantil y Derecho de la empresa; la que lo define como el Derecho de las empresas mercantiles y las que se fundan en un concepto jurídico de la empresa, distinto del económico. La primera teoría desconoce que sobre la empresa moderna concurren diversas disciplinas y ninguna de ellas puede alzarse como monopolizadora del régimen jurídico de la empresa; además, presupone que todas las empresas son mercantiles, lo cual no es exacto. La segunda teoría sólo se sustrae a esta última crítica, pero sigue siendo cierto que tampoco es mercantil «todo» el Derecho que

incide sobre las empresas mercantiles; además, obliga a dilucidar cuándo una empresa es mercantil, lo cual dependerá de la naturaleza y extensión de la actividad realizada; pero con todo ello resulta que el centro de gravedad se desplaza de la empresa al empresario, puesto que es de éste y no de aquélla de quien puede predicarse la actividad realizada. En cuanto a la tercera teoría, que parte de la consideración de la empresa como actividad económica organizada, insiste el autor en que metodológicamente es incorrecto construir un concepto jurídico de la empresa distinto del económico; además, se resuelve en un juego de palabras, porque, en definitiva, se está afirmando que el Derecho mercantil es el propio de la actividad económica organizada y profesionalmente realizada por el empresario, lo que, en principio, parece correcto, pero que excluye la posibilidad de que sea la empresa el fundamento o criterio esencial de la materia mercantil.

El problema de la unificación del Derecho privado, preocupa hondamente al autor y es quizá al que dedica las páginas más brillantes. En el curso de la obra ha puesto de relieve cómo la progresiva generalización de las instituciones mercantiles se produce por la injerencia de los no comerciantes en el tráfico mercantil y cómo se resuelve reputando mercantiles tales actos para someterlos al mismo Derecho y jurisdicción, independientemente de la persona que los realiza. Pero el fenómeno se acrecienta en los tiempos modernos y se comprueba por tres datos externos: la emigración de normas e instituciones nacidas en el Derecho mercantil hacia los Códigos civiles; la difusión del espíritu comercial y la progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles. A la vista de este fenómeno, el autor estudia las diversas soluciones legislativas en el Derecho comparado, advirtiéndole que la unificación sólo se ha producido en Inglaterra por obra de la Jurisprudencia; en Suiza, con la promulgación del llamado «Code des Obligations», título V del Código civil suizo; y en Italia con la publicación del Código civil de 1942. Pero la unificación en el Derecho suizo es más formal que sustantiva porque subsisten contratos esencialmente mercantiles, y en otros, a pesar de tener un tratamiento unitario, existen preceptos especiales para regular las exigencias del tráfico mercantil; y en el Derecho italiano no es total, sino que sólo se ha realizado la

unificación del Derecho de obligaciones, subsistiendo un Derecho mercantil autónomo dentro del Derecho privado italiano. Esta es también la posición de la mayor parte de la doctrina, que señala la necesidad de unificar el Derecho de las obligaciones, suprimiendo la dicotomía contractual, que todavía consagra la mayoría de los sistemas legislativos y de reducir el ámbito de aplicación del Derecho mercantil, tal y como ha sucedido en el Derecho alemán, sin que todo ello suponga merma de la autonomía científica del Derecho mercantil dentro del Derecho privado.

En el Derecho español coexisten dos códigos distintos, dos teorías generales de las obligaciones, así como un doble tratamiento de ciertos contratos. Pero también en nuestro Derecho se ha acusado la generalización de las instituciones mercantiles; así lo revela la inclusión en el Código civil de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.170, del artículo 1.448, 464, etc.; la postergación de ciertos contratos civiles por sus homónimos mercantiles; incluso en algunos casos la generalización se produce en el propio Ordenamiento mercantil, como sucede en el artículo 325 del C. de c., y en los artículos 3.º de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Por lo demás, en nuestra realidad social se han producido todos los fenómenos de utilización por no comerciantes de instituciones que nacieron como mercantiles, caso del cheque, de la letra de cambio, del recurso al crédito, de la extensión a la agricultura de formas y métodos de actuación propios de las actividades mercantiles e industriales. Todo ello hace pensar al autor en la conveniencia de extender a nuestro Derecho privado la unificación de la teoría general de las obligaciones y de ciertos contratos regulados por partida doble en nuestros Códigos civil y de comercio.

De gran interés son las consideraciones críticas del fenómeno expuesto, en donde el autor se pregunta si debe unificarse totalmente el Derecho privado, con la consiguiente pérdida de autonomía del Derecho mercantil. Para resolver la cuestión, el autor estudia la repercusión del fenómeno en el estatuto profesional del empresario; en los contratos estipulados entre empresarios, entre un empresario y quien no lo es y, finalmente, entre quienes no poseen la condición de empresarios; en la teoría general de las obligaciones mercantiles; en ciertas instituciones mercantiles que,

como la letra de cambio y las operaciones bursátiles, se han «generalizado» totalmente; y en el espíritu de lucro, que habiendo sido exclusivo de la profesión mercantil se ha extendido a todas las clases sociales. El autor, después de un detenido estudio, llega a las siguientes conclusiones: 1.^a Que los fenómenos estudiados no producen la unificación total y sustancial del Derecho privado. 2.^a Que, por el contrario, aquellos fenómenos han producido en unos países legislativamente y en otros de «facto» la unificación parcial, es decir, la del Derecho privado de las obligaciones con una doble consecuencia: la supresión del tratamiento dualista de la teoría general de las obligaciones y de ciertos contratos en particular. 3.^a Que por virtud de la reducción operada, el ámbito de la nueva materia mercantil resultante se define, delimita y estructura en torno a tres criterios: el empresario, la empresa y la actividad mercantil. 4.^a Que por las razones expuestas, el Derecho mercantil continúa siendo, junto al civil, una rama autónoma del Derecho privado. Su especialidad se determina en función de la materia que comprende. 5.^a Que debe mantenerse la dualidad de Códigos.

