

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLI * Marzo - Abril 1965 * Núms. 442-443

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; y

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

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

Precio : 200 pesetas al año.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
<i>Meditaciones hipotecarias: la mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales</i> , por Ramón de la Ríca y Arenal	245
<i>La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales</i> , por Federico Bas y Rivas	289
<i>El Registro de la Propiedad en Portugal</i> , por Angel de la Fuente Junco.	303
VIDA JURIDICA:	
<i>Régimen de acción concertada en la Agricultura</i> , por José Luis Laso Martínez	363
<i>Una sorprendente nota marginal</i> , por Demetrio Luna	380
<i>Las donaciones en la Ley de Reforma Tributaria</i> , por Jesús Alvarez Beltrán	387
LEGISLACION:	
<i>Crónica legislativa</i> , por Francisco de Cossio	395
JURISPRUDENCIA:	
<i>De la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> , por Ginés Cánovas Coutiño	407
<i>Civil</i> , por Bartolomé Menchén	423
<i>Arrendamientos</i> , por José María González López	440
<i>Mercantil</i> , por Ramón G. Sánchez de Frutos	451
<i>Contencioso-administrativa</i> , por Jesús González Pérez y Salvador Ortolá Navarro	454
<i>Procesal</i> , por José María González López	498
<i>Fiscal</i> , por José María Rodríguez Villamil	507
LIBROS:	
<i>El anteproyecto del Código civil español</i> , de M. Peña Bernaldo de Quirós, por Ramón G. Sánchez de Frutos	522
<i>La novación de las obligaciones</i> , de Francisco de Asís Sánchez Rebullida, por Agustín Luna Serrano	525
<i>Comentarios al Código de Comercio de Puerto Rico</i> , de J. J. Santa-Pinter, por Miguel R. Aguiló	529
<i>Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad horizontal</i> , de Fernando Monet Antón, por José Manuel Die Lamana	531
REVISTAS:	
Por Valeriano de Castro	539
VARIA:	
Don Juan Vallet de Goytisolo, miembro de la Comisión General de Codificación	545

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

Depósito legal: M. 968.—1958

ESTUDIOS

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales

SUMARIO: I. *Antecedentes sobre cancelación de hipotecas*: A) Antes de la reforma del Código civil. B) Después de la reforma del Código. C) Sistema adoptado por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.—II. *Doctrina de la jurisprudencia registral*: A) Resolución de 2 de noviembre de 1959. B) Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964.—III. *Examen de los fundamentos jurídicos de la expresada jurisprudencia*: A) Administración de la sociedad conyugal por el marido. B) Accesoriedad de la hipoteca. C) Obligación de cancelar exigible al acreedor que cobra el crédito. D) Concordancia entre realidad jurídica y Registro. E) Posible perjuicio al propietario de la finca gravada.—IV. *Otra Resolución posterior interesante*.—V. *Consecuencias de la doctrina civilista adoptada por la jurisprudencia registral*: a) Las «facilidades» en el Registro. b) Hipotecas constituidas e inscritas a favor de marido y mujer. c) Casos de cesión y de posposición de hipoteca. d) Caso de subhipoteca. e) Modificación reglamentaria indispensable.—VI. *Conclusiones*.

I. ANTECEDENTES SOBRE CANCELACIÓN DE HIPOTECAS.

El acaecer jurídico—legislación, jurisprudencia, doctrina—ofrece en algunas ocasiones, no muy frecuentes por fortuna, paradojas, antinomias y contradicciones no sólo insospechadas, sino inexplicables, al menos a primera vista. Suelen obedecer, por lo que a las jurisprudenciales se refiere, a la especial circunstancialidad de cada caso que obliga al juzgador a desviarse de la línea conceptual trazada en casos anteriores, idénticos o casi idénticos, pero de distinta circunstancia. Y pueden también ocurrir, aunque más raramente, cuando se resuelven problemas sencillos, acaso fútiles, pero en cuyo trasfondo se encierran otros de mayor envergadura, quizá de auténtica trascendencia, y cuya solución, en un sentido o en otro, queda pre-

determinada por la dada a la que podría denominarse *questio* minúscula.

Esto último es posible de modo particular cuando la jurisprudencia aplica o interpreta derechos positivos de carácter sistemático, que responden a un sistema coherente, articulado sobre principios básicos fundamentales integrantes de un todo metódico y lógico. Sirva de ejemplo señero la legislación hipotecaria o del Registro de la propiedad inmueble, que constituye una efectiva lógica jurídica, en la cual alterar un precepto aislado sin tener en cuenta el conjunto de los demás o retocar una disposición sin considerar sus inevitables repercusiones resulta sumamente peligroso y expuesto a producir las desviaciones y antinomias antes aludidas. Es como si en una partida de ajedrez planeada hábilmente por ambos contendientes y ya promediada, alguien modificase arbitrariamente la posición de las piezas: los dispositivos del ataque y de la defensa quedarían inservibles e ineficaces. Del mismo modo, si en una legislación sistemática el legislador o el juzgador, a través del precepto o de la sentencia, hace caso omiso de alguno de los presupuestos materiales o formales del sistema, quebranta todo el conjunto y puede poner en peligro la subsistencia concorde de las normas.

Sugiérenme estas breves reflexiones una reciente jurisprudencia establecida en tres Resoluciones idénticas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con un problema tal vez pequeño, pero cuyas consecuencias, si prevalece en lo futuro su doctrina, como es de presumir, pueden revestir mayor importancia. Ya es sabido que, no siendo la jurisprudencia fuente de Derecho en nuestra legislación, las Resoluciones de aquella Dirección sólo obligan en el caso concreto que resuelven; pero es tanta la autoridad del Centro Directivo y han sido tan sabias y tan fundamentadas muchas de sus decisiones, que no es lícito menospreciar la trascendencia que reviste el que de modo reiterado sostenga una doctrina interpretativa, y máxime cuando esta doctrina, dicho sea con todos los respetos, se enfrenta con algunos preceptos legales y reglamentarios y con reiterada jurisprudencia anterior.

Trátase, en suma, de algo tan simple a primera vista como determinar si para cancelar una hipoteca en garantía de créditos gananciales o presuntivamente gananciales e inscrita en el Registro a nombre de ambos cónyuges «conjuntamente y para la sociedad con-

yugal», basta el consentimiento sólo del marido o se requiere además el de la esposa, conforme al artículo 1.413, reformado, del Código civil y a los concordantes preceptos de la legislación hipotecaria.

Y las Resoluciones a que me refiero son las de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964; la primera y la última recaídas en recursos gubernativos promovidos solamente a efectos doctrinales; y todas dictadas con revocación de las notas de los Registradores y de los autos de los Presidentes de las respectivas Audiencias Territoriales (Valencia, Cáceres y Madrid) (1).

Para plantear bien el problema, en el terreno de la legislación vigente, y sin entrar en el arduo problema de si fué o no acertada la reforma del Código civil en orden a la disposición de bienes inmuebles gananciales y de si la intervención de la mujer en la cancelación de créditos hipotecarios que tengan esa calidad favorece o no sus intereses, es conveniente una sumaria exposición de antecedentes relativos a la cancelación por pago de las hipotecas garantizadas de créditos personales.

A) Antes de la reforma del Código civil de 1958.

En los albores de la implantación de la Ley Hipotecaria—antes, por consiguiente, del Código civil y de la Ley de 1909 y de las posteriores reformas de ambos Cuerpos legales—, la hipoteca se reputaba accesoria en términos absolutos de la obligación por ella asegurada.

La hipoteca se extinguía automáticamente por la extinción de la obligación principal, pues se consideraba, conforme a la Ley 38, título XIII, partida 5.ª, que la extinción de la obligación principal no podía por menos de llevar consigo la de la hipoteca que, como accesoria y ligada a ella, tenía que seguir su suerte. Como decía la Real Orden de 20 de abril de 1867, «quedaba extinguida de derecho

(1) Se trata de tres recursos contra otras tantas calificaciones de los Registradores de Carlet, de Almendralejo y de Madrid número 1. Por haber intervenido profesionalmente en el último de ellos, me creo obligado a tratar el problema planteado con la mayor objetividad, situándolo en un nivel puramente doctrinal, como lo hicieron con brillantez los competentes Notarios recurrentes. Y si, contra mi voluntad, se frustrase en algún juicio o concepto ese propósito de imparcialidad y elevación de miras, de antemano ofrezco mis excusas a cuantos no compartan mi criterio.

la hipoteca como pacto accesorio por el hecho personal del deudor de pagar la deuda a que servía de garantía y debiendo de verificarse en tal caso la cancelación por reputarse extinguido el derecho inscrito, como efecto natural del contrato». Tan accesoria era la hipoteca, que para su cancelación no era necesaria ninguna declaración especial de voluntad, ningún consentimiento del acreedor encaminado a la práctica del asiento cancelatorio y consiguiente extinción del derecho real, que era inconcebible desvinculado de la obligación personal.

Con esta tesis de accesoriedad tan absoluta bastaba para cancelar la hipoteca, como es lógico, que constase, que se acreditase el hecho del pago de la obligación asegurada. Y así no es de extrañar que en muchos Registros se cancelasen las hipotecas mediante la sola presentación de la escritura de constitución si a su final o pie el acreedor hacía constar que había recibido el importe del crédito. Así lo da a entender la Resolución de 1 de abril de 1863, que declaró no bastar para la cancelación el mero recibo del acreedor puesto al pie de la misma escritura o presentado por separado, «a no ser que en el primer caso autorice dicho recibo un Notario, o en el segundo se otorgue una carta de pago en forma legal». Como se ve, la Dirección aceptaba el procedimiento, pero exigía, como era lógico, la autenticidad del recibo.

Y poco después el Reglamento de 29 de octubre de 1870, en su artículo 72, disponía que las cancelaciones de créditos hipotecarios podían hacerse presentando en el Registro las mismas escrituras de crédito inscritas, con testimonio de acta notarial de pago, puesto a continuación de la nota de inscripción. Y como se considerase, pasados unos años, que el acta notarial no era suficiente para hacer constar el pago, la Resolución de 20 de octubre de 1875 declaró que para que el acta notarial surtiese el efecto de cancelar la inscripción de crédito hipotecario, era necesario que constase en ella que el Notario daba fe de la entrega de las cantidades al acreedor, no bastando que éste confesase haberlas recibido.

El Código civil, siempre respetuoso con la Ley Hipotecaria, dispuso en su artículo 1.880 que lo relativo a la constitución, modificación y extinción de la hipoteca que no hubiese sido comprendido en el capítulo III del título XV del libro IV del mismo Código, «quedará sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria». Es necesario

no olvidar este precepto, tenerlo muy presente como base de cuanto se ha de decir después. A su tenor, la extinción del crédito o de la obligación asegurada con la hipoteca e incluso, si se quiere, la extinción *inter partes* del derecho real se regularán por la legislación civil; pero la cancelación de la hipoteca, o, lo que es lo mismo, la extinción de ésta respecto de tercero, es de la competencia exclusiva de la legislación hipotecaria. Cualesquiera que sean las normas civiles, es tan sólo la Ley Hipotecaria y su Reglamento o disposiciones complementarias las que rigen todo lo relativo a la cancelación de la hipoteca, sus supuestos, sus requisitos, su forma, sus efectos, etcétera. No se olvide que la cancelación es un asiento registral y no una institución civil (2).

También el Código estableció en el artículo 1.875 el valor constitutivo de la inscripción de hipoteca y consideró a ésta como bien inmueble en el número 10 del artículo 334. Y en el 1.280, número 1.º, exigió que constaren en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Por su parte, la jurisprudencia hipotecaria y las Leyes de 1869 y 1909 y su Reglamento de 1915 (3) habían desechado el sistema de la cancelación automática de la hipoteca por el simple hecho del pago del crédito asegurado, y habían exigido una declaración especial de voluntad para tal cancelación: el consentimiento expreso del acreedor en que se realizase. Demostraba esto que obligación (derecho personal) y garantía (derecho real) vivían en dos mundos diferentes y que el principio de accesoriedad, innegable, no era, sin

(2) Por ello, produce no sólo extrañeza, sino también amargura, que Registrador y publicista tan calificado como BUENAVENTURA CAMY diga, al comentar en la «Revista de Derecho Privado», septiembre de 1964, página 803, la última de las citadas Resoluciones, que los problemas planteados—los de la cancelación registral de una hipoteca—«son netamente de orden civil». La extinción de la obligación asegurada y, aun si se quiere, la del derecho real garantizador—claro que sólo *inter partes*—, es evidente que pertenecen al orden civil y que por el Código se regulan; pero la extinción del derecho real en cuanto a tercero, la extinción de un asiento registral por medio de otro asiento de cancelación!... Admirado CAMY: no hay que anticipar el sepelio de los principios hipotecarios que informan genéricamente nuestra legislación vigente y de modo concreto la unitaria teoría de la cancelación.

(3) El artículo 231 del Reglamento de 1915 reputó a la cancelación de hipoteca como acto de enajenación y por ello exigió la autorización judicial para que el padre o la madre pudieran realizar actos de extinción de derechos reales pertenecientes a sus hijos menores, tales como cesión, renuncia, subrogación, cancelación, etc.

embargo, tan absoluto e irrefragable que pudiese determinar la cancelación automática de la hipoteca en el Registro por la sola extinción de aquélla. Se partía, como dice ROCA SASTRE, de una diferenciación enérgica entre el crédito y la hipoteca, a base de que uno y otra son entidades pertenecientes al campo de las obligaciones y al de los derechos reales respectivamente (4), por lo que el pago en débito garantizado sólo extingue la obligación, en tanto que la extinción del derecho real requiere un acto especial de cancelación.

La jurisprudencia siguió reiteradamente este camino, de acuerdo con la doctrina dominante. Son muchas las Resoluciones que proclamaron que los actos jurídicos de cobro y de cancelación, que extinguen respectivamente el crédito personal y el derecho real que lo garantiza se hallan diferenciados en nuestra legislación de forma absoluta, y que la cancelación de un derecho inscrito constituye un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación (Resoluciones de 8 de enero de 1921, 27 de septiembre de 1924, 25 de octubre de 1932, 22 de junio de 1936, etc.) (5).

Y llegamos a la Ley Hipotecaria de 1946 y al Reglamento de 1947.

(4) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, tomo III, pág. 832.

(5) De estas Resoluciones merecen destacarse los siguientes Considerandos de la de 8 de enero de 1921: «Que sobre todo la forma jurídica del pago se reviste de extraordinaria solemnidad cuando ha de ir acompañado por parte del acreedor de la cancelación de un derecho real inscrito, porque entonces se hace patente la separación de dos elementos esenciales: el pago, que funciona como causa, y la declaración cancelatoria, que es su consecuencia, regidos por normas de carácter diferente y que, por lo tocante a la capacidad de las personas, exigen del Notario una cuidadosa atención, ya que la capacidad para recibir en pago cantidades no se desenvuelve en la legislación paralelamente a la facultad de cancelar inscripciones». De la de 27 de septiembre de 1924: «Que los actos jurídicos de cobro y cancelación de préstamos hipotecarios que extinguen respectivamente el crédito personal y el derecho real que lo garantiza, se hallan en nuestra legislación diferenciados en forma tan absoluta que son muchas las ocasiones en que una persona autorizada, en general, para recibir pagos, no puede extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda correspondiente, sin que esta consecuencia pueda presentarse como absurda deducción del sistema, sino más bien como lógica derivación de la distinta importancia que para el régimen jurídico tiene el crédito y el derecho real, los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o un efecto hipotecario». Y, finalmente, la de 22 de junio de 1936: «Al estimar el recurrente la extinción de la garantía hipotecaria consecuencia del pago, tiende a destacar el último como acto principal, prescinde de las características del caso y resuelve la dificultad con atención exclusiva al aspecto obligacional, sin tener en cuenta que la escritura era de carta de pago y cancelación de hipoteca y que, por tanto, la capacidad había de ser la requerida para estos actos, puesto que el cobro determinaba la extinción del derecho real de carácter accesorio». «Que el derecho de cancelar no es inherente al de administrar; que la cancelación

La primera sigue exigiendo para la cancelación de hipoteca el consentimiento del acreedor o titular inscrito, declara que las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación, y que cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que se refiera, lo que *a sensu contrario* implica que, respecto a tercero, si el asiento está vigente, el derecho se presume subsistente y eficaz. El Reglamento contiene un nuevo precepto, inspirado en la jurisprudencia, que pone de manifiesto que la accesoriedad de la hipoteca no es tan absoluta que el pago del crédito determine automáticamente la cancelación del asiento registral. Me refiero al 179, que literalmente dispone: «Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1.º del artículo 82 de la Ley o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

En definitiva, hasta la reforma del Código civil de 1958, la legislación hipotecaria—única competente para regular lo relativo a la cancelación de las inscripciones de hipoteca, no lo olvidemos—exigía para llevar a efecto esta cancelación un consentimiento especial del titular registral o sea del acreedor o acreedores inscritos, no siendo suficiente el que constase el simple acto de pago del crédito y subsiguiente extinción de la obligación asegurada. Y en lo que respecta de modo concreto a la cancelación de créditos gananciales o presuntivamente gananciales—esto es, de aquellos créditos en que no se hiciese constar la procedencia del dinero o no se acreditase ser éste privativo del marido o de la mujer aunque se alegase—, regía una norma general y clara: siendo el marido no ya el administrador de la sociedad legal, sino el único legitimado para la disposición de sus bienes, era él y solamente él quien tenía facultad para consentir en la cancelación registral de dichas hipotecas, hubiese o no cobrado el crédito asegurado. Únicamente se exceptuaban de esta regla, conforme a los artículos 95 y 96 del Reglamento de 1947, los créditos hipotecarios constituidos como de la exclusiva pertenencia de la mujer, sin que se justificase, los cuales se inscribirían a nombre sólo

es acto de desprendimiento de derechos y requiere capacidad para disponer, y que los actos y contratos en virtud de los que se extinguen y cancelan derechos reales inscritos por tener el alcance de una verdadera enajenación, no cabe con fundirlos con los referentes al cobro de créditos».

de ella, pero haciéndose constar esa circunstancia y la de si el marido aseveraba o no la realidad de la procedencia del dinero; los cuales se cancelarían por la mujer con consentimiento del marido.