Establecidas estas conclusiones, estudia la figura del empresario, de la empresa y de la actividad desarrollada, por cuanto es en torno a estos elementos como se define y estructura la materia mercantil, deteniéndose en el examen de los problemas que suscita la calificación como empresario mercantil del pequeño empresario, del empresario agrícola, de los entes de Derecho público que realizan actividades mercantiles e industriales y de los profesionales que mediante una compleja organización ejercitan una profesión liberal.

Este estudio le sirve al autor para determinar el contenido del Derecho mercantil actual. Por la presencia del empresario forma parte del Derecho mercantil: a) Las normas especiales en materia de capacidad para el ejercicio de actividades reputadas mercantiles; b) la obligación de inscripción en el Registro mercantil; c) el deber de llevar la contabilidad como obligación profesional; d) las normas que establecen un procedimiento especial para las situaciones de insolvencia del empresario; e) el Derecho a ejercitar libremente las diferentes actividades mercantiles, siquiera este derecho no debe estar contenido en los Códigos de De-

recho privado, sino en las normas de rango constitucional. Con relación a la empresa, pertenecen al Derecho mercantil las normas destinadas a mantener su organicidad y su unidad económica cuando ésta es objeto de tráfico jurídico. Desde la perspectiva de la actividad realizada por medio de una empresa forman parte del contenido del Derecho mercantil: 1) La regulación de los aspectos estrictamente mercantiles del régimen de los auxiliares del empresario; 2) la teoría de los signos distintivos, especialmente del nombre comercial y de las marcas; 3) la teoría y la regulación de la competencia ilícita entendida en sentido amplio; 4) la regulación legal y contractual de las llamadas, quizá impropriamente, «uniones de empresas» en cuanto suelen estar dirigidas a disciplinar su actividad económica en un sector determinado de la producción o distribución; 5) la regulación de ciertos instrumentos que son necesarios para el ejercicio de esta actividad, tales como los títulos valores y especialmente el cheque, la carta de porte y el conocimiento de embarque; 6) los contratos a través de los que se realiza la actividad externa de los empresarios mercantiles.

A la vista de este contenido puede ya formular el concepto del Derecho mercantil, que define como «aquella parte del Ordenamiento privado que regula a los empresarios mercantiles y su estatuto, así como a la actividad externa que aquellos desarrollan por medio de una empresa». Por tanto, el Derecho mercantil no es el derecho de la empresa, sino el de su titular y el de su actividad externa.

A través de esta síntesis, el lector habrá podido apreciar la importancia del tema y la profundidad con que ha sido tratado. El lenguaje empleado es siempre claro y preciso. Sólo nos resta añadir que creemos hallarnos ante una obra fundamental para el estudio del Derecho mercantil.

MANUEL SERRANO.

GINOSSAR, S.: *Droit Réel, Propriété et Créance. Élaboration d'un système rationnel des Droits Patrimoniaux*. «Librerie Générale de Droit et Jurisprudence» (LGDJ). París 1960. (Rústica, 213 páginas.)

El punto de arranque de la obra lo constituye un análisis de las distintas posiciones en torno a la clasificación de los derechos patrimoniales en reales y personales. Desde el primer momento hace gala el autor de una abundante información bibliográfica. Tras la cita de la «tesis clásica» de distinción entre ambas categorías de derechos pasa a otras corrientes aparecidas modernamente: la personalista («obligacional»), las nuevas tendencias cuantitativas. Ante la diversidad de pareceres doctrinales aparece evidente la necesidad de un enfoque racional al abordar la distinción, pero ello resulta muy difícil por las constantes anomalías que se pueden apreciar en los diversos tipos de derechos reales. Rechazando los intentos de síntesis, se propone realizar un nuevo enfoque de la cuestión que tenga en cuenta rigurosamente los caracteres de los diversos en la práctica, así como la debida consideración de la debatida «obligación pasiva universal».

Tras esta introducción, en que plantea las dificultades y la diversidad de soluciones propuestas, dedica su primera parte a los conceptos de «propiedad» y «crédito». Luego de exponer la concepción tradicional, de superioridad de la primera sobre el segundo, opina que existen, sin embargo, variados puntos de contacto. Así, la garantía general que los derechos de propiedad suponen para el acreedor; la escasa diferencia existente entre propiedad y créditos sobre cuerpos ciertos. Sin embargo, rechaza el autor como exagerada la teoría que ve en el crédito un camino hacia la propiedad (MOURLON, OLIER, incluso DEMOGUE). Acepta, en cambio, que la propiedad puede dar nacimiento a ciertos créditos.

Hace luego notar GINOSSAR, al enfrentarse con el elemento esencial de la propiedad, que no puede considerarse tal, como habitualmente se hace, ni a sus clásicos componentes «usus, fructus, abusos», ni al poder o señorío sobre la cosa, ni a la facultad de disposición. Para él la propiedad es esencialmente pertenencia; es

«la relación por la cual una cosa pertenece a alguien». Pero esta configuración también la encuentra en los créditos, a los que define como «bienes pertenecientes al acreedor y unidos a su propio patrimonio por efecto de un derecho de propiedad». Para el autor puede darse perfectamente, tanto la propiedad de una cosa material como la de un crédito, esto es, la de un derecho de tal clase. Reconoce, con todo, que la expresión «propiedad de un crédito» no aparece en el Código francés ni es tampoco usual en la doctrina, y menos en la jurisprudencia. Pero él cree que es perfectamente posible haciéndola remontar a la teoría romana de las «res incorporales». Además, según se dice en la obra que examinamos, analizando la cuestión puede observarse un paralelismo entre la propiedad de las cosas y la de los créditos; habrá divergencias, pero también existen entre la propiedad mueble y la inmueble. Por de pronto, pueden apreciarse en la propiedad de los créditos sus tres elementos distintivos: «usus, fructus, abusus» (o disposición); son, además, susceptibles de soportar desmembramientos o derechos reales restringidos (usufructo, prenda de un crédito), así como de posesión, embargo y ejecución forzosa. Todo ello hace posible emplear el término «propiedad», siendo preferible al de «titularidad de un crédito», como es usual.

Por otro lado, analizando la estructura del derecho de crédito, rechaza que se trate de una relación relativa, como se afirma, frente a la oponibilidad a terceros (persecución, preferencia) propia del derecho real. El derecho del acreedor no es menos exclusivo que el del propietario de una cosa; pueden acoplarse al crédito incluso las nociones de protección contra la desposesión y de reivindicación, si bien con ciertas diferencias, pues reconoce GINOSSAR que los casos de usurpación y adquisición de los créditos «a non domino» son muy raros. Estudia luego las garantías que puede esgrimir el acreedor: acción pauliana, acción por simulación o por complicidad de terceros en casos de menoscabo de sus derechos; con los distintos fundamentos que la doctrina les atribuye: carácter ilícito de la causa, culpa delictual o cuasi-delictual.

Una vez fijado el sentido de la obligación pasiva universal o deber de abstención, se ocupa GINOSSAR de algunas excepciones a este principio, tratando así de la expropiación, de la responsabi-

lidad por deudas y de algunos otros casos de origen legal o convencional.

Nuevo punto de contacto entre la propiedad y el crédito lo encuentra en los supuestos de enajenación, al ocuparse del momento en que ésta produce sus efectos respecto de terceros.

Otro punto de contacto entre ambas nociones jurídicas lo sitúa por último en la actuación de terceros de buena fe ante estos derechos.

Con todo ello llega a una conclusión: en el derecho de crédito pueden considerarse dos aspectos: uno relativo, entre acreedor y deudor; otro absoluto, que garantiza al acreedor su titularidad y que merece el nombre de «propiedad», constituyendo esta última, junto con la de cosas corporales, el patrimonio de la persona.

La segunda parte de la obra la dedica a los derechos en cosa ajena. Comienza por plantear la distinción entre derechos reales y personales; tampoco le satisface el configurarlos como derechos «*en una cosa*» o «*en relación a una cosa*». Presenta ejemplos de la vida corriente en que es difícil determinar si lo que configuran los interesados es un derecho real o personal. Se esfuerza por encontrar una diferencia, partiendo del supuesto de una obligación con garantía hipotecaria, concluyendo que es «derecho personal el que corresponde a una obligación personal» y «derecho real el que corresponde a una obligación real». Ante ello, se preocupa de analizar el concepto de obligación real («obligatio rei») desde su origen romano, que adquirió después pleno carácter con el feudalismo medieval, hasta llegar al viraje que supuso la obra de los Glosadores, con su bifurcación tajante del «*ius in personam*» y «*ius in re*». El concepto de obligación real pasó a entenderse de un modo limitado («*propter rem*»), con una injustificada desatención, según nuestro autor, por parte de la doctrina. Para él, a todo derecho real es correlativa una obligación real, sin necesidad de caer en la ficción de personificar la cosa (DEMANGEAT) para explicar la estructura y funcionamiento del derecho real.

El autor termina esta parte considerando que su teoría tiene un mayor alcance que la tradicional del «*droit de suite*» (persecución), dada la equivocidad de la expresión «opinibilidad a terceros», empleada normalmente.

Se preocupa luego de comparar propiedad y derechos reales. Tampoco aquí se muestra de acuerdo con la asimilación tradicional, que cree obra de los Glosadores, desviándose a su parecer de las auténticas fuentes romanas. Siguiendo su propia construcción anterior, no le corresponde a la propiedad una obligación real correlativa. Es un derecho distinto a los restantes, el único absoluto, frente a todos los demás, que considera relativos. Seguidamente trata el autor de combatir los trazos comunes aceptados tradicionalmente entre propiedad y derechos reales.

Comparando por su parte los «derechos reales» y «personales» los encuentra esencialmente semejantes, dada su «relatividad». Sólo se distinguen «por el modo de determinación del sujeto pasivo individual». El derecho real precisa, ante todo, de un bien individualmente determinado. En el personal existe un deudor, una persona que es posible designar por su nombre.