Esta excepción obedecía al propósito del legislador, en aras de la protección jurídica a la mujer, de evitar que el marido pudiese cancelar por sí solo hipotecas inscritas a nombre de aquella por el hecho de ser presuntivamente gananciales al no haberse justificado la procedencia efectiva del dinero (6).

B) Después de la reforma del Código civil de 1958.

Y llega la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, y en su nuevo artículo 1.413 introduce un cambio profundo, casi podríamos decir radical, en orden a la disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles pertenecientes a la sociedad legal de gananciales, pues para tales actos de disposición se exige al marido que complemente el suyo con el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial. Literalmente dice así: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles».

Aunque Código y Ley del Registro pertenecen en España, y por lo que se refiere a la regulación de la propiedad inmueble, a dos mundos diferentes, casi antagónicos, pues uno es de inspiración romana y se base en la posesión y el título y el modo, y la otra es de progenie germánica y se fundamenta en el sistema de la publicidad registral; y a pesar de no haber sido posible integrarlos hasta ahora

(6) Antes de esa reforma era muy frecuente el supuesto de que bienes o derechos inscritos a nombre de la mujer, que se reputaban de presuntivamente gananciales por no haberse acreditado en forma la procedencia del dinero con que fueron adquiridos, fuesen enajenados o gravados libremente sólo por el marido, sin que la esposa tuviese siquiera conocimiento de ello. Injusticia tan patente daba lugar a efectivas expoliaciones del patrimonio de la mujer, cuando al ser inscrito no se justificaba debidamente ser dotal o parafernial el dinero de la adquisición, y aunque el marido así lo aseverase. El Reglamento de 1947 puso remedio a esta anomalía, anticipándose a lo que después se hizo al reformar el Código.

ni salvar la evidente dualidad normativa entre ambos existente, resulta innegable la enorme influencia que las reformas del Código ejercen en el coto hipotecario. Por ello, las modificaciones en el Derecho sustantivo resuenan siempre o hallan su eco en el recinto del Registro, porque las relaciones jurídicas inmobiliarias que en éste se inscriben están siempre moldeadas por las normas civiles, mercantiles o administrativas, singularmente por las primeras.

No es de extrañar, pues, la fuerte resonancia que en punto a la cancelación de créditos hipotecarios gananciales tuvo la reforma del Código civil y los problemas que se plantearon a Notarios y Registradores sobre si podrían o no cancelarse tales créditos con sólo el consentimiento del marido o si, para dar cumplimiento al nuevo artículo 1.413, sería también necesario el de la mujer. Hubo diversidad de opiniones doctrinales interpretativas y, lo que es más grave, criterios diferentes en la calificación registral. El Notario MIGUEL BORRACHERO distinguió las siguientes opiniones, que se traducían en otras tantas maneras de actuar: a) No exigiendo el consentimiento de la mujer en ningún caso. b) Exigiéndolo en todos. c) Exigiéndolo solamente en los supuestos de cancelación de hipotecas constituidas después del 15 de mayo de 1958, fecha de entrada en vigor de la Ley de reforma del Código. d) Exigiéndolo solamente en los supuestos en que el vencimiento de la hipoteca fuese posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley, pero no a las hipotecas que, vencidas antes, se cancelasen con posterioridad (7). Aún cabría añadir otro: el de que no era necesario el consentimiento *uxoris* cuando el marido cancelase hipotecas garantizadoras de créditos vencidos; y sí lo era cuando se anticipase el pago y la subsiguiente cancelación.

Tal situación requería, no ya una doctrina jurisprudencial que fijase una interpretación racional y única, sino más bien una norma positiva, de rango legal, o reglamentario si la promulgación de una Ley ofrecía dificultades insuperables, que resolviese imperativamente el problema planteado.

Y así se hizo mediante la reforma parcial del Reglamento Hipotecario, una de cuyas finalidades, según el preámbulo, fué coordinar sus disposiciones con «la última y sustancial reforma del Código civil».

(7) MIGUEL BORRACHERO: *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1959, páginas 243 y siguientes.

C) *Sistema adoptado en la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959.*

Esta importante reforma modificó los artículos 95 y 96 del Reglamento anterior, relativos a bienes de la sociedad conyugal, a su inscripción y a su disposición registral. Refiriéndonos exclusivamente a lo que es objeto de este trabajo, o sea, a la inscripción y disposición de los créditos hipotecarios gananciales o presuntivamente gananciales, podemos sintetizar los preceptos reglamentarios del siguiente modo: 1.º Cuando el crédito ganancial se adquiriera por los dos cónyuges o por uno de ellos sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del dinero prestado, se inscribirá a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal. 2.º Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que ese dinero es de la exclusiva propiedad del que figure como acreedor, o sea, del adquirente del crédito, pero sin justificarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia de la aseveración, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tal crédito.

Y en cuanto a la disposición del crédito, y, por tanto, en cuanto a su cancelación (*acto dispositivo*, según reiteradísima jurisprudencia y la *communis opinio* de los juristas), el artículo 96 dispuso: Los actos dispositivos de los bienes a que se refiere la regla primera se regirán por las normas de los bienes gananciales, que son las contenidas en el artículo 1.413 del Código civil, que exige el consentimiento *uxoris* para los actos dispositivos sobre inmuebles. Y los actos dispositivos sobre los créditos comprendidos en la regla segunda se otorgarán por el cónyuge titular con el consentimiento del otro, lo que viene a ser análogo a lo dispuesto respecto a los de la regla primera, con la sola diferencia de que en este segundo caso puede ser la mujer la que disponga con el consentimiento del marido.

Con este sistema comprendieron los redactores de la reforma que se iban a producir ciertas dificultades para la cancelación de todos los créditos hipotecarios anteriores a la reforma del Reglamento, los cuales, por regla general, con muy pocas excepciones, se hallaban inscritos a nombre sólo del marido, y que exigir para su cancelación el consentimiento de la mujer iba en contra de algunos artículos bá-

sicos de la legislación hipotecaria, tales como el 20 y el 82, que se conformaban para la cancelación con sólo el consentimiento del titular inscrito, y el 179 del Reglamento, que reafirmaba dicha tesis (8).

Por otra parte, había algún supuesto que podía producirse con posterioridad a la vigencia de la reforma reglamentaria y en el cual tampoco parecía conveniente exigir el consentimiento de la mujer para la cancelación. Tal era el caso de que, al constituirse la hipoteca, la mujer hubiese aseverado que el dinero del préstamo garantizado era de la exclusiva pertenencia del marido, en cuyo caso la inscripción se practicaría sólo a nombre del marido, haciendo constar tal aseveración. Lógico era que en tal supuesto, poco corriente, bastase el consentimiento del marido para la cancelación, puesto que el de la mujer se podía presumir insito en su aseveración.

Y por estas consideraciones se añadió un párrafo final al artículo 178, con el fin, según declara el preámbulo, de «facilitar la cancelación de hipotecas por el marido en casos muy cualificados». Dice así dicho párrafo final, conciso, contundente, y que no admite interpretaciones: «Bastará el consentimiento del marido para la cancelación, por pago, de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales».

A su tenor, todas las hipotecas anteriores a la reforma del Reglamento inscritas a nombre sólo del marido y garantizadoras de créditos gananciales o presuntivamente gananciales, se podían cancelar sólo por el marido, siempre que la cancelación obedeciese al pago de la obligación asegurada. Y del mismo modo el marido podía cancelar por sí solo los créditos hipotecarios de dicha naturaleza inscritos a su nombre, respecto a los que la mujer hubiere aseverado ser el dinero de la exclusiva propiedad marital, aunque se hubiesen inscrito después de la vigencia del Reglamento.

Tal fué la solución legislativa—con rango reglamentario—dada al problema planteado, y la que ha venido aplicándose durante cinco años en la práctica sin graves obstáculos, aunque no sin alguna protesta por parte de los adversarios de la intervención femenina im-

(8) En este particular puedo hablar con conocimiento directo de lo ocurrido, por haber formado parte, con intervención activa, de la Comisión redactora de la reforma reglamentaria de 1959, al lado de juristas tan relevantes como ANGEL SANZ, VICENTE LLEDÓ, Pío CABANILLAS y NARCISO DE FUENTES, bajo la presidencia del no menos reputado jurisconsulto el ilustre Director general don JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

plantada, contra toda nuestra tradición jurídica e histórica, en la reforma del artículo 1.413 del Código.

No cabe la más leve duda sobre la interpretación que se ha dado al artículo 178 del Reglamento. La misma colocación del nuevo párrafo en dicho artículo 178, que establece excepciones a la regla general sentada en su párrafo primero respecto a ciertas cancelaciones, indica claramente que el nuevo párrafo es también una excepción a la regla general establecida en los artículos 95 y 96 de ser necesario el consentimiento de la mujer, lo que corrobora el preámbulo al hablar de facilitar la cancelación «en casos muy cualificados» (9).

II. DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL.

Cuatro Resoluciones ha dictado hasta ahora el Centro directivo sobre esta materia, las cuales serán examinadas con la detención que merecen.

a) *Resolución de 2 de noviembre de 1959* («B. O. del E.» de 20 del mismo mes y año).

Esta, aunque dictada después de la vigencia de la reforma reglamentaria, resolvió, sin duda, un recurso interpuesto con anterioridad y con arreglo a la legislación anterior.

Se trataba de un crédito hipotecario ganancial escriturado en oc-

(9) Al aludir a «casos muy cualificados» para permitir la cancelación de hipotecas sólo por el marido, es claro que el legislador se refirió a hipótesis no corrientes y normales. Dentro de las nuevas normas registrales sobre inscripción de bienes y derechos gananciales o presuntivamente gananciales, lo normal y ordinario habría de ser que figurasen inscritos a nombre de ambos cónyuges; lo cualificado, lo más raro, sería que figurasen inscritos sólo a nombre del marido, y ello podía obedecer a dos causas: a que se tratase de inscripciones anteriores a la reforma reglamentaria o a que se tratase de créditos inscritos sólo a nombre del marido, aun después de dicha reforma, por justificarse su calidad de privativas o por haber aseverado la mujer la procedencia privativa del capital prestado, y en todos ellos la cancelación no requería el consentimiento *uxoris*. Por otra parte, no es necesario ningún esfuerzo mental para comprender que el supuesto de cancelación de una hipoteca por pago de la obligación asegurada es el más frecuente y menos cualificado de todos los supuestos cancelatorios: como que representan el 99 por 100 de las cancelaciones. Lo cualificado no es el pago de la obligación: es el que la hipoteca figure inscrita sólo a favor del marido, puesto que después de la reforma esa hipótesis sería poco frecuente.

tubre de 1954 e inscrito en el Registro, como es lógico, sólo a nombre del marido, que también era quien únicamente había concurrido al otorgamiento de la escritura. Vencido el crédito, se canceló sólo por el marido el 22 de octubre de 1958, o sea, después de la reforma del artículo 1.413 del Código y antes de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, la cual, por consiguiente, no podía ser aplicable al caso. El Registrador suspendió la inscripción por no acreditarse el consentimiento de la esposa del acreedor o, en su defecto, autorización judicial. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección confirma tal auto, que contenía dos afirmaciones un tanto sorprendentes: que la protección a la mujer dispensada por el artículo 1.413 necesita petición individualizada de la misma o de sus herederos y que constituía una oficiosidad del Registrador poner obstáculos a los actos de disponibilidad de *bienes muebles (sic)* de una sociedad de gananciales.

Fundóse el Centro directivo, que se había planteado correctamente el problema en litigio, en la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación asegurada; y en que el marido continuaba siendo el administrador de la sociedad conyugal, aun después de la reforma del Código, y, por tanto, podía cobrar los créditos a favor de dicha sociedad y consentir válidamente la cancelación de los derechos reales de garantía que las aseguren, puesto que la eficacia del pago, medio normal de la extinción de las obligaciones, no debía verse afectada por las limitaciones introducidas en el artículo 1.413 reformado del Código. Y terminaba con un Considerando en extremo interesante, en el que se afirmaba que lo anterior no suponía negar la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación, puesto que la reforma del Reglamento Hipotecario había dispuesto en el párrafo último del artículo 178, que «era título bastante para la cancelación por pago de las hipotecas constituidas e inscritas a favor del marido la escritura pública en que éste manifieste su consentimiento, sin necesidad de que intervenga la mujer».

Como se ve, esta Resolución no aplica ni podía aplicar las disposiciones de la reforma del Reglamento Hipotecario, puesto que la escritura calificada era muy anterior a la vigencia de aquélla; pero coincidía con la solución que dicha reforma dió al supuesto de hipotecas inscritas sólo a nombre del marido. Claro es que entonces la Dirección General opinó que la cancelación por pago de créditos hi-

potecarios gananciales no debía ser afectada por la reforma del artículo 1.413 del Código—opinión lícita y tal vez plausible desde un punto de vista civil exclusivamente—; pero todavía no podía aplicar la nueva doctrina reglamentaria, que entraba en vigor el 15 de abril de 1959, y que había resuelto que los actos dispositivos de toda clase de bienes inmuebles gananciales se rigiesen por las normas del 1.413, y que éstos bienes se inscribiesen a nombre de marido y mujer y que las hipotecas inscritas a nombre del marido pudiesen ser canceladas sólo por éste.

Es evidente que esta Resolución no sirve para fijar doctrina en el problema planteado después de la vigencia de la reforma reglamentaria y a la que se refieren las tres Resoluciones que a continuación van a ser examinadas.

b) *Resolución de 23 de mayo de 1964* («B. O. del E.» de 29 de junio siguiente).

Esta es capital en la materia y su lectura meditada no puede por menos de producir extrañeza y suscitar una crítica adversa como la que recientemente merecieron las de 11, 20, 21 y 24 de febrero del mismo año al ilustre comentarista FRANCISCO BONET, que considera que en dichas Resoluciones inicia el Centro directivo un cambio de rumbo que no puede pasarse en silencio (10).

Decimos que su lectura produce extrañeza, por varias razones. La primera, porque da por vistos los artículos 1.163, 1.410 y 1.413 del Código y silencia el artículo 1.880, que somete a las prescripciones de la Ley Hipotecaria lo relativo a la extinción de la hipoteca, lo que obliga a dar preferencia a las disposiciones de esta legislación para cuanto afecte a la cancelación de la misma. Lo segundo, porque también da por visto el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, y éste no ampara, ciertamente, sino todo lo contrario, lo resuelto por el Centro directivo. Lo tercero, porque en el primer Considerando esta Resolución plantea equivocadamente el problema que trata de resolver, ya que textualmente dice: «La cuestión que plantea este expediente consiste en determinar si puede el marido cancelar una hipoteca constituida sobre una finca de carácter presuntivamente ganancial cuando el deudor haya hecho efectiva la obligación vencida», y el

(10) FRANCISCO BONET: *Jurisprudencia registral*, «Revista de Legislación y Jurisprudencia», junio de 1964, pág. 991.

problema no atañe a la naturaleza jurídica de la finca, sino al del crédito. Y, finalmente, porque la lectura de sus restantes Considerandos, salvo el último, lleva a la convicción de que se va a resolver el problema confirmando la nota del Registrador y el auto presidencial, y la parte dispositiva resuelve exactamente lo contrario.

El caso resuelto es el siguiente: En el año 1960 se hipotecó una finca para asegurar el pago de un crédito ganancial a favor de un marido, que concurrió por sí solo al otorgamiento, y la escritura se inscribió a favor de ambos cónyuges «conjuntamente y para la sociedad conyugal», conforme al número 1.º del artículo 95 reformado del Reglamento Hipotecario. Pagada la deuda en 1961, el marido acreedor por sí solo otorgó escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, que no fué inscrita por estimar el Registrador necesario el consentimiento de la esposa del acreedor, conforme a los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 96 y 178 de su Reglamento. Interpuesto recurso por el Notario autorizante, a efectos doctrinales, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y, apelado el auto, la Dirección lo revocó.

Esta Resolución se funda en los siguientes razonamientos:

En el segundo Considerando—el primero es en el que se plantea el problema con el leve error antes indicado—se rehuye discutir la naturaleza de acto de administración que la doctrina civil atribuye al pago; pero se reconoce paladinamente que en múltiples ocasiones personas autorizadas para recibir el pago no pueden extinguir eficazmente el derecho real de hipoteca que garantice la obligación, debido a la distinta importancia que los Ordenamientos jurídicos conceden a los actos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas obligatorias de aquellos otros que engendran disposiciones con efectos jurídicos reales. Este razonamiento es claro y se basa en la jurisprudencia reiterada de la Dirección, entre la que destaca la Resolución de 7 de septiembre de 1924, que se cita. Conforme a él, quien lo lee piensa que el marido civilmente está autorizado para cobrar como administrador que es de la sociedad conyugal; pero que no lo está para cancelar por sí solo registralmente, puesto que la cancelación es una disposición generatriz de efectos jurídicos reales; y para ello, conforme al Código reformado y a la Ley Hipotecaria y a su Reglamento, también reformado, se necesita el concurso de la mujer que ha de prestar también un especial consentimiento.

Y el razonamiento del tercer Considerando va más allá todavía en el camino de la ortodoxia hipotecaria y de acatamiento a la doctrina tradicional sobre la cancelación. Reconoce que ésta tiene la naturaleza de «acto dispositivo» según reiterada jurisprudencia, porque es un acto que implica una enajenación, un *jus disponendi*, y por ello cabe afirmar que el derecho de cancelar corresponde a quien está facultado para enajenar, y en tal sentido dispone el Reglamento Hipotecario (art. 179) que aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario no se cancelará la correspondiente inscripción sino por escritura pública en la que preste su consentimiento el acreedor o, en su defecto, en virtud de ejecutoria. Con esto, el lector de la Resolución ha llegado ya al convencimiento de que en vista de éste y el anterior razonamiento de la Resolución—premisas mayor y menor de un perfecto silogismo—, la conclusión es obligada: si la cancelación es acto dispositivo, si quien está facultado sólo para cobrar no lo está para cancelar y si cancelar equivale a disponer, a enajenar, la mujer debe consentir, puesto que el Código exige su consentimiento para los actos de esa naturaleza sobre inmuebles, y la hipoteca está asimilada a los inmuebles en el mismo Código.

Pero se llega al último Considerando, que tiene la apariencia de algo yuxtapuesto añadido posteriormente, y aparece un nuevo elemento dialéctico en el razonamiento: la accesoriedad de la hipoteca. En efecto: se afirma, lo que nadie puso en duda, que la reforma del artículo 1.413 del Código no perjudica las facultades del marido como administrador de la sociedad conyugal que expresamente le reconoce el artículo 1.412 y que por ello es innegable su facultad para aceptar el pago de una obligación vencida, lo que tampoco nadie, ni el Registrador ni el Presidente de la Audiencia, pusieron en duda. Y como por el pago se ha extinguido la obligación garantizada, «parece permisible» que el marido pueda consentir válidamente la cancelación, y ello por tres razones: a) Por la accesoriedad del derecho real de hipoteca, lo que se ha contradicho en el Considerando anterior al invocar el artículo 179 del Reglamento Hipotecario, que, aunque esté extinguida la obligación por pago, exige un consentimiento especial para que registralmente se pueda cancelar la inscripción. b) Por facilitar la armonía entre las declaraciones de los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, lo que contradice toda la teoría registral de la cancelación, ya que ésta sólo se practica, aunque la obli-

gación asegurada esté extinguida (11), en virtud de escritura con determinados consentimientos o por mandato judicial. Sin que, por otra parte, el exigir que la mujer consienta signifique que se rompa esa armonía. c) Por evitar perjuicios al propietario de la finca gravada, lo que tiene escasa consistencia, debido a que si es necesario el consentimiento especial del acreedor, el mismo trabajo costará que lo preste también su mujer, como titular inscrita, y si se negare sin causa justificada, siempre se la podrá obligar por vía judicial, lo mismo que al marido, si fuese éste quien se negase a cancelar después de haber cobrado; y, además, si el pago se efectúa en el acto del otorgamiento de la escritura, compareciendo marido y mujer no cabe la posibilidad de que la mujer se niegue a cancelar.

Mas todavía, en este Considerando final hay algo que deja perplejo al lector: esa cancelación sólo por el marido que «parece permisible» únicamente lo será «siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario». Aquí parece que se vuelve a la necesidad del consentimiento de la mujer, porque ese artículo 96 lo que dispone es que los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo 95, o sea, los gananciales o presuntivamente gananciales inscritos a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal, se regirán por las nor-

(11) La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica es siempre algo deseable por lo mucho que contribuye al prestigio del sistema, y por ello las últimas reformas legislativas se han cuidado de facilitarla. Mas no parece muy claro por qué razón se dificulta o perturba esa anhelada concordancia por la exigencia del consenso *uxoris* para la cancelación de hipotecas gananciales. Idéntica objeción podría hacerse a la necesidad de ese consentimiento para la disposición por el marido de fincas gananciales. En rigor, la realidad no es jurídica, no está ajustada a Derecho, si falta ese especial consentimiento femenino. El débito personal se ha extinguido por el pago y también, *inter partes*, se ha extinguido el derecho real de la hipoteca aseguradora; pero para su extinción respecto a terceros es necesaria la cancelación registral mediante escritura en la que presten su consentimiento los titulares inscritos, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria y al 1.413 del Código. Luego mientras no se preste el consentimiento *uxoris* no se ha producido ninguna desarmonía entre la realidad jurídica y el Registro, porque la primera refleja la misma verdad que el segundo, a saber: que el derecho real de hipoteca aún no ha sido cancelado en forma legal. Y no hay que olvidar tampoco que desde ese punto de vista también se facilitaría la concordancia entre Registro y realidad si no se exigiese el especial consentimiento cancelatorio al acreedor y se considerase suficiente el recibo o documento justificativo del pago. Entonces, llevando hasta ese límite extremo la accesoriedad de la hipoteca, la realidad mostraría una hipoteca extinguida por pago, y el Registro, para concordar con esa realidad tendría que admitir, para cancelar, dicha carta de pago. Pero, por fortuna, a ningún civilista, por muy entusiasta que sea de la primacía del Código sobre la Ley Hipotecaria, se le ha ocurrido tal idea.

mas de los bienes gananciales. Y estas normas no son otras, con relación a bienes inmuebles o derechos reales asimilados, que las del 1.413 del Código civil, esto es, que para el acto dispositivo es necesario el consentimiento de la mujer.

Después de esto, el lector todavía espera que la parte dispositiva concuerde con los primeros Considerandos y con la expresa reserva que el último hace de lo ordenado en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario; pero la Resolución termina por revocar lisa y llanamente el auto apelado. Es de subrayar, por último, que a pesar de que la nota del Registrador invoca el párrafo final del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que es también objeto de controversia en el escrito de recurso del Notario, la Dirección, que lo da por visto, guarda sobre él absoluto silencio y deja pasar la ocasión de dar una interpretación oficial a tan interesante innovación de la reforma reglamentaria de 1959 (12).

c) *Resolución de 3 de junio de 1964* («B. O. del E.» de 21 de julio de 1964).

Esta se refiere a un caso análogo al resuelto por la de 23 de mayo del mismo año, y por ella se revocó la nota del Registrador y el auto del Presidente de la Audiencia que la había confirmado. El recurso se interpuso también por el Notario autorizante, aunque no a efectos doctrinales.

Sus fundamentos son idénticos a los que sirvieron de base a la

(12) No debo silenciar que esta importante Resolución ha merecido crítica favorable de dos destacados Registradores, comentaristas ambos de la jurisprudencia hipotecaria. En el primero de ellos, GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO—a quien todavía no se le ha rendido el homenaje a que se ha hecho acreedor por su abnegada y valiosísima labor durante cinco lustros en esta misma REVISTA CRÍTICA—, resulta lógica su posición, puesto que siempre demostró su criterio opuesto a la reforma de los artículos 95 y 96 y párrafo final del 178 del Reglamento, a la vez que dejó entrever su escasa simpatía hacia la reforma del 1.413 del Código, si bien resulta de difícil inteligencia su argumentación en pro de la alusión que contiene la Resolución comentada sobre «siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento», pues si se observa se exigiría el consenso *uxoris* en todo acto que el Derecho califique de dispositivo de inmuebles o derechos reales asimilados (pág. 520 de esta misma Revista, mes de julio-agosto de 1964). En cuanto a BUENAVENTURA CAMY, aunque está conforme con el fallo de dicha Resolución, no deja de reconocer los problemas interpretativos que la redacción deficiente de la misma plantea, y opina también que después de la lectura de sus Considerandos parece va a sostener la necesidad del consentimiento de la mujer para la cancelación, por lo que le sorprende, muy favorablemente, por cierto, el fallo («Revista de Derecho Privado», 1964, pág. 712).

Resolución anterior. Se insiste en que la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse «sin perjuicio del 1.412, que faculta al marido para cobrar los créditos pendientes y que «sin desconocer la naturaleza de acto dispositivo que entraña la cancelación», *parece permisible* autorizar que el marido pueda válidamente consentir la cancelación para armonizar el Registro con la realidad extrarregistral y para evitar perjuicios al propietario de la finca gravada.

Tampoco en esta Resolución, más sucinta que la primera, se hace aplicación del artículo 178, párrafo final, del Reglamento Hipotecario, a pesar de que en él está la clave del problema y de que él señala el alcance de la reforma de 1959 en este punto concreto de la cancelación de créditos hipotecarios gananciales.

d) *Resolución de 8 de junio de 1964* («B. O. del E.» de 24 de julio de 1964).

Y, por fin, esta última Resolución reitera la misma doctrina que las anteriores y en su único Considerando la sintetiza asegurando también «no desconocer la naturaleza de acto dispositivo que la cancelación encierra ni la diferencia existente entre actos relativos a relaciones jurídicas obligatorias y actos que engendran efectos jurídicos reales»; pero que lo cierto es que la reforma del artículo 1.413 del Código ha de entenderse sin perjuicio del 1.412, que permite al marido como administrador de la sociedad conyugal el cobro de créditos, por lo que al quedar extinguida la obligación principal, queda extinguida la accesorio, o sea, la hipoteca, y que cancelando sólo el marido se facilita la armonía entre el Registro y la realidad jurídica y se evitan perjuicios al propietario de la finca.

Es de advertir que en este recurso, como en los dos anteriores, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, en este caso, por cierto, con un auto brillantemente razonado y henchido de doctrina registral e hipotecaria íntegramente ortodoxa. La Dirección revocó el auto y la nota del Registrador (13).

(13) Es de subrayar que en los tres recursos gubernativos, los autos de los Presidentes de las Audiencias fueron confirmativos de las notas calificadoras de los Registradores, a diferencia de lo ocurrido en un recurso resuelto por la Audiencia de Burgos e interpuesto en 1958 por un Notario de dicha ciudad, si bien en este último caso se trataba de una hipoteca inscrita sólo a nombre del marido y en el que tanto la escritura de constitución como la de cancelación

III. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA.

Procede examinar ahora con el necesario detenimiento los argumentos que sirven de base al criterio adoptado por las tres citadas Resoluciones, a fin de comprobar su solidez o su fragilidad.

Conviene, sin embargo, hacer previamente una puntualización que juzgo indispensable para precisar con exactitud mi posición ante

eran anteriores a la reforma del Reglamento (véase págs. 753 y siguientes de esta misma REVISTA CRÍTICA, 1959). Al comentar la Resolución de 8 de junio de 1964, BUENAVENTURA CAMY se limita a transcribir los argumentos del Notario recurrente, que constituyen una brillante exposición de la teoría civilista de la cancelación (véase «Revista de Derecho Privado», septiembre 1964, página 803). Si CAMY hubiere deseado exponer la tesis hipotecario-registral de la cancelación le habría bastado transcribir alguno de los luminosos Considerandos del auto presidencial, debido al insigne Magistrado señor SOLER DUEÑAS. Como muestra, bastará transcribir los siguientes párrafos: «Constituye un hecho cierto que si bien el pago de la obligación contraída extingue ésta, desapareciendo con ella el crédito garantizado, no lo es menos que será necesario diferenciar la extinción de la obligación de la cancelación de la inscripción registral de la hipoteca que garantizaba aquélla, pues mientras la primera afecta exclusivamente al crédito como derecho derivado de relaciones puramente civiles, la segunda deriva de la hipoteca como derecho real de naturaleza inmobiliaria, con la inmediata consecuencia de que el pago del crédito garantizado sólo extingue la obligación, mientras que la extinción del derecho real de hipoteca requiere un acto especial de cancelación, y siendo así se hace indudable que el consentimiento del acreedor será necesario e indispensable, y es ésta, precisamente, la norma fundamental en la que se basa el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, por lo que en este aspecto, y bajo la legalidad vigente, nuestra legislación adopta el sistema de exigir para la cancelación de una hipoteca inscrita conjuntamente a favor de marido y mujer cuando ella se inscribe para la sociedad conyugal y sin atribución de cuotas, el consentimiento de ambos cónyuges pues de prescindir del de la mujer con resultado válido llevaría en sí la ineficacia de una inscripción registral de la que ella era titular» «Si el marido está facultado para el cobro de los créditos sin el consentimiento de su esposa, por el hecho de constituir a su vencimiento un acto típico de administración, no lo está, en cambio, cuando, como en el presente caso, la cancelación derivada del pago se equipara a una enajenación como acto de dominio y de disposición de un derecho real sobre inmuebles, por lo que constituye en todo momento un acto dispositivo para los que el nuevo artículo 1413 del Código civil exige el consentimiento de la mujer, sin que ello pueda quedar desvirtuado por la doctrina de la Resolución de 2 de noviembre de 1959, por cuanto que el caso que dió lugar a la misma, aparte de referirse a una hipoteca constituida con anterioridad a la reforma del artículo 1413 del Código civil, concurría la circunstancia de hallarse inscrita única y exclusivamente a nombre del marido». Y finalmente: «Que teniendo en cuenta que la reforma sustantiva del ordenamiento civil, en relación con la interpretación del artículo 1413 del Código, se promulgó como una garantía de la mujer casada contra los actos del marido, en relación con los bienes de la sociedad conyugal, y como esa protección debe extenderse a todos los actos y negocios jurídicos en que el patrimonio presuntivamente ga-

aquella jurisprudencia. No censuro ni critico ni rechazo el que se prescinda del consentimiento *uxoris* en las cancelaciones de hipotecas gananciales otorgadas por pago de la obligación asegurada. En cuanto esa omisión de un requisito conduzca a dar mayor fluidez y facilidad al comercio de inmuebles y a la liberación de gravámenes hipotecarios, la considero plausible. Ahora bien, ello era materia no-motésica, propia del legislador, que podía no haber reformado el artículo 1.413 del Código civil—que ha añadido nuevas complicaciones a la contratación—, y podía, finalmente, no haber reformado el Reglamento Hipotecario para recoger el inevitable reflejo de aquella reforma sustantiva en la legislación registral. Pero, dadas ambas reformas, sancionada una nueva legislación y reglamentación con fuerza de obligar a funcionarios y particulares, se hace difícil aceptar que la jurisprudencia, por mucha que sea su función integradora, pueda subrogarse a la legislatura y establecer doctrinas que se desvían del Derecho positivo vigente. En el problema de que se trata, bastaría con una ligerísima reforma del artículo 95, regla primera, y del párrafo final del artículo 178 del Reglamento (14), para que se declarase por el legislador que no es necesario para que el marido cancele hipotecas gananciales el consentimiento de la mujer, ya se interprete éste, según apunta el Tribunal Supremo y LACRUZ BERDEJO y Cossío, como una especie de licencia *uxoris* (15), ya como un derecho de veto, según opina BONET (16), o ya como una declaración de voluntad concorde con la del marido, según la opinión más extendida. Claro que esto supondría rectificar toda la doctrina jurisprudencial

nancial esté de presente o de futuro afectado de posibles perjuicios para la mujer por actos unilaterales del marido, es evidente que, si la cancelación de una inscripción registral de hipoteca constituye un acto dispositivo lógicamente entrará en juego el mecanismo del artículo 1.413 del Código, cuando como en este caso, uno de los titulares de la inscripción es precisamente la mujer casada en su relación con los bienes gananciales, y ello con total y absoluta independencia de la persona que llevó a cabo el percibo de la cantidad importe del crédito, que ocasionara con tal acto la extinción de la obligación; por todo lo cual habrá de llegarse a la conclusión de ser necesario el consentimiento de la esposa del acreedor cancelante para efectuar la cancelación».

(14) Al separarse la doctrina derivada de las Resoluciones que se comentan de lo dispuesto en los textos reglamentarios reformados en 1959, se hace patente la urgente necesidad de su reforma para evitar antinomias desconcertantes.

(15) Puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1964. En la nota 27 se hacen algunas consideraciones sobre la misma.

(16) FRANCISCO BONET: *Jurisprudencia registral*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1964, pág. 993.

levantada durante mucho tiempo sobre la base de considerar a la cancelación de hipoteca como un acto dispositivo, como un ejercicio del *jus disponendi*: mas ya resultaría congruente con la legislación positiva el declarar que el artículo 1.413 reformado del Código no era aplicable a tales cancelaciones, según afirmó, antes de la reforma reglamentaria, la Resolución de 2 de noviembre de 1959. Y además se evitarían las posibles consecuencias perturbadoras que la reciente posición doctrinal de la jurisprudencia de la Dirección puede producir en el futuro, las cuales serán examinadas más adelante.

Y hecha esta puntualización, procede examinar los fundamentos dialécticos de las citadas Resoluciones.

A) *Administración de la sociedad conyugal por el marido.*

Evidente es que, por regla general casi sin excepción, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, según lo preceptúa el artículo 1.412 del Código civil y lo ratifica el 1.413 reformado; y que como tal administrador se halla facultado para el cobro de créditos pertenecientes a la sociedad conyugal, sin intervención de la mujer, a la que el Código no concede facultades para inmiscuirse en aquella administración, salvo en los casos de prodigalidad, de fraude, de ausencia, etc.

Pero esa evidencia, no puesta en duda por nadie, no aduce nada en pro de la tesis de ser innecesario el consentimiento de la mujer para cancelar hipotecas gananciales. Porque también es sabido que el padre o, en su caso, la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos menores sometidos a su potestad; y como tales administradores se hallan facultados para cobrar por sí solos los créditos de que sus hijos sean titulares. Y, sin embargo, no lo están, a menos de obtener autorización judicial, para cancelar las hipotecas que garanticen esos créditos cobrados y extinguidos, porque la jurisprudencia hipotecaria y luego el Reglamento de 1915 (17), han

(17) En rigor, existen bastantes y buenas razones para considerar excesiva la necesidad de autorización judicial en la cancelación de hipotecas pertenecientes a hijos menores de edad. Podría haberse atenuado esta rigurosidad como se ha hecho con la renuncia de herencias o con las cancelaciones otorgadas por menores de edad emancipados o habilitados de edad. Puede consultarse la opinión sobre este punto de dos hipotecaristas ya olvidados, BERAUD y LEZÓN,

considerado que al supuesto de cancelación de hipotecas es aplicable el artículo 164 del Código civil—que exige dicha autorización para los actos de enajenación o de gravamen de inmuebles—, y porque también ahora lo dispone así el artículo 178 del Reglamento Hipotecario vigente en su apartado primero, que obliga a los representantes legales del titular registral, para poder cancelar inscripciones o anotaciones, a obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de inmuebles o derechos reales sobre los mismos. Tal doctrina la han establecido numerosas Resoluciones (18), y entre ellas una recentísima, de 26 de octubre de 1964, de la que por su importancia se tratará más adelante.

También los tutores administran los bienes de sus pupilos y pueden cobrar los créditos a favor de éstos; pero para cancelar las hipotecas garantizadoras de tales créditos—como acto sujeto a inscripción—necesitan la autorización del Consejo de familia, a tenor del número 5.º del artículo 169 del Código y conforme ha reconocido la jurisprudencia (Resoluciones de 20 de marzo de 1893, 18 de diciembre de 1900, etc.).

En cuanto a los apoderados y administradores, el simple poder para administrar no les autoriza para disponer ni enajenar y tampoco para cancelar, si no se hallan facultados para ello de modo expreso; habiendo declarado también la jurisprudencia con reiteración, y así lo reconoce de modo explícito la Resolución de 23 de mayo de 1964, que en muchos supuestos quien tiene facultades para cobrar no las tiene para cancelar (Resolución de 19 de julio de 1879, 24 de septiembre de 1891, 18 de junio de 1893, 30 de octubre de 1912).