El derecho real muestra su carácter frente al personal especialmente con ocasión de la enajenación del bien. Otras notas las constituyen: la responsabilidad «intra rem» del obligado a otro real, su carácter preferencial y el principio de anterioridad o posterioridad temporal, que regula las relaciones de los derechos reales entre sí.

Tras ello, GINOSSAR habla del «carácter excepcional» que acompaña al derecho real, por ser considerado habitualmente un obstáculo a la circulación económica de los bienes, frente a la autonomía de la voluntad en materia convencional. Consecuencia de ello son las «medidas protectoras»: publicidad de las cargas reales, que hace se desarrollen habitualmente sobre inmuebles, sin que lleguen al mismo grado los derechos reales mobiliarios, salvo aquéllos asimilados a ellos, por su posibilidad de publicidad.

Ello se busca también de algún modo en la constitución de derechos reales sobre créditos mediante el consentimiento de los interesados para saber su existencia.

Otra diferencia la constituye la limitación de tipos permitidos de derechos reales por motivos de orden público, que recortan la libertad de los particulares, aunque ello no es totalmente igual en todos los Ordenamientos. También quedan anotadas la presunción contraria al carácter real de una obligación y el aban-

dono liberatorio a favor del titular de un bien gravado, como otras notas.

La última parte de la exposición intenta una combinación de los caracteres del derecho real y personal, para lo cual presenta el supuesto de la hipoteca («obligatio scripta in rem»); también, los casos de algunos derechos reales que comportan obligaciones accesorias y especialmente el caso del arrendamiento, de tantos caracteres complejos, junto con alguna pequeña alusión a los censos.

En su conclusión final, GINOSSAR justifica todo su esfuerzo: superar los conceptos meramente negativos de derecho real dados por los autores: éste y el derecho personal—resume—son dos categorías distintas de los derechos de obligación. Tras recapitular todos sus caracteres formula una «clasificación racional» de los derechos patrimoniales, distinguiendo derechos de propiedad y derechos de obligación; y entre los primeros, derechos corporales e incorporales, subdivididos los últimos en relativos e intelectuales. Con esto, y justificando las raíces romanas que inspiran toda su construcción, termina la obra.

La lectura del libro resulta amena; destaca, sin duda, la buena formación jurídica del autor, revelada en todos los detalles, aun los más incidentales; su técnica de citas es cuidada, con mucha documentación, dando siempre mucho relieve a las tesis doctorales, cosa que, siendo bastante usual en autores de expresión francesa, resalta mucho más en esta obra.

Pero, en general, su parte crítica es superior a la constructiva: sus intentos no resultan totalmente perfilados, pese a reincidir con frecuencia en ellos para buscar la persuasión del lector.

Apuntemos finalmente que quizá en las fuentes que maneja se deja sentir la falta de materiales italianos, que hubiesen sido convenientes tratando estos problemas.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS.

Ayudante de Cátedra de la Facultad de Derecho
de Valencia.

Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. M. García Amigo.—Ed. Tecnos. Madrid (287 págs.).

Se inicia la obra con una tabla de abreviaturas y concluye con una abundante bibliografía y cuadros de los preceptos positivos y de las sentencias citadas.

El cuerpo se estructura en una amplia Introducción y tres partes, dedicada la I a la «noción» de las cláusulas; la II a los «límites objetivos» de su validez y la III a su «contractualidad y eficacia».

Se contrasta la pobreza de la bibliografía española con la extranjera, que «cuenta con muchos y buenos estudios». En el Derecho positivo, aunque no se da una regulación específica, se referencian los artículos 1.102, 1.103, 1.104 y 1.911 del Código civil y los artículos 105 y 140 de la Ley Hipotecaria, como preceptos de aplicación general. Como específicos, los artículos 1.475, 1.476, 1.485, 1.553, 1.681, 1.745 del Código civil; 245, 350, 370, 619 y 620 del Código de Comercio y la Ley de 1949, con referencia al transporte marítimo; y los artículos 31 de la Ley de Anónimas y 8.º de las de Responsabilidad Limitada.

El Ordenamiento positivo español es fragmentario e incompleto, su defecto principal es «la falta de consciencia por parte del legislador español del hecho que la mayor parte de las cláusulas de limitación de la responsabilidad se estipulan en los contratos celebrados en base a condiciones generales de contratación. En verdad es ésta una crítica disculpable, toda vez que a la época de redacción de los Códigos civil y mercantil el problema de las condiciones generales de los contratos no revestía la agudeza que hoy presenta...» pero, pese a lo dicho, «creemos que se puede construir sobre la base que ofrece nuestro Ordenamiento positivo una teoría general de las cláusulas limitativas de la responsabilidad...».

Se estudian las cláusulas limitativas en la realidad negocial y se citan algunos ejemplos de la Seat, la Compañía Telefónica, el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, la Naviera

Aznar y las «regles et usances uniformes relatives aux credits documentaires».

En los precedentes históricos se repasan algunos textos del Digesto y un curioso fragmento de las Partidas.

En el juicio crítico sobre las mismas, afirma el autor estar convencido «de la utilidad práctica de su uso, naturalmente, no de su abuso». Para evitar éste deberán satisfacer todas las exigencias del principio de la autonomía de la voluntad.