Parece innegable, por cuanto antecede, que el hecho de que el marido sea el administrador de la sociedad de gananciales y de que tenga facultades para cobrar créditos (como la tiene para cobrar el precio en las ventas) no impide ni es incompatible con el de que para

en su *Tratado de Derecho Inmobiliario*, tomo II, pág. 150. Acaso la explicación se encuentre en la posibilidad de que la autorización condicione o garantice el destino que el padre haya de dar al dinero recibido. Pero, en Derecho positivo, es indudable que la autorización judicial es necesaria.

(18) Pueden citarse las Resoluciones de 16 de septiembre de 1890, 25 de agosto de 1891, 5 de abril y 31 de octubre de 1892, que exigió la autorización judicial para cesión de un crédito hipotecario; 28 de agosto de 1913, que admitió, como ya lo había hecho el Tribunal Supremo en un caso análogo, que la previa autorización judicial fuese sustituida por la aprobación judicial posterior, y la muy fundamental de 19 de julio de 1922.

cancelar hipotecas, esto es, para disponer de bienes asimilados a inmuebles, necesite el consentimiento de la mujer a tenor del nuevo artículo 1.413 del Código. Del mismo modo, ese marido que cobra y administra libremente el precio de la venta de una finca ganancial necesita para formalizar la enajenación el consenso *uxoris*, y también del mismo modo el padre o el tutor que administran los bienes del hijo o del pupilo y cobran sus créditos y firman las cartas de pago necesitan para cancelar hipotecas autorización del Juez o del Consejo de familia, respectivamente.

B) *Accesoriedad de la hipoteca.*

Este principio antiguo, ya un poco maltrecho, es el motor, el *Deus et machina* de las Resoluciones comentadas.

Nadie puede poner en duda que en nuestra legislación el de hipoteca es un contrato accesorio de otro contrato o de una obligación cuyo cumplimiento asegura. Ya ha sido citado antes el texto de las Leyes de Partida que así lo corrobora. La Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria también dijo explícitamente que la hipoteca era, «además de un derecho real, la garantía de una obligación», y, por tanto, era un contrato accesorio. El número 1.º del artículo 1.857 del Código civil, lo mismo que el 104 de la Ley Hipotecaria vigente, tampoco dejan margen para la duda. Jurisprudencia y doctrina han sido fieles durante mucho tiempo al dogma de la accesoriedad absoluta de la hipoteca. Y hasta en la práctica los primeros Registradores y, con más cautela, la Dirección General, se sometieron de tal modo a principio tan absoluto, que los primeros practicaron y la segunda permitió que las hipotecas en garantía de créditos se cancelasen con sólo la justificación auténtica de haber sido pagados estos últimos.

La construcción conceptual del principio de accesoriedad es clara y sencilla: por un lado, existe un vínculo obligatorio reducible siempre a una prestación dineraria, y de otro lado, como elemento yuxtapuesto y accesorio, un derecho real para asegurar dicha prestación, subordinado desde el principio hasta el fin a la entidad obligatoria principal. Por eso, para Windscheid, la hipoteca presupone un crédito sin el que no podría surgir ni perecer. A juicio de DÍAZ MORENO, obli-

gación e hipoteca van unidas, nacen del mismo origen y deben extinguirse a la vez. En el mismo sentido, GALINDO y ESCOSURA, MORELL, GAYOSO ARIAS... Todo ello justifica que, como síntesis, GONZÁLEZ PALOMINO afirmase que crédito e hipoteca son «matrimonio indisoluble». Extrayendo de esta teoría sus naturales consecuencias, parece evidente que la extinción, por pago, del crédito determine la de la hipoteca, que la desaparición de aquél origine automáticamente la cancelación de ésta. Tal es uno de los fundamentos básicos de las citadas Resoluciones: que pagado el crédito, éste se ha extinguido y, por tanto, también ha quedado extinguida la hipoteca en la realidad jurídica.

Y sin embargo..., la doctrina, la jurisprudencia y la legislación han hecho mucho camino, con el progreso de la técnica registral, en contra de una concepción tan absoluta del principio de accesoriedad, auténtica *crux* de la hipoteca, según frase feliz de CHAMORRO. Decía JERÓNIMO GONZÁLEZ que el crédito y la hipoteca pertenecen a dos esferas del mundo jurídico que, según los estudios modernos, se hallan completamente separadas y que los lazos entre los derechos reales y los personales presentan para la solidez de su unión las mismas dificultades técnicas que encontraba en las escuelas la descomposición del hombre en dos sustancias: cuerpo y alma.

En rigurosa tesis de accesoriedad, podría subsistir el crédito, lo principal, sin la hipoteca, lo accesorio, y así ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor, sin cobrar el crédito, renuncia a su garantía y consiente en que se cancele la hipoteca. Pero conforme a aquella tesis, nunca podría subsistir la hipoteca sin el crédito, es decir, si éste se ha extinguido. Y esto hoy también puede ocurrir, porque una cosa es la extinción de la hipoteca *inter partes* y otra su extinción como derecho real, o sea, *erga omnes*, respecto de tercero. Esto sucede porque la fe pública del Registro no se extiende a las relaciones internas existentes entre el crédito y el derecho real, lo que implica una relación manifiesta de la accesoriedad. Así, la hipoteca puede subsistir respecto de tercero, aunque el crédito se haya extinguido, si no se ha practicado la cancelación en el Registro. La hipoteca queda intangible, aunque se paralice o aniquile el crédito, porque los intereses protegidos por los principios sistemáticos del Registro actúan para mantener vivo y eficiente el derecho real y obtener por su exclusiva virtualidad el pago. Y es porque entonces, según opina JERÓNIMO GON-

ZÁLEZ, la hipoteca se coloca en primera línea y soporta ella sola la responsabilidad. Los problemas de cesión, compensación, novación, etcétera, se hallan centrados sobre normas excepcionales de naturaleza registral. Y no hay que olvidar los casos de suspensión de pagos, concurso, quiebra, aceptación de herencia a beneficio de inventario, etcétera, en que el crédito se paraliza o se destruye, en tanto la hipoteca permanece intangible.

La hipoteca, al constituirse, es siempre accesoria. En su génesis, *a priori*, no se concibe en nuestro Derecho una hipoteca sin obligación garantizada. *A posteriori*, a través de diversas vicisitudes, nuestra hipoteca puede sustantivarse, desligándose de la obligación o llegando a constituir, en alguna de las nuevas modalidades hipotecarias admitidas por la legislación vigente, algo semejante a una forma de pago de la obligación. (Recuérdese la hipoteca llamada de «responsabilidad limitada» o hipoteca autónoma, en la que una vez constituida sólo responde la finca y no existe deudor u obligado personal) (19).

En cuanto a la legislación, la Ley Hipotecaria de 1909, avanzando en la concepción autonómica de la hipoteca, introdujo el procedimiento judicial sumario que, al darse directa e inmediatamente contra los mismos bienes hipotecados, con independencia de la obligación garantizada, dió carta de naturaleza en nuestra legislación a un proceso ejecutivo de carácter real neto, con eliminación de toda acción personal y en el que se desvanecen o esfuman las vicisitudes que pueden haber afectado al derecho de obligación. También contiene otras normas que se apartan del principio de accesoriedad absoluta. Tal es, por ejemplo, la del artículo 82, que exige, para cancelar, un consentimiento especial del titular del derecho que se cancela. No basta en nuestra legislación que el crédito se haya extinguido por una u otra causa, ni aun que la obligación haya sido pagada, para que la hipoteca aseguradora se cancele en el Registro: para ello es necesario, por tratarse de un derecho real, el consentimiento del titular o de sus representantes. Y así lo ratifica un texto reglamentario reciente, introducido en la reforma de 1947, el artículo 179, a cuyo tenor, según ya se ha dicho anteriormente, no es

(19) Sobre este particular puede verse mi conferencia sobre «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, págs. 285 y sigs.

suficiente para cancelar un crédito hipotecario el que éste se haya extinguido por pago.

Todo ello pone de relieve que la accesoriedad de la hipoteca no es tan absoluta, tan drástica, como da a entender el Centro directivo. Si lo fuese, retrocederíamos a los tiempos iniciales del régimen inmobiliario registral. Si automáticamente se extinguiese la hipoteca cuando el acreedor cobra el crédito, también automáticamente habría que cancelar la hipoteca en el Registro con sólo justificar en éste el hecho fehaciente del pago. Pero en la actual legislación esa cancelación no es automática, puesto que en todo caso se exige el consentimiento del titular inscrito.

Si la inscripción de hipoteca es constitutiva, si como derecho real *erga omnes* nace en el Registro, mediante la inscripción, es también en el Registro donde muere, respecto a tercero, mediante la cancelación, que es también constitutiva en cuanto a terceros, después de la última reforma legal.

Si prevaleciese esa teoría de la absoluta accesoriedad del derecho real de hipoteca con relación al personal de la obligación, sería lícito cancelar aquél con sólo acreditar de modo fehaciente la extinción por pago de ésta y la petición del acreedor solicitando la cancelación. Esta consecuencia de esa radical teoría accesorista y civilista reviste enorme trascendencia. Piénsese en que hoy los principales establecimientos de crédito inmobiliario—Banco Hipotecario, Banco de Crédito para la Construcción, Caja Postal de Ahorros, Instituto Nacional de Previsión, Instituto de la Vivienda, etc.—son organismos oficiales, nacionalizados, y su documentación es auténtica, fehaciente. Sus certificaciones acreditativas del pago del crédito hipotecario en unión del oficio de remisión en que los Directores o Gerentes de dichas entidades públicas instan la cancelación podrían ser suficiente para la práctica de ésta. Resultaría cumplida la legislación civil y, en parte, también la Hipotecaria. Pero ésta todavía exige un consentimiento especial, una declaración de voluntad constatada en instrumento público, y por ello han fallado hasta ahora los intentos que ya se han hecho en ese sentido (20).

(20) Admitida la teoría de la absoluta accesoriedad de la hipoteca, con el automatismo con que fué interpretada por los Notarios recurrentes, ya no hay más que un paso para aceptar la cancelación de hipoteca mediante simple certificación de pago expedida por los servicios de contabilidad de la entidad oficial

C) *Obligación de cancelar exigible al acreedor que cobra el crédito.*

He aquí otro de los capitales argumentos de las Resoluciones que se analizan. El marido sigue siendo, aun después de la reforma del artículo 1.413 del Código civil, el administrador de la sociedad conyugal y, como tal, está facultado para cobrar los créditos a ella pertenecientes. Si los ha cobrado, es evidente que está obligado a cancelar la garantía, esto es, la hipoteca que los aseguraba; y ante esta obligación, resulta superfluo el consentimiento de la mujer, que no tendrá base para una negativa (21).

A esto puede objetarse: a) Que no cabe excluir en absoluto la posibilidad de fraude a los derechos de la mujer, ya que aunque el marido afirme haber cobrado, puede ocurrir que no sea cierto. b) Que el que haya cobrado y tenga la obligación de cancelar la hipoteca no impide que para la cancelación haya de cumplir los requisitos que la legislación hipotecaria, de acuerdo con la reforma del Código civil, le exige, entre ellos el consentimiento de la mujer. Piénsese en la similitud que existe entre estos supuestos y el de otorgamiento de escritura pública en los casos de venta de fincas gananciales, cuando el marido vendedor haya previamente cobrado el precio. En tal hipótesis, que la vida real nos ofrece a diario (22), el marido está obligado por los artículos 1.280 y 1.279 a llenar el requisito de la escritura pú-

acreedora y la petición o consentimiento de cancelación expresado por el órgano gestor representativo de la misma. Es la legislación hipotecaria y su teoría sobre la cancelación basada en el consentimiento y en el instrumento público, la barrera que cierra el paso a semejantes tentativas, rechazadas siempre por los Registradores.

(21) Se dice que *velis nolis* la mujer no tendría más remedio que consentir en la cancelación, toda vez que el marido había cobrado el crédito; pero eso puede no ser exacto en los supuestos en que la declaración o confesión hecha por el marido de haber cobrado no responda a la realidad. Con idéntico fundamento se podría aducir que la mujer tendría forzosamente que consentir las enajenaciones de bienes inmuebles gananciales realizadas por el marido, sobre todo si éste declaraba haber recibido el precio con anterioridad al otorgamiento de la escritura. Y, sin embargo, la mujer tiene que dar su consentimiento y puede ejercer un derecho de control, según Roca Sastre, o de veto, según Bonet, y negarse, si hay motivo fundado, a dar su consentimiento.

(22) Es muy corriente la hipótesis de que la escritura pública de venta se otorgue, por marido y mujer, sólo cuando se ha pagado el precio total de la compra o la parte de él que haya de entregarse al contado, quedando el resto aplazado y garantido con hipoteca o con condición resolutoria; pero el contrato inicial se hace en documento privado suscrito sólo por el marido y a cuya firma se suele entregar alguna cantidad a cuenta del precio.

blica para que la venta pueda inscribirse en el Registro; pero aunque tenga esa evidente obligación, ello no empece a que para ese otorgamiento haya de récabar también el consentimiento de la mujer, conforme al nuevo artículo 1.413 del Código.

Y a nuestro juicio, y al del Centro directivo también, como la cancelación de hipoteca sigue siendo un acto dispositivo, la necesidad del consentimiento *uxoris* resulta innegable; y a mayor abundamiento, al ordenar la legislación hipotecaria que esas hipotecas gananciales se inscriban conjuntamente y sin adscripción de cuotas a nombre de marido y mujer, resulta también evidente que el artículo 82 de la Ley exige el consentimiento de ambos titulares registrales para la cancelación, con independencia de que uno de ellos, el que haya cobrado, esté estrictamente obligado a cancelar.

Porque, como luego se verá, lo que resulta inconcebible es que, después de la doctrina establecida por las citadas Resoluciones, siga vigente el precepto reglamentario que ordena la inscripción de esos créditos a nombre de marido y mujer. ¿A qué fin, si el marido puede cancelar por sí solo, sin consentimiento y aun sin conocimiento de la mujer que es cotitular y participe en los bienes gananciales?

D) *Concordancia entre realidad jurídica y Registro.*

Es éste uno de los postulados de la moderna técnica registral. Su fundamento es evidente: si el Registro es la fórmula más acabada de la publicidad inmobiliaria, no ofrece duda que esa publicidad sólo será perfecta y conseguirá sus objetivos en tanto los libros registrales reflejen la realidad jurídica viva y eficiente, no una realidad pretérita, ineficaz o equivocada. Hasta tal punto reviste importancia esa indispensable adecuación, que la Ley Hipotecaria vigente ha consagrado nada menos que un título entero, el VI, a esa concordancia entre el Registro y la realidad jurídica. Es, por tanto, plausible que la jurisprudencia tienda a facilitar y a proteger esa armonía entre la vida jurídica real y los pronunciamientos de los folios registrales.

Pero... ¿es que la exigencia del consentimiento *uxoris* menoscaba, perturba o violenta esa concordancia? ¿Es que si el asiento de cancelación refleja el consenso de la mujer, deja de estar concorde con la realidad jurídica?

El pensamiento que inspira la jurisprudencia última del Centro

directivo es sencillo y se intuye con facilidad. Si la hipoteca es absolutamente accesoria de la obligación asegurada, y ésta se extingue por pago hecho sólo al marido—que es quien tiene la facultad de cobrar dentro de la sociedad conyugal—, es patente que la hipoteca también ha quedado extinguida (y esto es verdad, civilmente): luego la realidad jurídica nos muestra una obligación y un derecho real accesorios, ambos extinguidos y, por ende, el Registro debe concordarse con esa realidad y admitir la cancelación otorgada sólo por el marido, que es el obligado a cancelar, puesto que ha cobrado el crédito.

Pero aquí se ha olvidado algo esencial, a saber: que el derecho real sólo se extingue en cuanto a tercero, o sea, *erga omnes*, mediante la cancelación, y que ésta se rige por las leyes propias del Registro Inmobiliario, según explícitamente reconoce el Código civil. Luego si la hipoteca ganancial se halla inscrita conjuntamente a nombre de ambos cónyuges y la cancelación han de consentirla los titulares registrales por ella lesionados, y si por añadidura la propia Ley civil, y después la reglamentación hipotecaria, exigen el consentimiento de la mujer para el otorgamiento de actos dispositivos inmobiliarios, y uno de ellos es la cancelación de hipoteca, resulta más cierto que el modo de establecer una verdadera correlación entre realidad jurídica y Registro es cancelar la hipoteca ganancial cuando hayan consentido en la cancelación, no uno, sino los dos cónyuges. Justamente, sin el consentimiento de la mujer, sólo existe una extinción de la obligación y una extinción *inter partes* del derecho real garantizador; pero no una realidad jurídica de cancelación de la hipoteca que deba reflejar el Registro.

Y que esto es exacto, la propia Dirección General lo ha reconocido en una Resolución posterior, la de 26 de octubre de 1964, que denegó la cancelación de una hipoteca perteneciente a un menor de edad sólo por el padre que había cobrado el crédito. En este caso también se había extinguido la obligación y, conforme a la teoría de las anteriores Resoluciones, la hipoteca accesoria, y sería necesario concordar el Registro con esa realidad jurídica. Sin embargo, la Dirección General, respetuosa con la jurisprudencia y con el Reglamento Hipotecario, exigió para la cancelación la autorización judicial y no se preocupó poco ni mucho de aquella concordancia. Luego es visto que el prescindir de las formalidades, autorizaciones o consentimientos

que la legislación exige para la práctica de la cancelación no presupone concordar el Registro con la realidad jurídica, sino quizá todo lo contrario, es decir, intentar armonizar el contenido de los libros con una realidad extrarregistral antijurídica.

E) *Posible perjuicio del propietario de la finca gravada.*

Es éste otro argumento que repiten las tres Resoluciones comentadas. Puede prescindirse del consentimiento *uxoris* en la cancelación de créditos hipotecarios gananciales, aun estando inscritos a nombre de ambos cónyuges, en gracia a «evitar perjuicios al propietario de la finca gravada».

Dialécticamente este fundamento es endeble. Si la mujer ha de prestar también su consentimiento, el deudor efectuará el pago en el acto del otorgamiento de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca cuando concurra la mujer con el marido o éste con poder bastante de aquélla. Y aun cuando el pago no se efectuase en el acto del otorgamiento y sea el marido solo quien confiese haberlo recibido, el mismo trabajo supondrá que acuda sólo el marido ante el Notario o que concurra acompañado de su mujer. Así se ha venido practicando desde 1959 sin dificultad alguna, salvo algún caso excepcional.