La Introducción concluye explicando las fuentes utilizadas en el estudio y la sistemática a seguir.

Se entra de lleno en materia después de analizar el funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad, la jerarquía de las normas que regulan la relación contractual, el contenido subjetivo del contrato y la estructura de la responsabilidad contractual.

En tema de noción y terminología aplicables se las define provisionalmente como: aquellos pactos insertos en un contrato, mediante los cuales el acreedor y el deudor se ponen de acuerdo para establecer preventivamente, y en virtud del principio de autonomía de la voluntad, una limitación cualquiera de la responsabilidad que la Ley dispositiva atribuye al deudor por el incumplimiento imputable de sus obligaciones contractuales».

Diferencia las cláusulas limitativas de la responsabilidad de figuras afines: cláusulas que determinan el contenido de la prestación; seguro de responsabilidad civil; cláusula penal y teoría de la asunción de los riesgos.

Reconociendo que la variedad «es casi infinita» y que la doctrina formuló varias clasificaciones, el autor propone la siguiente:

A) Afectantes a la causa de atribución de la responsabilidad: a) dolo; b) culpa grave; c) culpa leve; d) causas objetivas; e) responsabilidad por actos de los dependientes con los mismos grados; y f) derivadas de actos de determinados dependientes (directivos).

B) Afectantes al «id quod interest»: a) exclusión; b) reducción a una cantidad irrisoria; c) limitación a una suma «a forfait»; d) o a su porcentaje de los daños sufridos; e) o al valor declarado o pagado por la cosa; f) limitación con referencia a deter-

minadas causas productoras del incumplimiento: 1.^a exclusión de los daños derivados de la mora; 2.^a reparando los vicios «in natura», con exclusión de los demás daños; 3.^a limitando la responsabilidad a determinados eventos, con exclusión de los demás, etc.

C) Afectantes a la garantía patrimonial responsable:

C') Aspecto sustantivo: limitación del patrimonio garante: a) limitaciones positivas: garantizando solamente con determinados bienes simplemente o con hipoteca, prenda o derecho de retención; b) limitaciones negativas: excluyendo determinados bienes o determinadas categorías de bienes o la garantía patrimonial universal.

C'') Aspecto procesal: a) con referencia a la acción, limitando el tiempo de prescripción o decadencia; b) con referencia a la excepción, por la inoponibilidad de todas o de determinadas excepciones.

D) Afectantes a la carga de la prueba: a) estableciendo presunciones de fortuito a favor del deudor; b) poniendo directamente la carga de la prueba sobre la otra parte.

El último fundamento de la validez de las cláusulas «es precisamente la libertad contractual en cuanto poder de configurar el contenido del contrato». Los límites se hallan en «las leyes», «la moral» y el «orden público». En puntos concretos se desarrolla el dolo; el orden público; la culpa grave y el principio «culpa lata dolo equiparatur»; el dolo y culpa de los dependientes del deudor; las buenas costumbres, buena fe y equivalencia de las prestaciones y límites de validez de las cláusulas que limitan la garantía patrimonial o invierten la carga de la prueba o acortan los plazos legales de prescripción y caducidad.

Después se trata de los límites a la validez de las cláusulas en los contratos particulares. En la compraventa civil son aplicables los principios comunes, pero hay dos supuestos de regulación específica: límites de validez de los pactos que excluyen la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos. En la compraventa mercantil la norma básica es el artículo 345 del Código de Comercio. Reconocida, en principio, la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por el juego del artículo 50, habrá que recurrir

a los artículos 1.102, 1.476 y 1.485 del Código civil. En el contrato de transporte es donde aparecieron las convenciones de no responsabilidad en su sentido moderno y actual. En el transporte de personas, por razones obvias, se declaran unánimemente nulas. Nada se opone a su validez en caso de retardo o daños en el equipaje de los viajeros. En el transporte de cosas hay que diferenciar el terrestre, el marítimo y el aéreo. En el primero subdistinguir: los internacionales se rigen por convenciones, generalmente suscritas por todos los países. Los viajes de ferrocarril (Convenio de Ginebra, revisión de 1961) y los de carretera (Convención de Berna de 1956). Los nacionales tienen, lógicamente, su regulación territorial específica. El Código español no las regula, pero en el artículo 350 se prevé la posibilidad de fijar preventivamente la indemnización a pagar en caso de retardo. En contra de la tesis de GARRIGUES, la nulidad general de las cláusulas con base en el débil argumento de la aplicación analógica del 620, sienta GARCÍA AMIGO la de su validez general, por regir el principio de autonomía de la voluntad, salvo cuando exista prohibición expresa; porque el 620 es norma prohibitiva y excepcional y no parece indicada la aplicación analógica; porque de quererlas prohibir el legislador lo hubiera hecho explícitamente—como en el caso del transporte marítimo—y porque el T. S. las considera válidas (Cfr. sent. 19-XII-1944). En el marítimo, los internacionales se rigen, en España, por la Ley de 22-XII-1949 y la responsabilidad se construye en base de los artículos 7, 8, 10 y 11 de esta Ley. En el transporte nacional la responsabilidad se determina en los artículos 618 y 620 del Código de Comercio. Para el transporte aéreo rige el Convenio de Varsovia de 12-X-1929. Los contratos bancarios tienen autonomía doctrinal pero en nuestro Código sólo se regulan algunos y éstos de forma incompleta. Ante el contrato de cheque se adoptan tres posiciones. La más general de atribuir la responsabilidad a la banca. La que imputa los riesgos sin culpa al cliente y la que distingue según la relación vincular banco-cliente. El autor sienta como conclusiones: que la banca ejercita una actividad profesional; que los daños se producen en la esfera patrimonial y de actividad del banco y que existe un precepto que nos resuelve el problema. El artículo 1.162 del C. c., aplicado ya por nuestro T. S. Se estudia después una cláusula de irresponsabilidad tomada de los formu-

larios del Banco Español de Crédito. Al no disponerse nada específico respecto de los contratos bancarios deberemos acudir a los principios generales. En el contrato de depósito de títulos en administración el límite será la culpa grave. En el contrato de delegación de créditos para el cobro se cita una cláusula del Banco Exterior de España. En el contrato de trabajo la responsabilidad está absolutamente sustraída a la voluntad de las partes en virtud del artículo 36 y debe citarse también el artículo 3.º de la Ley de Convenios colectivos sindicales.

La mayor parte de estas cláusulas se estipulan en contratos celebrados a base de condiciones generales. En España—respecto a estas últimas—se dibujan dos posiciones. Una las considera simples cláusulas contractuales, cuando han entrado a formar parte de su contrato y careciendo de todo valor en otro caso. Otra, la que diferencia las «condiciones generales de los contratos», que serían nuevas cláusulas contractuales y «las condiciones generales de la contratación», que serían normas objetivas de derecho semejantes a los usos mercantiles. La primera es la tesis civilista, que es la del autor. Admitida esta tesis las condiciones de su eficacia serían las exigidas para toda declaración de voluntad contractual. Una vez aceptadas puede surgir—respecto de ellas—el problema de su interpretación. El presupuesto inexcusable es la oscuridad de dichas cláusulas. La jurisprudencia española—al seguir esta tesis—aplica a estas cláusulas las normas de interpretación previstas para los contratos en general. Se mantiene por la doctrina, como distinción importante, la clasificación entre normas de interpretación subjetiva y objetiva o normas interpretativas e integrativas, cuya distinción tiene un alcance práctico importante, porque la preferencia de unas sobre las otras puede conducir a efectos contractuales diversos.

En nuestro C. c. tienen preferencia las normas interpretativas puras. La validez de las cláusulas de irresponsabilidad es clara en teoría, pero en la práctica pueden plantearse problemas que deben ser resueltos por aplicación del 1.284, debiendo tenerse en cuenta que este criterio interpretativo es subsidiario de los establecidos en los artículos 1.281 y 1.282 y que el precepto antedicho no determina un significado positivo, sino que sólo determina la producción de efectos, sin especificar cuáles; por otra parte, su aplicación

presupone la existencia de una voluntad contractual válida; esta norma interpretativa opera a favor del predisponente de las condiciones generales, en las que se integran las cláusulas de irresponsabilidad; en colisión con la norma del 1.289, goza de preferencia sobre esta última, aunque el 1.289 puede «dulcificar la norma del 1.284».

Si esta última norma se traduce en una interpretación desfavorable al perjudicado, hay otras normas que inclinan la interpretación a su favor. La casi totalidad de las convenciones de irresponsabilidad se estipulan en los contratos celebrados a base de condiciones generales, redactados preventiva y unilateralmente, por lo que será de aplicación la norma del 1.288, que establece «una especie de castigo contra "stipulatores" por no haberse expresado bien, debiendo y pudiendo hacerlo».

En principio, el 1.289 permite fundamentar una interpretación restrictiva de las convenciones de irresponsabilidad y una mayor reciprocidad de intereses. Este artículo es una norma subsidiaria de todas las demás. Así se manifiesta la jurisprudencia de todos los países, v. gr., en las cláusulas «ignoro peso, contenido y calidad de la mercancía», «mercancía vista», «vista y aceptada en el estado en que se encuentra», y otras semejantes.

La teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico no se formula de modo general en nuestro C. c., pero se alude a ella en el artículo 743. En opinión del autor, la nulidad de las cláusulas no anula el contrato, pero se sustituirán automáticamente «por el derecho legal».

Si son válidas producen los efectos generales típicos del contrato y los específicos de limitar la responsabilidad en alguna de las formas citadas al establecer el cuadro doctrinal o «en cualquiera otra forma que la fantasía de los empresarios llegue a dar realidad a su intento». En todas las posibles formas es nota común que el máximo fijado jamás puede exceder del máximo posible de daños reales sufridos. Otras cláusulas invierten la carga de la prueba, dejando intactas, al menos teóricamente, las causas de imputación de responsabilidad y la cuantía de los daños reales como medida de indemnización. El efecto práctico de tales cláusulas es el de limitar de hecho las causas de atribución de la responsabilidad.

Juicio crítico.—De bueno: estudio exhaustivo del tema, abundante bibliografía y selección de preceptos positivos españoles y extranjeros, de sentencias de tribunales nacionales y de otros países. De malo: reiteración de ideas en una sistemática un poco nebulosa, pero sobre todo se echa de menos un estudio serio de cláusulas tomadas de la vida negocial (sólo se estudian algunas pocas y de pasada) y se echa de más párrafos enormes, inmensos, en francés, alemán, italiano... (págs. 17, 56, 78, 103, 110, etc....). Si se quiso poner el texto de primera mano debió darse, simultáneamente, la traducción castellana. El que no posea el don de lenguas puede tener, también, vehementes deseos de conocer a fondo este cuidado y completo estudio de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

NOTA: Sobre 10, lo calificaría de 7.