Diríase que la jurisprudencia recela del comportamiento femenino y sospecha que la mujer ha de poner trabas infundadas o vetos inmotivados a la prestación de su consentimiento. Mas aun en este extremo caso, su consentimiento puede suplirse con la autorización judicial y los gastos que se originen correrán a cargo de la sociedad conyugal del acreedor, nunca del deudor o del propietario de la finca, si la negativa de la mujer carece de base.

IV. OTRA RESOLUCIÓN POSTERIOR INTERESANTE.

Es la de 26 de octubre de 1964 («B. O. del E.» de 11 de noviembre del mismo año), a la que antes se ha hecho referencia.

Franqueado el camino a la supresión de requisitos y formalismos, aunque la legislación los imponga, es difícil contenerse en la pen-

diente, y tras una «liberalización» se intenta obtener otra, y así sucesivamente. Lograda la supresión del consentimiento *uxoris* en la cancelación de hipotecas gananciales, también se ha pretendido suprimir la necesidad de la autorización judicial en la cancelación de las pertenecientes a menores de edad sujetos a patria potestad. Más adelante veremos cómo ya otros juristas aspiran a mayores relaciones.

Se trata en esta reciente Resolución de una hipoteca constituida a favor de una menor de edad representada por su padre, y que éste, por sí solo, cancela por haber cobrado la totalidad de la cantidad prestada y sus intereses, sin obtener autorización judicial. Se denegó por el Registrador la cancelación por exigir dicha autorización el artículo 164 del Código civil y las Resoluciones de 31 de octubre de 1892 y 19 de julio de 1922. Recurrió el Notario autorizante alegando que hay que distinguir dos clases de cancelaciones: a) las que obedecen a haberse pagado la obligación garantizada, y b) aquellas otras en que la cancelación no afecta al derecho asegurado. En el primer supuesto, la cancelación debe *operar automáticamente*: la extinción de la obligación extingue de modo automático la hipoteca. Si el acreedor, cobrando, se niega a cancelar, pueden obligarle los Tribunales, según la Resolución de 14 de julio de 1925. Invoca como precedente la reforma del artículo 178 del Reglamento en su párrafo final

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección General confirma dicho auto, considerando que conforme ha declarado reiteradamente este Centro, no cabe destacar en todo préstamo hipotecario exclusivamente el aspecto obligacional para olvidarse del carácter que tiene toda escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, en donde este último acto supone un desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación, por lo que habrá de aplicarse el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que exige al representante legal de toda persona a cuyo favor se hubiere hecho una inscripción obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigibles para la enajenación de bienes inmuebles, todo ello para cumplir la finalidad del artículo 164 del Código civil, que establece una serie de garantías en defensa y protección del patrimonio de todo menor de edad.

En verdad que este Considerando no guarda similitud alguna con

los que fundamentaron las tres Resoluciones del mismo año relativas a cancelación de hipotecas gananciales inscritas a nombre de ambos cónyuges, y que su ajustada doctrina habría bastado de sobra para justificar la exigencia del consentimiento *uxoris* en aquellas cancelaciones. Porque ambos supuestos de cancelación, el de hipotecas de menores y el de hipotecas gananciales, guardan, en el terreno del Derecho constituido, una analogía sorprendente, rayana en la identidad. Comprobémoslo.

El artículo 164 del Código civil no habla expresamente de cancelación de hipotecas de menores. Únicamente exige la autorización judicial para que el padre, o la madre en su caso, puedan enajenar o gravar bienes inmuebles. Fué la legislación hipotecaria—artículo 231 del Reglamento de 1915 y 178 del vigente—, la que exigió también dicha autorización para la cancelación de hipotecas por estimar que esto era un acto dispositivo, según había reconocido reiterada jurisprudencia.

Del mismo modo, el artículo 1.413 reformado del Código civil no habla tampoco de modo expreso de cancelación de hipotecas; se limita a exigir el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial para que el marido pueda realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales. Y ha sido también la legislación hipotecaria, al armonizarse con la reforma civil, la que ha exigido ese consentimiento *uxoris* para la cancelación de hipotecas gananciales, por la misma razón de considerarla acto de disposición—conforme sigue sosteniendo el Centro directivo—, y por haber ordenado que los bienes y derechos presuntivamente gananciales se inscriban a favor de ambos cónyuges. Así lo han establecido los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario y el párrafo final del 178, que no deja lugar a dudas.

Pues si donde existe la misma razón de Derecho debe recaer idéntica disposición legal o jurisprudencial, ¿cómo explicar la disparidad de criterios entre las Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964 y la de 26 de octubre del mismo año? Sólo pensando en las posibles antinomias doctrinales de la jurisprudencia a que se refiere el Profesor LUIS DÍAZ PICAZO en reciente monografía (23).

(23) LUIS DÍAZ PICAZO: *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la jurisprudencia en broma y en serio*, «Revista de Derecho Privado», noviembre de 1964, págs. 925 y sigs.

V. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA CIVILISTA ADOPTADA
POR LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL.

Conviene reiterar que no me parece mal que se vayan suprimiendo en los actos jurídicos formalidades y requisitos que el espíritu moderno juzgue superfluos o perturbadores o simplemente onerosos. A tiempos nuevos corresponden nuevas necesidades y nuevos métodos, y lo que ayer parecía conveniente, hoy resulta fútil e inadecuado. Así sucede con muchos formalismos, autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc., que suelen ser residuos inservibles de un pretérito más o menos lejano. Pero ello debe suceder en todo caso por la vía normal jurídica, esto es, por mandato legislativo o reglamentario, y no por el atajo de unas decisiones jurisprudenciales, cuya misión integradora del Derecho sólo debe tener lugar cuando existan lagunas legislativas.

El que, sin base legal, una sentencia o una resolución prescindiera de determinadas formalidades, inspirada en el plausible deseo de facilitar el tráfico jurídico, de simplificarlo, sobre ser peligroso, en cuanto implica invasión de competencias, suele resultar muchas veces la causa de máximas dificultades. Al fin y al cabo, el Derecho es pura forma, y quienes le aplican deben respetar su propia naturaleza formal.

a) *Las facilidades en el Registro.*

Prescindir del consentimiento *uxoris* en la cancelación de hipotecas gananciales, representa, a no dudarlo, una «facilidad» de las que tanto cautivan a los juristas ingenuos. También lo es omitir la autorización judicial en la cancelación de créditos hipotecarios pertenecientes a menores de edad sujetos a la patria potestad, o no recabar la autorización del Consejo de familia para que el tutor cancele las hipotecas de sus pupilos, aunque haya cobrado el crédito. Y aún mucho más se simplificaría y facilitaría la contratación y el tráfico de fincas por el momento si el marido volviese a disponer libremente de los inmuebles gananciales sin consentimiento ni in-

tervención de la mujer, y si el Notario pudiese autorizar las escrituras de venta otorgadas sólo por el marido, y el Registrador pudiese inscribirlas, aunque dejase sujeta la propiedad a futuras posibles revocaciones.

Enseña la experiencia que tanto en el orden jurídico como en el moral, si se incurre en una claudicación indefectiblemente va seguida de otras, acaso mayores. Y así lo comprueba que, apenas dictadas las tres Resoluciones comentadas, haya tenido que dar marcha atrás el Centro directivo y exigir en una nueva Resolución el cumplimiento de las formalidades exigidas por el Reglamento para la cancelación de hipotecas de menores, aunque aquéllas resulten antipáticas o se estime que son inoperantes. Conocida la tesis de aquella jurisprudencia y su fundamental argumentación basada en la accesoriedad absoluta de la hipoteca, tan resaltada por algunos Notarios (24), no es de extrañar que alguien pensase: si el pago de la obligación presupone automáticamente la extinción de la hipoteca y por tanto ésta debe cancelarse, ¿por qué cuando un padre ha cobrado un crédito hipotecario de su hijo menor no va a poder cancelar por sí solo el asiento registral? ¿No se ponen así en armónica concordancia la realidad jurídica y los libros del Registro? ¿No se evitan así gastos y dilaciones al propietario de la finca gravada? Y, en verdad, que desde esos puntos de vista, no le faltaría razón a quien pensase de este modo. Tal es la génesis del recurso resuelto por la Resolución de 26 de octubre de 1964, antes referida, y en la que el Centro directivo ha vuelto por los fueros de la doctrina tra-

(24) Cabe citar, en este sentido, la argumentación del Notario en el recurso que dió lugar a la Resolución de 26 de octubre de 1964, pues en ella defendió nada menos que la *cancelación automática* de la hipoteca al extinguirse la obligación garantizada. Mi demostrada admiración hacia la institución y las funciones notariales hispanas, tan diferentes y tan superiores a las extranjeras, me hizo defender siempre la necesidad de una íntima y máxima compenetración entre nuestro Notariado y la legislación hipotecaria y el sistema registral no ya por la comunidad de intereses, sino porque los actuales Notarios y Registradores, tan diferentes a los antiguos escribanos y contadores, estamos hermanados como hijos que somos de una misma matriz fecunda: la legislación hipotecaria de 1861. Y por ello, igual que hace años me resultaba inconcebible el que algunos ilustres Notarios ensalzasen a un hipotético «tío Celedonio», desprovisto de toda titulación, prefiriéndole a un titular registral, provisto de instrumento público, recibos fiscales e inscripción en el Registro, también ahora me desconcierta el que esclarecidos fedatarios se obstinen en contemplar la cancelación sólo a través de un puro prisma civilista, olvidando su carácter predominantemente hipotecario.

dicional en materia de cancelación, a la que siempre ha considerado, en buena ortodoxia hipotecaria, como acto dispositivo.

Y ya en el camino de lo que pueden denominarse «facilidades excesivas» no falta quien haya defendido la posibilidad de inscribir las enajenaciones de inmuebles gananciales realizadas sólo por el marido, si bien dejando sujeta la validez de las mismas a la posible impugnación por la mujer o sus herederos (25). Se basa esta peligrosa teoría en la similitud que se dice existe entre el supuesto de enajenación por el marido de bienes gananciales sin consentimiento de la mujer y la enajenación por la mujer de parafernalia sin licencia marital; y en que como para esta segunda hipótesis el artículo 94 del Reglamento Hipotecario autoriza la inscripción haciéndose constar en ésta la falta de dicha licencia cuando fuere necesaria, por la misma razón debiera admitirse la inscripción de los actos dispositivos sobre gananciales otorgados sólo por el marido.

Dejando aparte que con ello se falta abiertamente a lo taxativamente dispuesto por el Código civil, y a que esa pretendida similitud entre un supuesto y otro es muy discutible, según más adelante veremos, lo cierto es que con esa doctrina se echan por tierra los sólidos cimientos de nuestra legislación hipotecaria y en muy pocos años nuestro Registro de la Propiedad se convertiría en algo ineficaz e inservible.

Tenemos la experiencia de lo ocurrido con la inscripción de las disposiciones inmobiliarias por la mujer sin licencia del marido. Se ha inscrito la propiedad de muchas fincas sujetas a posible revocación y, lo que es peor, se ha dificultado enormemente la cancelación o «purga» de esas causas resolutorias, hasta el extremo de que la última reforma reglamentaria tuvo que añadir un nuevo párrafo al artículo 94, arbitrando un medio *sui generis* de constatar por nota marginal el transcurso de cuatro años desde la disolución del matrimonio, aunque sin atreverse a dar eficacia liberatoria a esa constatación.

Pues piénsese en lo que ocurriría si la facilitona doctrina de AZPIAZU prevaleciera. En un par de generaciones sería difícil encontrar fincas que no estuvieran afectas a esa posible causa de revocación; e imagínese lo difícil que resultaría precisar la fecha de disolución de

(25) J. AZPIAZU RUIZ: *El artículo 1.413 del Código civil*, en esta misma REVISTA CRÍTICA, 1964, págs. 475 y sigs.

sociedades conyugales, a las que hubiere pertenecido anteriormente la finca, y obtener las necesarias certificaciones de defunción de alguno de los cónyuges. El Registro tuvo por principal finalidad, según la Exposición de Motivos, dar seguridad y certeza al dominio para facilitar el crédito territorial asentándole sobre sólidas bases. Pues con esa doctrina las fincas dejarían de ser aptas para el crédito hipotecario e incluso el comercio inmobiliario se paralizaría o, por lo menos, se depreciaría.

Desengáñese el hábil jurista que es AZPIAZU. La mejor protección que el Registro puede ofrecer a la mujer casada para que el marido no disponga de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales sin contar con ella no es dejar a salvo para el futuro sus derechos o los de sus herederos, con lo que sólo se conseguiría volver a oscurecer el Registro con causas de revocación y afecciones intranquilizadoras (26). La mejor protección, la más eficaz defensa, es la que claramente establece el Código civil y, completándole, el Reglamento Hipotecario, esto es, rechazar el título transmisivo que se presente en el Registro sin que la mujer lo haya consentido, por considerar que la transmisión no se ha ajustado a la Ley.

Lo que en realidad ocurre es que una gran parte de los juristas españoles—Notarios, Registradores, Jueces—han visto con escasa o ninguna simpatía la modificación del artículo 1.413 del Código civil. Es la triste suerte reservada a las reformas legales timidas, intermedias, de «quiero y no me atrevo». En punto a la disposición de inmuebles gananciales se ofrecían al legislador dos caminos en absoluto dispares: o aceptar el *statu quo*, manteniendo en su plenitud la autoridad marital y con ella la facultad casi absoluta de disposición por

(26) No debe olvidarse que el precepto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, inspirado en la jurisprudencia y en el artículo 169 del Reglamento Notarial, no mereció crítica favorable a los hipotecaristas. En primer lugar, porque al permitirse la inscripción de actos o contratos otorgados sin capacidad completa, se corre el riesgo de provocar o fomentar tales otorgamientos imperfectos, que un Reglamento Notarial anterior calificó de «corruptela»; y en segundo lugar, porque inscribir derechos de validez insegura, dominios sujetos a posible revocación, no está muy conforme con los postulados de nuestro sistema, en cuanto esas inscripciones no contribuyen a dar certidumbre al dominio, ni a garantizar suficientemente la propiedad ni a asentar sobre sólidas bases el crédito territorial. Con razón escribía un competente Registrador, JOSÉ MARTÍNEZ SANTONJA, en esta misma REVISTA CRÍTICA, 1940, pág. 649: «Una inscripción en cuyo frontis hay que escribir ¡Alerta! ¡Peligro!», esta inscripción es anulable, o inmoviliza la finca o derecho a que afecta o puede acarrear dolorosas consecuencias a quien, osado, se atreva a adentrarse en sus peligros».

el marido, o, acompasando la reforma a las exigencias de los tiempos modernos y teniendo en cuenta que la mujer de nuestros días contribuye también con su trabajo a la creación del patrimonio ganancial, del que es, en definitiva, cotitular, igualar a ambos cónyuges en punto a la disposición de esos bienes, sobre todo si son inmuebles. Esta última solución que prevalece en algunas legislaciones y, por otras causas, en Aragón, es la que de verdad protege a la mujer y la coloca en el plano en que, en otros órdenes, el actual modo de vivir ya la ha colocado. Pero el legislador de 1958 eligió un camino ecléctico y utilizó un instrumento imperfecto: el de un *consentimiento* que, a fuerza de interpretaciones, de sutilezas y de teorías, ya apenas se sabe qué es lo que es: si un negocio de asentimiento, que no es parte del negocio transmisivo, sino sólo requisito de su eficacia, según CÁMARA; si algo similar a la licencia marital, con la que tiene estrecho parentesco y paralelismo, según dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 1964 (27); si un derecho de veto

(27) Esta sentencia del Tribunal Supremo, citada por CÁNOVAS y por AZPIAZU, no deja de suscitar algunos reparos. Dicha sentencia, que reputa al consentimiento *uxoris* como un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, estima viable *aplicar por analogía* las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital para «solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina». Aquí el Tribunal Supremo olvida, en primer lugar, que en lo que se refiere a los actos dispositivos sobre inmuebles y derechos reales gananciales o presuntivamente gananciales inscritos, no existe tal laguna de reglamentación justificativa de una aplicación analógica, pues fué colmada cumplidamente por el Reglamento Hipotecario, cuya última reforma aprobada por el Consejo de Estado y el de Ministros, tuvo por finalidad en ese aspecto recoger las repercusiones registrales e hipotecarias de la modificación del Código civil y dictó las reglas oportunas para la inscripción y la disposición de aquella clase de bienes. La similitud, por otra parte, entre el consentimiento *uxoris* y la licencia marital dista mucho de ser exacta. Esta última es un complemento de la capacidad de la mujer casada para la realización de ciertos actos jurídicos, no sólo dispositivos, sino también de orden muy distinto, como comparecer en juicio, por ejemplo. Tal licencia es un requisito habilitante—procedente de la incapacidad de la mujer en el Derecho Romano, primero por estar sometida a tutela y luego por entrar bajo la *manu* del marido—que en la técnica actual se sustituye, cuando el marido no puede o abusivamente se niega a darla, por la habilitación judicial. El consentimiento de la mujer, en cambio, no afecta para nada a la capacidad del marido—lo que no se compaginaria con el ejercicio por éste de la jefatura familiar—, sino que representa una declaración de voluntad coincidente con la del marido y expresiva de una confirmación, ratificación o adhesión a la disposición consentida también por éste. Con la interpretación que el Tribunal Supremo da al nuevo artículo 1413 del Código, éste resulta francamente inoperante, y para llegar a tan nulo resultado no se habría efectuado esa reforma legal. En efecto, si pudiese prescindirse del consentimiento de la mujer—lo mismo que se puede prescindir de la licencia marital—, dejando a salvo el derecho de la mujer o de sus herederos a impug-

o un *jus prohibendi* concedido a la mujer, conforme a la opinión del ilustre Magistrado y Profesor FRANCISCO BONET (28); o si, finalmente, un consentimiento de control para que el marido no abuse de sus facultades dispositivas, según piensa el maestro de todos, ROCA SASTRE. Ante tal diversidad de criterios es preferible atenerse al valor semántico y jurídico de la letra de la Ley y preguntar: ¿Es idéntico *asentir* que *consentir*? ¿Es lo mismo consentir que controlar o vetar? ¿No indica el consentimiento la concurrencia de dos voluntades por lo menos? Y ¿cómo podrá la mujer ejercitar un derecho de veto si no conoce, si no está enterada de lo que puede vetar? Porque si el marido vende una finca o cancela una hipoteca, ambas presuntivamente gananciales, sin intervención de la mujer, ¿cómo podrá ésta disentir o prohibir, ni aun controlar siquiera? Ello implicaría un pre-

nar los actos dispositivos realizados sin aquél, la reforma sería innecesaria, ya que el primitivo artículo 1.413 disponía que toda enajenación o convenio que sobre los bienes de la sociedad de gananciales hiciese el marido en contravención de este Código o en fraude de la mujer, no perjudicaría a ésta ni a sus herederos. Si no obstante lo dispuesto en el nuevo artículo 1.413 en el sentido de aumentar las facultades de la mujer en orden a la disposición de gananciales, el marido pudiese por sí solo enajenar dichos bienes válidamente y mediante títulos inscribibles en el Registro, aunque se dejase a salvo el posible derecho de impugnación de las enajenaciones fraudulentas: ¿Para qué serviría la reforma? ¿En qué habría mejorado la condición de la mujer y qué habrían aumentado sus facultades, si ese derecho de impugnación ya se lo había reconocido el citado artículo en su redacción primitiva? Esto lo advirtió sagazmente el Notario BORRACHERO cuando decía en 1959: «Parece deducirse del tercer párrafo de dicho artículo que el marido podrá realizar actos de disposición sin consentimiento de la mujer, o sea, *contraviniendo lo dispuesto en el Código*, siempre que esos actos no perjudiquen a la mujer ni a sus herederos. La interpretación literal de este párrafo nos lleva directamente a ello, pero en este caso la reforma sería totalmente inocua y las cosas habría que haberlas dejado como estaban» (en esta misma REVISTA, pág. 245, 1959). Y debe rechazarse esa interpretación porque es principio de Derecho, sancionado por la jurisprudencia (sentencias de 2 de julio de 1873 y 25 de marzo de 1915), que debe desecharse toda interpretación o inteligencia que conduzca al absurdo, y absurdo es que una reforma legal tan profunda se condene a la esterilidad más completa, sin olvidar, finalmente, que contra preceptos legislativos claros y terminantes no son de estimar argumentos de analogía ni puede prevalecer el principio de que donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de Derecho (sentencia de 21 de febrero de 1900). En suma, a mi juicio no caben sutilezas, ni doctrinas exóticas, como la del negocio de asentimiento germánico: el legislador y el nuevo artículo 1.413 del Código han querido que la disposición de inmuebles gananciales se realice por el marido con el consentimiento de la mujer, y si en el acto transmissivo no concurren ambos consensos—o antes o después—, la enajenación es contraria a la Ley y, por tanto, no debe inscribirse en el Registro. Y así, además, lo ha entendido el legislador al acopiar el Reglamento Hipotecario a la nueva orientación del Código.