ELÍAS IZQUIERDO.

•

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1965.

Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español, por Diego Espin Cánovas.

El Código, siguiendo a otros de su época y al Proyecto de 1851, prohibió la adquisición de servidumbres discontinuas por prescripción inmemorial, admitida en el derecho anterior. El autor se plantea la duda de si a través de la norma transitoria del artículo 1.939 cabría dar virtualidad a estos efectos, a una usucapión inmemorial iniciada, pero no consumada antes de la entrada en vigor del Código, inclinándose abiertamente por la negativa, dado que el citado precepto atañe sólo a la prescripción por plazos y constituye una excepción a la regla transitoria primera, que impide su interpretación extensiva. El respeto de las servidumbres discontinuas adquiridas por prescripción inmemorial, se refiere, como ha destacado recientemente el Tribunal Supremo, a aquellas cuya inmemorialidad ya se había «causado» al entrar en vigor el Código. Entender otra cosa

sería traspasar los límites de dicha disposición transitoria.

La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios, por Luis Díez Picazo.

El precepto legal contenido en el párrafo 2.º del artículo 1.459, aparentemente claro, suscita abundantes problemas de interpretación, como demuestran las diversas opiniones doctrinales y contradicciones jurisprudenciales a que ha dado lugar. Ello pone de manifiesto el interés de este detenido estudio interpretativo y la conclusión a que llega su autor de no considerar comprendidas en la prohibición aquellas compras en las que, de una u otra forma, intervenga el consentimiento del propietario mandante.

¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?, por Mariano Fernández Martín-Grainzo.

Los avances de la técnica moderna son a veces causa de resultados lesivos, que si bien rompen en muchos casos los moldes clásicos de la culpabilidad, han seguido estructurándose dentro del campo

de la responsabilidad civil. Ello aconseja revisar el concepto clásico de la misma, perfilando su contenido y caracterización de modo que permita la integración en esta figura, de los nuevos supuestos que merezcan tal calificación; así como la erradicación definitiva de aquellos otros, que considerados como de responsabilidad en el sentido clásico, constituyen figuras jurídicas distintas.

Octubre-diciembre de 1965.

Las iglesias de propiedad privada y el artículo IV del Concordato, por Tomás García Barberena.

El trabajo pone de manifiesto la significación de la personalidad jurídica de las iglesias en el ordenamiento canónico y las consecuencias que por el reconocimiento de dicha personalidad (art. IV del Concordato vigente) se producen en la situación jurídica de las iglesias de propiedad particular dentro del ordenamiento español.

Notas sobre la individualización de inmuebles, por Gabriel García Cantero.

Destaca el autor la trascendencia jurídica de esta individualización, especialmente en el campo del Derecho hipotecario, a través de los problemas que plantean las relaciones entre finca material y registral, sobre todo en el proceso inmatriculador, con la forzosa secuela de vinculaciones entre Re-

gistro y Catastro. En abstracto, dos sistemas son concebibles para obtener esta individualización: encomendarla al Registro de la Propiedad (que supondrá una coincidencia entre la noción sustantiva y registral de finca, como ocurre en Alemania), o a la autonomía de los particulares (caso de nuestro sistema, en el que hay un concepto registral de finca, independiente del material o sustantivo, dualidad acentuada por el carácter voluntario de la inscripción). La realidad física, la autonomía privada y la ley, son los factores fundamentales que determina la individualización de las fincas en el Derecho español.

El acto individualizador pertenece a los de destinación económica, y tiene carácter dispositivo. Sus elementos son dos: subjetivo (intención) y objetivo (deslinde material). Su presupuesto es la legitimación, que normalmente concurrirá en el propietario, y excepcionalmente en la autoridad administrativa o judicial. Su tutela la avalan diversos preceptos penales y civiles.

Excepciones legales al personalismo de las disposiciones «mortis causa», por Antonio Díez Fuentes

Detallado estudio de la facultad distributiva reconocida al cónyuge viudo por el artículo 831 del Código, con el fin de suplir la voluntad omitida del *de cuius* y evitar los efectos disgregadores que supone la división igualitaria en la sucesión intestada.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1966.

Enero de 1966.

Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción. por Diego Espín Cánovas.

Presupuesto el interés actual del tema de la evicción, especialmente en un sistema de transmisión de propiedad como el nuestro, en el que la función legitimadora de la posesión de buena fe (muebles) y de la inscripción registral (inmuebles) no es quizá todo lo sólida que debiera, estudia el autor los diversos sistemas de garantía en derecho comparado, el fundamento de la misma en relación con la culpa del vendedor, y finalmente el Derecho español.

La asistencia y la intervención en las Juntas de propietarios, por Mariano Fernández Martín-Granizo.

Se analiza el derecho de asistencia a las Juntas de propietarios, en los diversos supuestos previstos por el artículo 14 de la Ley de Propiedad Horizontal (asistencia personal y por representante, usufructuarios, condóminos y otros casos), y el derecho de intervención, perfectamente diferenciado del anterior, en cuanto implica una participación activa en la adopción de los acuerdos materializada en el derecho al voto, recogiendo las peculiaridades que presenta en este tipo de Juntas.