(28) FRANCISCO BONET: *Jurisprudencia registral*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1964, pág. 993.

vio trámite de notificación o requerimiento que no estuvo nunca en la mente del legislador.

La causa de los problemas que suscita la reforma del artículo 1.413 es que ha venido a romper una tradición patria de siglos en orden a la disposición de bienes de la sociedad legal de gananciales; y, confiésenlo o no, todos los esfuerzos de los defensores a ultranza de lo tradicional, llevados por un misonerismo acaso subconsciente, se enderezan a dar con el medio más sutil y delicado, de acatar la reforma, eso sí, pero sin cumplirla (29).

Descendiendo ahora a las aplicaciones prácticas de la nueva doctrina de la jurisprudencia registral, conviene apuntar algunos supuestos que se han de presentar en la vida real y en los cuales aquella doctrina no parece aplicable.

b) *Hipotecas constituidas e inscritas a favor de marido y mujer.*

No es insólito, sobre todo en algunas regiones, que comparezcan en la escritura de préstamo hipotecario el acreedor y su esposa y que a favor de ambos, sin especificación de cuotas o con ella, pero sin aducirse la procedencia del dinero, se constituya la hipoteca y también, como es natural, a favor de ambos se inscriba en el Registro.

Se trata, indiscutiblemente, de una hipoteca presuntivamente ganancial y con arreglo a la actual doctrina del Centro directivo podrá ser cancelada sólo por el marido, si cobra el crédito. Esto a todas luces parece excesivo y opuesto a las normas y principios hipotecarios y a la titularidad de la mujer que intervino en el acto constitutivo y que después, al prescindirse de ella, se ve preterida y en peor posición que antes de la reforma del Código. Lo más seguro es que, pese a la jurisprudencia, los Registradores exijan en esta hipótesis el consentimiento de la mujer para la cancelación, si quieren eludir posibles responsabilidades.

(29) El mismo GINÉS CÁNOVAS, de ordinario tan ponderado y circunspecto, llega a decir: «A nosotros, cuanto sea poner cortapisas... a la profunda reforma del artículo 1.413 del Código civil, nos merece plácemes» (en esta misma REVISTA CRÍTICA, 1964, pág. 799).

c) *Casos de cesión y de posposición de hipoteca.*

Si el marido puede por sí solo cancelar las hipotecas gananciales, aunque figuren inscritas a nombre de ambos cónyuges, es evidente que puede lo más, que es extinguir, hacer desaparecer o dar muerte jurídica al derecho real. Y si es principio de Derecho, admitido por la jurisprudencia, que «quien puede lo más, puede lo menos», será también evidente que ese marido por sí solo podrá ceder a tercero el crédito hipotecario y podrá posponerle a otros acreedores.

Y ante esto cabe preguntar: ¿Es que tal vez esa cesión, esa posposición, no son actos dispositivos? ¿No equivale la cesión a una enajenación, aunque también el precio de aquélla pueda interpretarse como una forma de pago? ¿Deberán los Registradores exigir el consentimiento *uxoris* para esos actos dispositivos o se avendrán a seguir prescindiendo de la intervención de la mujer, como si no se hubiese reformado el Código ni el Reglamento Hipotecario?

d) *Caso de subhipoteca.*

Es ésta una figura jurídica muy poco frecuente; pero alguna que otra vez encarna en la realidad. Y a ella puede aplicarse lo dicho anteriormente. ¿Podrá el marido por sí solo gravar el crédito hipotecario ganancial con una hipoteca? Si puede cancelar, también podrá hacerlo; pero como no se puede dudar de que hipotecar es disponer, es gravar, es casi seguro que los Registradores sigan exigiendo en estos supuestos el consentimiento de la mujer, si se halla inscrito el crédito a nombre de ambos cónyuges.

e) *Modificación reglamentaria indispensable.*

Y esto nos lleva a admitir la necesidad, si ha de prevalecer la doctrina sustentada en las comentadas Resoluciones, de volver a modificar el Reglamento Hipotecario.

Es de todo punto ilógico que si el marido puede cancelarlos por sí sólo se sigan inscribiendo los créditos hipotecarios gananciales a nombre de los dos cónyuges conjuntamente. Deberá volverse al sis-

tema anterior a la reforma. Bastará agregar unas palabras a la regla primera del artículo 95 de forma que venga a decir: «... se inscribirán, con excepción del derecho de hipoteca, a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal». Y para completar la nueva orientación, deberán suprimirse en el párrafo final del artículo 178 del mismo Reglamento las palabras «inscritas a su nombre».

Con estos pequeños retoques desaparecerán los obstáculos que la reglamentación hipotecaria ofrece a la reciente jurisprudencia registral, aunque subsista el inconveniente de que la cancelación se ha reputado siempre como acto dispositivo y, si lo es, debiera serle de aplicación la reforma del 1.413 del Código civil.

Pero, en fin, los Registradores ya sabrán a qué atenerse y no se encontrarán en la perplejidad que produce una tendencia jurisprudencial cuando no se compagina con las normas que ellos, como funcionarios, han de aplicar.

Se dirá: ¿Y no se dejará indefensa a la mujer, como lo estaba antes de la reforma del Código, si se mantiene esa tendencia jurisprudencial y se acomoda a ella el espíritu y la letra del Reglamento Hipotecario?

Pero este es otro problema en el que no debe entrar este trabajo. Los generosos esfuerzos de ciertas juristas destacadas, como ELISA BARTOMEU, MERCEDES FÓRMICA y alguna otra, en pro de la igualdad jurídica de ambos sexos, lograron crear un estado de conciencia que hizo posible la reforma del Código en 1958. Pero esa reforma fue tímida y tal vez ineficaz. Son ellas las que han de arbitrar nuevas fórmulas más sencillas y eficaces, a fin de que nuestra legislación civil no quede desfasada en este punto con relación a lo que las nuevas orientaciones jurídicas de la vida moderna exigen imperiosamente.

VI. CONCLUSIONES.

En rigor, más que conclusiones o síntesis, lo que a continuación se expone son breves puntualizaciones sobre algunos de los aspectos más interesantes de los problemas esbozados en este fatigoso trabajo. Son las siguientes:

a) El permitir la cancelación de hipotecas gananciales sólo por el marido sin consentimiento de la mujer, sobre equivaler a una interpretación civilista de las normas que rigen la cancelación, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.880 del Código civil, representa un imprevisto retroceso en la concepción tradicional y progresiva de la cancelación hipotecaria, que fué siempre considerada como acto dispositivo, no ya por la jurisprudencia y la doctrina, sino también por la legislación, en los artículos 231 del Reglamento de 1915 y en el 178 del de 1947.

b) Que, aun reconociendo que la nueva doctrina mantenida por el Centro directivo tiende a simplificar y facilitar la cancelación al facultar al marido para cancelar por sí solo las hipotecas gananciales cuando se pague la obligación asegurada, lo cierto es que esa doctrina no se compagina con lo preceptuado por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, que se propuso recoger en la legislación registral las ineludibles repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del Código civil en 1958 y que ha estado vigente durante un lustro, tanto en lo relativo a la inscripción de los créditos hipotecarios gananciales a favor de ambos cónyuges conjuntamente como en lo referente a la necesidad del consentimiento de marido y mujer para su cancelación.

c) Que esa nueva doctrina puede irrogar perjuicios en algún caso—por fortuna excepcional—a la mujer a cuyo nombre figure inscrita la hipoteca conjuntamente con su marido, puesto que no ya sin su consenso, sino sin su conocimiento siquiera, se podrá cancelar dicho derecho real, y ello parece poco ajustado al espíritu y la letra y a la finalidad de la última reforma del Código civil, que quiso dar intervención directa a la mujer en la disposición del patrimonio inmueble de la sociedad legal de gananciales.

d) Que si se ha de mantener en lo sucesivo la doctrina jurisprudencial sustentada en las citadas Resoluciones, deben ser nuevamente reformados los artículos 95, número 1.º, y 178, párrafo final del Reglamento Hipotecario para restablecer la necesaria concordancia entre legislación y jurisprudencia, máxime teniendo en cuenta que, manteniendo aquella doctrina, carece de toda posible justificación el que se sigan inscribiendo los créditos hipotecarios pre-

suntivamente gananciales a nombre de marido y mujer si sólo éste queda facultado para cancelarlos.

e) Que mantener en la época presente la teoría de la accesoriedad absoluta de la hipoteca hasta el punto de que baste el pago del crédito asegurado para que se reputé automáticamente extinguido el derecho real en la realidad jurídica, puede conducir, prescindiendo de su oposición a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y en el 179 de su Reglamento, a retroceder a los tiempos iniciales de nuestro sistema registral y a que vuelvan a cancelarse las hipotecas con sólo la justificación fehaciente de la carta de pago del crédito asegurado y la petición legitimada documentalmente del acreedor.

f) Que esa teoría olvida además que respecto a tercero sólo se extingue la hipoteca por su cancelación (art. 76 de la Ley Hipotecaria), y, por consiguiente, el derecho real esgrimible *erga omnes* sólo queda extinguido, no por el pago del crédito, sino por la cancelación del asiento registral.

g) Que, por fortuna, el Centro directivo ha reaccionado en su Resolución de 26 de octubre de 1964, en la que reconoce que no debe destacarse en todo préstamo hipotecario exclusivamente el aspecto obligacional (versión civilista) y olvidarse del carácter dispositivo, de desprendimiento de derechos equivalente a una enajenación que tiene toda escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca (versión hipotecario-registral), con cuya doctrina, concorde con la tradicional, se contradice la afirmada en las tres anteriores Resoluciones referentes a la cancelación sin el consentimiento *uxoris*.

h) Y, finalmente, que la doctrina de estas últimas citadas Resoluciones parece inaplicable en los supuestos de cesión de créditos hipotecarios gananciales, subhipoteca, posposición y modificación y en los de cancelación de hipotecas constituidas e inscritas a favor de ambos cónyuges, sin declaración de la procedencia del capital prestado, en todos los cuales será necesario el consentimiento de la mujer, a pesar de que aquella doctrina debiera serles también de aplicación por el principio jurídico de que quien puede lo más puede lo menos.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL,
De la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.

La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales

ASPECTO CIVIL

La Comisión encargada del proyecto de Código civil de 1851 dudó sobre la conveniencia de regular la adopción, institución a través de la que se crea jurídicamente una relación de parentesco paterno filial. Se dijo que la institución no encajaba en nuestras costumbres. Sin embargo, nuestro Código civil la reguló en unos cuantos artículos de contenido oscuro y con rigurosas condiciones para su constitución, según afirma un gran sector de la doctrina. La tramitación, además, resultaba costosa.

Nuestra guerra de liberación planteó el horrendo problema de los niños huérfanos y abandonados; y pensando el Gobierno nacional los que se encontrarían al ocuparse Madrid, dictó la Orden de 30 de diciembre de 1936, desarrollada posteriormente por otra de 1 de abril de 1937 regulando el acogimiento o colocación familiar, que dió ocasión a que el pueblo español hiciera alarde de su caridad cristiana; pero lo mismo esas disposiciones que las contenidas en la Ley de Beneficencia, aunque se regulaba el acogimiento, unas veces con el carácter de permanente y otras con el carácter de temporal, jurídicamente no satisfacían.

Terminada la guerra, el Gobierno excitaba el celo para que se practicase la adopción como fórmula jurídica de mayor estabilidad. En el artículo 248 de la Ley de Régimen local se ordenaba a las Diputaciones que procurasen el que se llegara a la adopción de los niños.

La Ley de 17 de octubre de 1941 dió un paso importantísimo, regulando una adopción especial, después de alegar en su parte expositiva que trataba de remediar una grave deficiencia de la legislación civil; que las normas contenidas en el Código prácticamente no habían satisfecho el propósito de suplir los vínculos paterno filiales, fundados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes abandonados en el torno de una Casa de Expósitos o recogidos en otros establecimientos de Beneficencia; y si bien reconocía que era frecuente el prohijsamiento y que a su amparo se creaban lazos de verdadera afección familiar, sin embargo no llegaban a constituir un verdadero estado jurídico, y así llegaba un día en que al tenerse que acreditar, por razón de estudios o del matrimonio del acogido, su filiación verdadera, se quebraban y destrozaban violentamente las ilusiones nacidas de dicho afecto engendrado por la convivencia con los que se creían los padres, al descubrir su origen turbio y deshonroso.

Esa Ley, para facilitar la adopción, ordenó que ningún funcionario que interviniera en los procedimientos percibiría derecho ni retribución, precepto que sigue vigente.

Nuestro Código civil, al sufrir las modificaciones ordenadas por la Ley de 24 de abril de 1958, establece en su artículo 173 que pueden adoptar los que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años, debiendo tener el adoptante, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado. Antes de la reforma se exigía que el adoptante hubiera cumplido los cuarenta y cinco años y tuviera por lo menos quince más que al adoptado.

La adopción según el artículo 172, por sus requisitos y efectos, puede ser plena o menos plena. Esta terminología también la ofrecía el Derecho romano para distinguir la adopción que realizaban los ascendientes de la verificada por los extraños.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178, sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También pueden hacerlo las personas en estado de viudedad, siempre, claro está, que en ambos casos no tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, ya que a los que tienen estos hijos les está prohibida la adopción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 173.

Por otro lado, sólo pueden ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron pro-hijados antes de esta edad por los adoptantes.

En la Exposición de Motivos se dice que no se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena (1). Los adoptados plenos, aunque conste su filiación ostentarán como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. Quizá fuera éste el motivo, aunque pudo haberse hecho una salvedad, por el que consideró el legislador que la adopción plena no era conveniente extenderla a los huérfanos, susceptibles de adopción menos plena; pero con otros efectos, decimos nosotros, incluso fiscales, como después hemos de ver.

Por ministerio de la Ley el adoptado plenamente y, por representación, sus descendientes legítimos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la Ley concede al padre natural.

En la adopción menos plena, el adoptado como tal sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, que, como hemos dicho, modificó, entre otros, los artículos del Código civil referentes a la adopción, se dice: «Limitada ha sido la reforma de la adopción menos plena que se configura en términos semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida».

ASPECTO FISCAL

En un impuesto como el de Derechos reales, que gravaba las transmisiones a título lucrativo marcando la intensidad de los tipos

(1) En el artículo 82 del Estatuto de Clases Pasivas, reformado por Ley de 24 de diciembre de 1964, sólo se llama a compartir la pensión en determinados casos a los hijos adoptivos por adopción plena, equiparándolos a los naturales legalmente reconocidos.

impositivos el parentesco entre el transmitente y adquirente, era lógico que se apreciara el parentesco civil que la adopción supone, gozando del favor fiscal, que, en un principio, fué el mismo que se aceptó para los ascendientes y descendientes naturales; pero pese a que antes de nuestra guerra de liberación se consideraba que la adopción era una institución abandonada, lo cierto es que el legislador, en la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de marzo de 1945, aportaba datos estadísticos que demostraban que a partir del año 1933, las bases liquidables en las transmisiones hereditarias entre ascendientes y descendientes por adopción aumentaron considerablemente, «habiéndose dado el caso frecuente de que las adopciones se habían realizado por personas de avanzada edad, con pequeña antelación a la fecha de su fallecimiento y en favor de adoptados mayores de cincuenta años». Así se dice literalmente en la mencionada exposición. Y esa fué la razón por la que, en virtud de lo dispuesto en dicha Ley, los efectos fiscales de la adopción quedaron limitados para el futuro al caso de que el adoptado, al tiempo de la misma, fuera menor de treinta años. Por Orden de 23 de marzo de 1945 la Ley mencionada empezó a surtir efectos desde el 1 de abril siguiente.

Atendiendo a los diferentes preceptos que con referencia a la adopción contiene la nueva Ley de Reforma del Sistema Tributario, conviene distinguir aquellas normas que sólo aluden a la adopción plena, las que se limitan a la adopción menos plena, las que hacen referencia a la adopción en general y las que tienen un contenido de derecho transitorio.

ADOPCIÓN PLENA.

En el suprimido Impuesto de Derechos reales, el número 32 de su Tarifa señalaba la escala de tipos impositivos para las transmisiones por herencia, legado o donación «en favor de ascendientes y descendientes por adopción», advirtiéndose al final de ese número que la adopción sólo tendría consideración fiscal en el caso de que recayese sobre persona que fuera menor de treinta años de edad al tiempo de ser adoptada. Todo ello en perfecta armonía con lo dispuesto en el apartado 22 del artículo 31 y artículo 54 del Reglamento del Impuesto.

En el nuevo Impuesto General sobre Sucesiones se ha tomado en consideración las dos formas de adopción señaladas en el artículo 172 del Código civil, y en el apartado 13 del artículo 133 de la Ley de Reforma Tributaria se dice así:

«13. Tributará por el número 2 de la Tarifa, y en su caso por la letra B) del número 8, *la sucesión que se cause*:

1.º Entre ascendientes y descendientes naturales reconocidos.

2.º *Entre adoptantes y adoptados plenamente.*

3.º Entre los hijos de anterior matrimonio y el cónyuge del padre o madre de aquéllos.

4.º Entre los hijos naturales reconocidos y el cónyuge del padre o madre de aquéllos».

Ese número 2 de la Tarifa del Impuesto sobre Sucesiones, y en su caso la letra B) del número 8, regulan la tributación a favor de los ascendientes legítimos con tipos más beneficiosos que los que en el Impuesto de Derechos reales se señalaban a favor de los ascendientes y descendientes por adopción, pero tal y como se expresa aquel apartado 13, en la parte que hemos transcrito con letra bastardilla, parece que los tipos mencionados sólo pueden aplicarse en la sucesión que se cause *entre* adoptantes y adoptados plenamente, es decir, a favor de éstos; pero no en las que puedan causarse entre adoptados y adoptantes.

En el Impuesto de Derechos reales claramente se expresaba en el número 32 de su Tarifa que era aplicable a las transmisiones por herencia, legado o donación en favor de ascendientes y descendientes por adopción. No había duda; y creemos que tampoco debe haberla ahora. En primer lugar, porque el apartado 1 del artículo 131 de la Ley de Reforma ordena que las transmisiones por herencia tributarán con arreglo de parentesco entre el causante y el causahabiente; y si con la reforma que ha sufrido el Código, en la adopción plena, se ha reforzado el parentesco entre el adoptante y el adoptado, concediendo a aquél en la herencia de éste los derechos que la Ley concede al padre natural, sería un contrasentido el que tributase como extraño; pero es que además ese mismo contrasentido

se daría en todos los demás casos comprendidos en el apartado 13 del artículo 133, porque aceptado literalmente, también habría que aceptar el absurdo que supone el que los «cónyuges» que dicho apartado cita en sus números 3 y 4, tributasen por un tipo de favor en las herencias de los «hijos» que también cita; y en cambio éstos en las herencias de aquéllos tributasen como extraños. De apreciarse diferencias entre las transmisiones de unos a otros, lo lógico sería lo contrario.

Creemos, por tanto, que en el tan repetido apartado 13 del artículo 133, en todos sus casos, en vez del vocablo «Entre» hay que leer la frase «A favor de». En cambio, lo que no puede leerse es que el precepto que contiene el número 2 de dicho apartado diga «Entre adoptantes y descendientes por adopción plena». El precepto sólo cita a los adoptantes y a los adoptados, con lo cual excluye claramente a los descendientes legítimos del adoptado, que, como hemos dicho, por representación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179 del Código, tienen derechos en la herencia del adoptante, pese a lo cual tributarán como extraños. Parece que no debe ser, sobre todo en esos casos en los que se da el derecho de representación que, en definitiva, equivale a ocupar el lugar del representado y gozar de todos sus derechos.

En el Impuesto de Derechos reales el número 32 de su Tarifa aludía a los ascendientes y descendientes por adopción. Sin embargo, se planteó la duda en un supuesto de institución de herederos a favor de los hijos de una hija adoptiva de la causante, alegándose que el artículo 54 del Reglamento ordenaba que los parientes del adoptado respecto del adoptante y los de éste respecto de aquél se considerarían como extraños a todos los efectos del impuesto; pero el Tribunal Central, en Resolución de 5 de junio de 1956, reconoció el derecho de los reclamantes a tributar por el número 32 de la Tarifa, considerando que la frase «ascendientes y descendientes» que empleaba ese número tiene mayor amplitud que la de «padres e hijos», puesto que en aquélla se comprende a toda persona que en línea directa deriva de un tronco común, constituido éste por la institución civil de la adopción.

Esa interpretación del Tribunal, actualmente no nos sirve, porque como hemos visto el número 2 del apartado 13, tan repetido, emplea los vocablos «adoptantes» y «adoptados»; pero insistimos en que no

debe ser así. El número 3 de la Tarifa del Impuesto sobre Sucesiones regula la tributación «entre descendientes y ascendientes por afinidad». Ahí no hay problema, pero parece imposible que en ese parentesco se conceda lo que se niega en el parentesco por adopción.

Tampoco debe ser el que los huérfanos a los que el legislador civil no estimó conveniente extender la adopción plena, no gocen de los beneficios fiscales que se conceden en esta forma de adopción. Civilmente el legislador tendría sus motivos para actuar como lo hizo, pero fiscalmente se debió haber hecho una excepción. Se trata de unos niños tan desgraciados como pueden serlo los abandonados y expósitos y merecían la misma consideración fiscal.

ADOPCIÓN MENOS PLENA.

Al diferenciarse en la Ley de Reforma Tributaria la adopción plena de la menos plena, se ha suavizado la tributación de la primera y se ha recargado la de la segunda, comparándolas con la tributación única que para la adopción señalaba el Impuesto de Derechos reales. Entre una y otra forma de adopción, fiscalmente hay un abismo, y prueba lo que decimos el que en la adopción plena se empieza a tributar al 5 por 100 y en la menos plena al 23 por 100.

En el Impuesto General sobre Sucesiones, el apartado 14 de la mencionada Ley de Reforma Tributaria dice así:

«14. La sucesión que se cause entre adoptantes y adoptados menos plenos tributará por el número 3 de la Tarifa y, en su caso, por la letra C) de la Tarifa número 8, cuando éstos tuvieran menos de veintiún años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción».

Quiere ello decir que fiscalmente no se acepta la adopción menos plena cuando los adoptados han cumplido veintiún años, norma que no alcanza a la adopción plena, donde puede adoptarse a un mayor de veintiún años siempre que hubiera estado prohijado antes de haber cumplido los catorce.

Con ese límite de los veintiún años demuestra el legislador actual

no haber sufrido los reparos que sintió el legislador de 1945, porque en la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de marzo, después de alegar las razones por las que en lo sucesivo no se apreciaría fiscalmente la adopción cuando los adoptados fueran mayores de treinta años, se aludía a que, con esa edad, se evitaba el inconveniente que hubiera tenido señalar como tope la menor edad, ya que entonces hubiera quedado excluida la adopción hecha por el tutor, que está prohibida hasta que le sean aprobadas las cuentas, y esta aprobación no puede tener lugar hasta que el pupilo haya salido de la tutela.

El supuesto de tutores que terminada la tutela adoptan a sus pupilos, en la práctica es muy frecuente y descansa en lazos tan respetables como los que derivan de una institución familiar que se extingue por la mayoría de edad del pupilo y durante la que, por regla general, hubo una compenetración absoluta entre éste y su tutor, que aunque pueda subsistir sin necesidad de la adopción, es indiscutible que ésta la refuerza jurídica y espiritualmente.

Es reprobable que la adopción se utilice como «trampolín» que permite saltar por encima de los tipos impositivos que gravan las transmisiones hereditarias entre colaterales y extraños; y plausible todo lo que tienda a evitar ese fraude legal, pero también es lamentable que en casos claros en los que rezuma el espíritu de la institución se niegue el beneficio fiscal. Los reparos que tuvo el legislador de 1945 debieron ser suficientes para haber hecho una salvedad.

Supuesto que en la escritura de una adopción menos plena no exista pacto sucesorio y el adoptado no tenga derecho a heredar al adoptante, sin embargo, si éste, en virtud de testamento, instituye heredero a su hijo adoptivo, procede aplicar en la transmisión hereditaria los tipos impositivos que corresponden a las sucesiones entre adoptantes y adoptados menos plenos. Eso es algo indiscutible. El derecho no lo adquiere el hijo adoptivo como tal, sino por voluntad del testador que lo instituye como heredero, de igual forma que pudo haber hecho la institución a favor de un hermano o de un sobrino; pero no sucede lo mismo, siempre sin pacto sucesorio, cuando en la sucesión *ab intestato* del adoptante se declara heredero al hijo adoptivo atendiendo a su parentesco natural.

En la práctica se ha debido de dar el caso cuyos antecedentes resumimos así: Un expediente judicial previo a la adopción, en el que se manifestó por el adoptante su propósito de instituir here-

dero al adoptado; pero, en cambio, en la escritura de adopción se dice en forma expresa y terminante, que como consecuencia de la misma no se reconocen derechos sucesorios. Muere el adoptante *ab intestato* y se declara heredero al hijo adoptivo por ser pariente colateral en tercer grado del causante. ¿Procede en este caso aplicar los tipos impositivos que corresponden a la transmisión entre adoptantes y adoptados menos plenos?

El caso de que se trata fué objeto de un estudio publicado en el tomo I de los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado (2), en donde se llega a la siguiente conclusión:

«1.º En los casos de coexistencia de dos clases de parentescos, como el legal y el de consanguinidad, se debe tener en cuenta, a efectos de la determinación del tipo aplicable en la liquidación del Impuesto de Derechos reales, el que corresponde al concepto en que el heredero es llamado a la sucesión conforme a la legislación civil, aunque no sea el del tipo más beneficioso para el contribuyente, y sin que ello suponga ignorancia del otro parentesco».

«2.º El hijo adoptivo, en cuya escritura de adopción se manifiesta expresamente que no se reconocen derechos hereditarios, no adquiere derecho alguno en la sucesión del adoptante conforme a la legislación civil, sin que pueda desvirtuarse la terminante manifestación de la escritura por lo manifestado en el procedimiento judicial aprobatorio de la adopción, ni por ningún otro documento ni acto».

«3.º Si el hijo adoptivo que carece de todo derecho a la sucesión, según la legislación civil, es llamado a la herencia intestada como más próximo pariente por consanguinidad, con independencia del parentesco legal, debe tributar por el concepto en que es llamado a la herencia y no como hijo adoptivo».

En definitiva, lo que se sostiene en esa conclusión es que en el supuesto de coexistencia de dos clases de parentesco, aquel que concede el derecho a una transmisión hereditaria *ab intestato* es el que debe determinar los tipos impositivos. Y la conclusión es lógica, pero lo sería mucho más si todos los parentescos que se aprecian en el Impuesto sobre Sucesiones permitieran heredar *ab intestato*, lo cual

(2) *La adopción ante el Impuesto de Derechos reales*, pág. 558.

no ocurre con el parentesco por afinidad, reconocido fiscalmente a partir de la Ley de 17 de marzo de 1945.

El yerno que a su vez es sobrino del causante, cuando hereda *ab intestato* no hereda como yerno, sino como sobrino. Sin embargo, no hay precepto que condicione la aplicación del número 3 de la Tarifa a la sucesión testamentaria. Ese número sólo exige la sucesión *entre* descendientes y ascendientes por afinidad y, en efecto, entre ellos se da. Pero parece que no sucede lo mismo cuando con referencia a la adopción el apartado 14 del artículo 133 de la Ley de Reforma dice: «La sucesión que se *cause* entre adoptantes y adoptados menos plenos...», es decir, el precepto alude al fundamento de la sucesión que en nuestro caso no radica en la adopción, sino en el parentesco natural.

Sin embargo, si se admite en el parentesco por afinidad, mucho menos respetable que el de adopción, también habrá que admitirlo en éste, porque en donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

ADOPCIÓN EN GENERAL.

En la nueva Ley de Reforma Tributaria no hay precepto que diga que la adopción sólo tendrá «consideración fiscal» cuando el adoptado tenga menos de veintiún años. En el derogado Impuesto de Derechos reales, con referencia a los treinta años, existía ese precepto en el número 32 de la Tarifa y en el artículo 54 del Reglamento. Actualmente, menos de veintiún años sólo los exige el apartado 14 del artículo 133 de la Ley de Reforma Tributaria como requisito necesario para que en la *sucesión* a favor del adoptado menos pleno se aplique el número 3.º de la Tarifa. Para todos los demás supuestos cuando la Ley Fiscal alude a los hijos adoptivos, en términos general, hay que entender que se refiere a todos los que tengan tal consideración, según las normas del Código civil, sea la adopción plena o menos plena.

Por consiguiente, gozan de exención las cantidades hasta 500.000 pesetas, que como beneficiarios, sean o no mayores de veintiún años, perciban los hijos adoptivos de las Compañías de Seguros cuando el

adoptante figura en la póliza como contratante o cuando el seguro gire sobre su vida y el contratante sea persona distinta, siempre que el seguro se haya concertado con tres años al menos de anterioridad a la fecha en que se produzca el evento. Igualmente los hijos adoptivos, cualquiera que sea la edad que tengan, gozarán de una deducción en la base liquidable del 90 por 100 cuando en iguales supuestos las cantidades a percibir de las Compañías de Seguros excedan de 500.000 pesetas. Todo ello porque así lo dispone en el Impuesto sobre Sucesiones el número 3.º del artículo 123 y 1.º del artículo 124 de la Ley de Reforma Tributaria, aunque el espíritu sea otro.

Por la misma razón están exentas las cantidades hasta 500.000 pesetas que al fallecimiento de sus empleados satisfagan las empresas a los hijos adoptivos, gozando de una reducción en la base liquidable del 75 por 100 las cantidades que excedan de las 500.000, porque así se dispone en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, según el número 72 del artículo 146 y letra c) del apartado 1.º del artículo 147 de la Ley de Reforma.

De igual forma, por aplicación del artículo 154 del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales, se presumirá la existencia de una transmisión lucrativa cuando disminuya el patrimonio de un adoptante y sincrónicamente o con posterioridad dentro del plazo que marca el precepto, resultare incrementado el patrimonio de un hijo adoptivo.

Hay supuestos en los que sin citar el precepto especialmente a los descendientes por adopción o a los hijos adoptivos, al utilizar sólo el vocablo «descendientes» pudiera entenderse que en este concepto están comprendidos los hijos adoptivos, extremo de mucha importancia en la aplicación de la norma que contiene el apartado 5 del artículo 155 de la Ley de Reforma Tributaria al regular el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Ese apartado 5 dice así:

«Las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgadas por los ascendientes a favor de sus *descendientes* se liquidarán por el número 1 de la Tarifa del Impuesto General sobre las Sucesiones, si las cuotas resultantes fueran superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados».

En el Impuesto de Derechos reales, el apartado 2 del artículo 9.º de su Reglamento, decía así:

«Las transmisiones onerosas de bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos, otorgados por los padres a favor de los *hijos legítimos, naturales o adoptivos*, se liquidarán por el tipo de la compraventa de inmuebles, salvo que dado el valor de lo transmitido, el tipo correspondiente de la escala de herencias fuese mayor, en cuyo caso se aplicará este último» (3).

Como se verá, con el antecedente que presta el Impuesto de Derechos reales, tal y como se expresa la Ley de Reforma Tributaria, hay que entender que quedan al margen del precepto las transmisiones onerosas que los adoptantes hagan a favor de sus hijos adoptivos, en primer lugar, porque si bien con referencia a éstos la condición de «hijos» permite hablar de «descendientes adoptivos», sin embargo sólo desciende de una persona aquel que por naturaleza procede de la misma; además, porque en la propia Ley de Reforma hay preceptos como el que contiene el apartado a) del artículo 154, en el que para un mismo supuesto se citan separadamente a los «descendientes» y a los «hijos adoptivos»; y porque, en último caso, el propio apartado 5 del artículo 155, que hemos dejado transcrito, ordena que esas transmisiones onerosas entre ascendientes y descendientes se liquiden por el número 1 de la Tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones, cuando a los hijos adoptivos, como hemos visto, se les aplica el número 2 o el número 3 de dicha Tarifa, según que se trate de adopción plena o menos plena (4).

Si así es, tampoco se apreciará una transmisión lucrativa a favor de los hijos adoptivos en las adquisiciones a título oneroso realizadas por los ascendientes como representantes de los descendientes menores de edad a que se refiere el apartado 6 del artículo 155 de la Ley de Reforma Tributaria; ni tributarán por los números corres-

(3) En virtud de este precepto, en el Impuesto de Derechos reales siempre se aplicaban a los hijos adoptivos los tipos sobre las herencias.

(4) Este último argumento no es convincente, porque los hijos naturales indiscutiblemente son descendientes, y según resulta del apartado 13 del artículo 133, están llamados a tributar por el número 2 de la Tarifa sobre sucesiones, y no por el 1, que es al que alude el artículo 155.

pondientes de la Tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones las pensiones constituidas a cambio de cesión de bienes que los adoptantes realicen a favor de los adoptados, de acuerdo con el apartado 28 del propio artículo.

DERECHO TRANSITORIO.

Ya hemos dicho que la Ley de 23 de marzo de 1945, que empezó a regir el 1 de abril siguiente, limitó los efectos fiscales de la adopción a los casos en los que los adoptados fueran menores de treinta años al tiempo de la misma. También hemos dicho que la nueva Ley de Reforma sólo aprecia la adopción menos plena cuando el adoptado tiene menos de veintiún años, y a tales preceptos corresponden las siguientes normas de derecho transitorio contenidas en la regla 5.ª del artículo 184 de la Ley de Reforma.

«Serán de aplicación el número 3 y, en su caso, la letra C) del número 8 de la Tarifa del Impuesto General de Sucesiones a los ascendientes y descendientes, por adopción, cualquiera que sea la edad que tuvieran estos últimos al tiempo de otorgarse la escritura pública de adopción; cuando la fecha de ésta sea anterior al 1 de abril de 1945».