La llamada responsabilidad objetiva como garantía patrimonial, por A. Martínez Sarrión.

El autor estudia con gran amplitud el concepto de culpabilidad en los derechos romano y medieval, como primer paso en su propósito de demostrar que el principio de responsabilidad objetiva, a cuya consideración le inclina el artículo 39 de la Ley de Vehículos de Motor, no es más que una «auténtica tautología jurídica».

Estudio de la extinción de las obligaciones ante el nuevo impuesto general sobre transmisiones patrimoniales «inter vivos», por José Menéndez Hernández.

La inexistencia de una teoría general sobre el trato fiscal que deben recibir los actos extintivos de las obligaciones, induce al autor a estudiar detenidamente y por separado cada uno de ellos, con objeto de resolver el interrogante de cuáles deben recibir la carga tributaria y cuáles no; trabajo interesante y práctico.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre de 1965.

Tres momentos del título notarial, por Rafael Núñez Lagos.

Ensayo sobre el valor del documento notarial, como legitimación

sustantiva y formal para la circulación de las titularidades dominicales, dividido por el autor en tres apartados o etapas que en la elaboración del instrumento se suceden en orden cronológico: examen de títulos anteriores, redacción del nuevo título, e inmunidad del mismo, por aplicación del principio de integridad de la fe pública.

Usufructo de empresa mercantil, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 3 de mayo de 1965 por Ramón Fraguas Massip.

Entre las facultades que normalmente atribuye la ley al usufructuario se hallan las de poseer y gestionar la cosa; no obstante, las especialísimas características que tipifican en este caso al objeto, inducen al autor a considerar al usufructo de empresa como no gerencial.

Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo, por Alfredo García-Bernardo Landeta.

Como el mismo autor indica, su propósito es examinar la contradicción existente en los casos de disposición conjunta por los coherederos de una finca herencial antes de la partición, entre las normas civiles, que sancionan su validez, y las registrales, que impiden la inscripción de estos títulos por infracción del principio de tracto sucesivo. Inicia el trabajo con un estudio de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, analizando en sucesivos capítulos la legitimación de los coherederos

para la disposición conjunta, el tracto sucesivo en materia sucesoria, la naturaleza de la adjudicación total o parcial de bienes herenciales previa a la partición y su repercusión en ésta.

Noticia informativa sobre el hogar familiar ruso, por Mariano Alonso Lambán

Más que un estudio monográfico, constituye este trabajo un conjunto ordenado de notas legislativas y doctrinales en torno al hogar koljosiario («dvor») como patrimonio, que participando de la característica vinculatoria que tipifica otras formas semejantes de los derechos occidentales («homestead, biens de famille», etc.), se separa de ellas por la pluralidad de sus titulares y su carácter de explotación de apoyo o complementaria.

Aspectos más interesantes de la concentración parcelaria, por Rafael Benzo.

No es el trabajo un estudio completo de la concentración en todas sus facetas, sino un examen de sus aspectos más importantes desde el punto de vista de la práctica notarial.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 255, diciembre de 1965

El hospedaje en las viviendas en Régimen de propiedad horizontal, por Juan V. Fuentes Lojo.

La tendencia cada vez más generalizada entre los adquirentes de

pisos a destinarlos, no a vivienda propia, sino a otras actividades de tipo lucrativo como, por ejemplo, el hospedaje, conculca, según el autor, el artículo 7 de la Ley de 21 de julio de 1960 y (esto no cabe duda) el artículo 27 de la Ley sobre Viviendas de Renta Limitada.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1966.

Crisis funcional de los contratos,
por Sebastián Auger Duró.

Los contratos de ejecución periódica imponen al sujeto pasivo una conducta que al desarrollarse al compás del tiempo, queda condicionada al cambio de estructuras sociales. Partiendo de esta premisa, estudia el autor el tan traído y llevado problema de la dificultad o imposibilidad de la prestación, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1962, una de las más recientes sobre el tema.

El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia, por José María Cabrera Hernández.

Estudio sobre esta peculiar institución del Derecho catalán, y en especial de los problemas que pre-

senta la determinación de su naturaleza jurídica.

TEMIS

(Revista de la Facultad de Derecho
de Zaragoza)

Número 18. Año 1965.

Las mejoras fundiarias rústicas,
por Agustín Luna Serrano.

El concepto de mejora fundiaria entra en juego como factor de importancia cada día mayor, en una planificación de la agricultura, la cual en nuestro país debe buscar la adaptación de sus bases objetivas a las exigencias actuales, procurando la formación de fincas suficientes y rentables. En estos momentos en que la escasa rentabilidad de la tierra ha hecho cundir entre nuestros cultivadores la idea de que es demasiado arriesgado invertir capitales en la agricultura, tiene interés, a juicio del autor, hablar de las mejoras agrarias sobre predios rústicos destacando sus aspectos dogmáticos y normativos más relevantes. Delimita el concepto de mejora fundiaria, estudia sus tipos atendiendo a diversos criterios clasificatorios (objeto, función, resultado, etc.), para ocuparse, por último, del modo de realización de las mismas según la pauta marcada por las modernas leyes agrarias españolas.

F. M. C.