«Los mismos números de la Tarifa serán de aplicación cuando el adoptado fuese menor de treinta años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción y la fecha de ésta anterior al día de entrada en vigor de esta Ley».

Lo que en definitiva dicen estos preceptos es que en todo caso son de aplicación los números de la Tarifa que se expresan cuando el adoptado al tiempo de otorgarse la escritura de adopción fuera menor de treinta años; y que en cuanto a los mayores de esa edad también serán aplicables los mismos números de la Tarifa si la escritura de adopción fué anterior al 1 de abril de 1945.

Huelga, a nuestro entender, la alusión que se hace en el segundo párrafo de esa regla quinta cuando con referencia a los hijos adoptados menores de treinta años se exige que la escritura sea anterior al día de entrada en vigencia de la Ley de Reforma. Ya se sabe que

esta Ley, como todas, mientras que no dispongan lo contrario, sólo ordena para el porvenir, y, por consiguiente, a partir de su vigencia; para que los adoptados menos plenos en las herencias de sus adoptantes gocen de la consideración fiscal, es necesario que tengan menos de veintiún años en el momento de otorgarse la escritura.

Ahora bien, tal y como se expresa el segundo párrafo de la regla quinta que hemos dejado transcrita, podría entenderse que el precepto que contiene es aplicable también a los supuestos de adopción plena, lo cual es un error. Es decir, una herencia causada durante la vigencia de la Ley de Reforma a favor de un hijo adoptivo pleno, cuya escritura de adopción es anterior en fecha al día de entrada en vigor de dicha Ley, no tributa por el número 3 de la Tarifa, sino por el número 2, porque así lo ordena, como hemos visto, el número 2 del apartado 13 del artículo 133 de la Ley, y por disposición de la regla primera del artículo 184 (5), sus preceptos son aplicables a los actos causados a partir del 1 de julio de 1964, y con posterioridad a esta fecha hemos supuesto que moría el adoptante.

Por otro lado, obsérvese que en esa regla quinta que hemos ofrecido literalmente, su segundo párrafo se expresa aludiendo a los «ascendientes y descendientes por adopción», de forma que dentro de la expresión quedan comprendidas las herencias del adoptado a favor del adoptante y las de éste a favor de los hijos del adoptado, a las que actualmente no alcanzan los preceptos de las reglas trece y catorce del artículo 133 de la Ley de Reforma.

FEDERICO BAS Y RIVAS,
Del Cuerpo de Registradores de la Propiedad.

(5) Esta norma de Derecho transitorio rige en el impuesto sobre sucesiones, por disponerlo así el apartado 2 del artículo 140.

El Registro de la Propiedad en Portugal

(Continuación.)

SUMARIO: TÍTULO VII: DE LA CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD: PUBLICIDAD FORMAL. 141) Consideraciones generales. *Capítulo 1.º Medios de obtención de la concordancia entre Registro y realidad.* 142) Principio general. 143) Primera inscripción. Cómo obtenerla. 144) La acción de justificación judicial. 145) Justificación de la posesión a efectos de su inscripción. 146) La justificación notarial. En qué consiste. *Capítulo 2.º De la reanudación del tracto.* 147) Antecedentes y regulación actual. *Capítulo 3.º De la purga o liberación de gravámenes y cargas, extinguidos, pero no cancelados.* 148) Idea general. Su regulación. *Capítulo 4.º De la modificación de entidades hipotecarias.* 149) Supuestos regulados en el Código de Registro predial. *Capítulo 5.º Errores: rectificación.* 150) Sus clases. 151) Procedimiento para su rectificación. 152) Asiento idóneo para la rectificación y salvedad de los derechos de tercero. *Capítulo 6.º De la publicidad formal.* 153) Razón de su inclusión en este título. 154) Principio general. 155) Medios de obtener tal publicidad. 156) Requisitos según sus distintas clases.—TÍTULO VIII: LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS EN EL SISTEMA PORTUGUÉS. 157) Consideraciones generales. *Capítulo 1.º El principio de inscripción.* 158) Naturaleza de la inscripción: regla general. 159) La inscripción de la hipoteca: valor jurídico. *Capítulo 2.º El principio de legalidad.* 160) Formulación legal. Alcance. 161) Límite a la función calificadora. El deber de registro «provisorio» en el conservador. 162) Recursos. Sus clases. Naturaleza. 163) Recurso contencioso. 164) Recurso o reclamación jerárquico. *Capítulo 3.º Del principio de prioridad.* 165) Prioridad en su doble aspecto, sustantivo y formal. 166) Excepción al criterio general expuesto. *Capítulo 4.º El principio del tracto sucesivo.* 167) Su carácter en el sistema portugués. 168) Formulación legal. Exégesis del artículo 13 del Código de Registro predial. *Capítulo 5.º Principio de publicidad.* 169) Consideraciones generales. 170) El artículo 7.º del Código. El tercero: su noción. *Capítulo 6.º El principio de legitimación.* 171) Formulación legal. 172) Consecuencias sustantivas. 173) Consecuencias procesales. *Capítulo 7.º El principio de rogación o instancia.* 174) Su regulación. El libro-diario. 175) Personas que pueden solicitar las formalidades registrales. *Capítulo 8.º Del principio de especialidad.* 176) Consideraciones generales. 177) Manifestaciones del principio: a) En cuanto a bienes. b) En cuanto a los derechos de su titularidad.—TÍTULO IX: DEL REGISTRO OBLIGATORIO: REGISTRO Y CATASTRO. *Capítulo 1.º Re-*

gistro obligatorio. 178) Consideraciones generales. 179) Su naturaleza jurídica. 180) Plazo para la presentación de los títulos en el Registro. 181) Medios de asegurar el efectivo registro de los actos. *Capítulo 2.º Catastro y Registro: Conexión entre ambos*. 182) Antecedentes. 183) Técnica del Catastro. Reflejo de los predios en el mismo.

TÍTULO VII.—DE LA CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD: PUBLICIDAD FORMAL

141) *Consideraciones generales.*

Examinando el título III del Código de Registro predial, que se ocupa de esta cuestión, nos parece que el legislador portugués se ha inspirado directamente en el sistema español (166). Con las salvedades que la naturaleza peculiar del procedimiento judicial impone, y el alcance atribuido a la función notarial, en esencia hay evidente paralelo entre uno y otro ordenamiento en este punto. Lo que se debe entender por discordancia o no concordancia, mejor dicho, tiene un mismo significado, conforme al artículo 197 del Código de Registro predial, que a tenor del artículo 198 de la Ley Hipotecaria. Los medios para lograr el paralelismo entre registro y realidad son también coincidentes, excepción hecha de la inmatriculación, en base a título público (art. 205 de la Ley y 298 del Reglamento) o de la certificación del artículo 206, apartados b) y e) del artículo 199, no previsto en la legislación portuguesa. Hay, pues, un procedimiento judicial, de trámite sustancialmente idéntico al expediente de dominio —de doble utilización, para primera inscripción y reanudación de tracto—, y hay una intervención notarial, equivalente a las Actas reguladas en el artículo 203 de nuestra Ley. Insistimos: con la modalidad que tipifica el proceso judicial y la función notarial, en derecho portugués.

(166) Decimos esto habida cuenta la posterior fecha de vigencia del Código de Registro predial portugués.

CAPÍTULO 1.º MEDIOS DE OBTENCIÓN DE LA CONCORDANCIA
ENTRE REGISTRO Y REALIDAD.

142) *Principio general.*

Viene consignado en el artículo 197 ya aludido. Dice así: «La concordancia del Registro con la realidad jurídica se hace efectiva, según los casos, por la primera inscripción del Derecho inmobiliario no inscrito a favor de persona alguna, por el establecimiento del tracto sucesivo, o por su reanudación cuando se hubiere interrumpido o por la purga o liberación de los gravámenes y cargas que, extinguidos, no hubieran sido cancelados» (*Idéntico al artículo 198 de la Ley Hipotecaria española*).

Ha de llamar la atención esa expresión de «establecimiento del tracto sucesivo». Quiere decir, que es inexcusable que se haga constar como punto de partida el derecho del transmitente, o constituyente del gravamen, en asiento de *carácter definitivo*; que ese primer eslabón de la cadena que reflejará el historial jurídico del predio sea «publicado» por inscripción no provisoria, sino definitiva. Es claro al respecto el artículo 13 del Código de Registro predial, que consagra el principio del tracto y del que en su lugar nos ocuparemos. La titularidad dispositiva tiene ahí, en este primer asiento, su punto de partida: para que la formalidad subsiguiente pueda extenderse en los libros, en el acto jurídico que la provoque, tuvo que haber intervenido inexcusablemente el titular registral o persona que legalmente ostente su representación. Y así van encadenándose uno y otro asientos, y todos completarán la gráfica jurídica sobre el inmueble.

143) *Primera inscripción. Cómo obtenerla.*

El artículo 198 del Código de Registro predial prevé la entrada en juego de la titulación supletoria, en supuestos de carencia total de la original o deficiencia probatoria en la misma que impida la inscripción pertinente.

Dice así: «Los adquirentes de derechos sobre predios no descritos en el Registro predial o descritos, pero sobre los cuales no exista inscripción de transmisión, dominio o mera posesión, que no dispongan de documento bastante para la prueba de su derecho, pueden obtener la respectiva inscripción notarial». Comentando este precepto, dice VEIGA DA GAMA (167) que ambos medios—judicial o notarial—entrarán en juego, tanto cuando el pretenzor del asiento carezca en absoluto de documentación, como cuando ésta fuere defectuosa o insuficiente, para que aquél sea definitivo. Así lo deduce de la expresión del artículo 198, «que no disponga de documento bastante para la prueba de su derecho», y entendemos certera tal interpretación, pues no cabe posición más precariamente probatoria a este objeto que la de quien está falto de título por irrelevante que sea el valor de éste.

144) *La acción de justificación judicial.*

En los artículos 199 a 204, ambos inclusive, está en rigor contenido el trámite a seguir, que procuraremos exponer con el mayor esquematismo:

a) *Juez competente.*—Lo será el de la comarca en la que estuviere situado el predio objeto de la acción, y si la finca radicare en más de una comarca, la de aquel a la que correspondiera la mayor parte (168).

b) *Incoación.*—Tiene lugar mediante escrito en el que se haga constar la causa adquisitiva del derecho invocado y pidiendo que previa citación del Ministerio Público y llamamiento a las personas ignoradas o inciertas sea reconocido el derecho alegado (aunque nada indique el Código entendemos debe identificarse el predio en el escrito).

Caso de que el predio estuviere inscrito en la matriz (catastral) a nombre de persona distinta del solicitante, deberá ser citada, y si hubiere fallecido, sus herederos o representantes.

(167) Obra citada, pág. 179.

(168) Artículos 199, 1) y 3).

c) *Prueba*.—Se ofrecerá la testifical, que no será superior a cinco, y se presentarán, además de otros que se estimen oportunos, los siguientes documentos: 1) Certificación acreditativa de no estar la finca o predio descrito en el Registro predial; o si lo estuviera ya, certificación literal de su descripción y todas las inscripciones y «avermientos» vigentes que a él se refieran. 2) Certificación literal de la inscripción en el Catastro (matricial, se denomina) de la finca, o cuando no obrare, certificación de haberse formalizado la participación a este fin.

d) *Oposición: efectos*.—Bien el Ministerio Público, ya cualquier interesado, puede formular oposición a la pretensión del solicitante, dentro de los diez días siguientes a la citación, por simple requerimiento—comparecencia—, y en el caso de haberse formalizado, el Juez, por simple despacho—providencia, interpretamos—, declarará sin efecto la pretensión, reservándose a las partes su acción en procedimiento ordinario.

Obsérvese que aquí no dirime, como en nuestro ordenamiento es obligado, conforme a la regla «quinta» del artículo 201 de la Ley.

e) *Título inscribible*.—Concluido el período de prueba y transcurrido el de oposición sin haberse ésta deducido, el Juez, en término de diez días, a contar de éste, dictará sentencia, certificación de la cual—testimonio—servirá de título para la práctica de la inscripción.

Contra la sentencia puede interponerse recurso, por el Ministerio Público o por el requirente, en los términos generales, el cual se sustanciará y decidirá, como el de agravio en materia civil.

Si se desestimara la acción por falta de pruebas, ello no obsta a que pueda el solicitante instar nuevamente la justificación.

145) *Justificación de la posesión a efectos de su inscripción.*

El artículo 208 añade que «lo dispuesto en los artículos precedentes es aplicable a la justificación de la mera posesión para efectos de registro». Al examinar los actos sujetos a inscripción hemos visto que entre ellos se encuentra en el sistema portugués la posesión como hecho. Mera posesión es, al decir del civilista GUNHA GONÇALVES, la

que no se funda en título alguno, ni proviene de transmisión por quien la ejercía legítimamente...; recae sobre cosa que no tenía dueño conocido. Por ello, según VEIGA DA GAMA, ha de probar el pretensor de su inscripción, en este procedimiento, conforme al artículo 524 del Código civil, *estar poseyendo* «pacífica, pública y continuadamente por tiempo de cinco años».

El título para la inscripción es el mismo: certificación—testimonio—de la sentencia dictada en que se reconoce la posesión.

Es de destacar la trascendencia que la inscripción de posesión tiene a efectos de prescripción. El artículo 526 del Código civil limita, cuando media buena fe y justo título, a cinco años, contados desde la inscripción en el Registro, el plazo para la prescripción adquisitiva.

146) *La justificación notarial. En qué consiste.*

Indicaremos, como en la acción de justificación judicial, abreviadamente, la idea de este medio. Se trata de una declaración que hace el titular del derecho, conforme a la matriz catastral, en escritura pública, corroborada por tres testigos, calificados de idóneos por el Notario autorizante, en la que se afirme que con exclusión de cualquier otro, el declarante es el titular efectivo del derecho de que se trata, indicando causa de adquisición, y las circunstancias que le impiden probarlo por los medios normales (art. 210).

Cabe que tal declaración la verifiquen su representante voluntario o mandatario con los requisitos formales exigidos, representantes legales o aquellos que de él hubieren adquirido el derecho por sucesión o contrato.

No pueden ser testigos las personas que a tenor del Código del Notariado tampoco puedan intervenir como testigos instrumentales, ni los parientes de los interesados y sus cónyuges.

Circunstancias de la escritura.—Han de ser descritos en ella los predios, en base a las cadernetas prediales actualizadas o del certificado literal de la inscripción matricial—Catastro—extendida en plazo no superior a los treinta días precedentes, a nombre de los titulares.

Deberá tenerse en cuenta lo prevenido para la justificación ju-

dicial en el artículo 200 y que ya se señaló oportunamente: es decir, que se haya librado certificación del registro, acreditativa de no estar el predio descrito, o de estarlo, literal de cuanta inscripción o «avermamento» vigentes, le afecten.

Base inexcusable para la utilización de este medio es que el derecho a justificar figure inscrito en la matriz del Catastro: sólo así cabe su empleo (art. 209).

El Notario autorizante advertirá a los testigos de que incurrirán en responsabilidad civil y criminal en el supuesto de falsedad en sus declaraciones, advertencia que deberá constar ha sido hecha, en el texto de la escritura (art. 211).

Publicación de la escritura. Oposición.—Extendida que sea (autorizada) con cargo a los interesados, el Notario hará publicar en uno de los periódicos diarios de mayor circulación de la capital del Concejó extracto de la escritura, en el que se contendrá: identidad de los otorgantes, indicación del derecho justificado, causa adquisitiva alegada y los datos que identifiquen suficientemente el predio. A falta de periódico en el Concejó, se publicará en uno «de los más leídos en la región» (169).

Oposición.—Caso de formularse, ésta habrá de ser interpuesta ante el Juez, requiriendo a éste para que oficie inmediatamente al Notario, comunicándole la existencia de la oposición.

El Notario, así que reciba la comunicación oficial del Juzgado, se abstendrá de expedir copia, e igualmente no librará ninguna hasta que no hayan transcurrido los treinta días de plazo contados desde la publicación de la escritura en el periódico respectivo.

Título para la inscripción.—La certificación—copia—de la escritura en la que el Notario deberá hacer constar la publicación afectuada y la inexistencia de oposición.

* * *

Por último, tanto las inscripciones en base a justificación judicial como por escritura notarial, revestirán carácter definitivo, así que en la matriz del Catastro obre ya la titularidad del justificante.

CAPÍTULO 2.º DE LA REANUDACIÓN DEL TRACTO.

147) *Antecedentes y regulación actual.*

El fenómeno de la interrupción del tracto, en la mayor parte de las veces, por no decir todas, causado por el descuido de los adquirentes que no han procurado acudir al Registro para que su titularidad figurara en el folio respectivo y enlazara así con las precedentes transmisiones del predio y también por el carácter facultativo de la inscripción, fué observado y valorado en su justo alcance por el legislador portugués, que aun antes de la puesta en vigor del actual Código de Registro predial ya trató de establecer un medio que permitiera anudar los precedentes registrales con la titularidad presente o actual. Así, en el Decreto-Ley de 18 de mayo de 1956, que introdujo la justificación notarial como forma de suplir, a los efectos de registro, la falta o insuficiencia de los títulos, en su artículo 22 ya preveía su utilización para la reanudación del tracto (170).

Este artículo pasó a ser el hoy 215 del Código de Registro predial, en el que se dice:

«La intervención del titular de la última inscripción en vigor, de transmisión, dominio o de mera posesión, exigida por el tracto sucesivo, puede ser suprimida por medio de la justificación judicial o notarial, en las condiciones y términos previstos en anteriores artículos con las alteraciones de los siguientes».

(170) «A larga fecha se remonta la institución del Registro predial y su carácter facultativo hacen que con frecuencia las inscripciones vigentes sobre muchos predios descritos en las Conservatorias se encuentren desactualizadas.

Derechos que una vez fueron llevados al Registro y posteriormente se transmitieron a través de múltiples generaciones, por abandono de los sucesivos adquirentes, aparecen inscritos a nombre de personas totalmente extrañas al interesado al que actualmente pertenecen. Por exigencia de la Ley, cuando este último pretenda inscribir su derecho tendrá que acreditar—identificándolos—los sujetos de todas las transmisiones intermedias, a partir del titular inscrito y presentar la documentación que pruebe los actos y hechos jurídicos determinantes de cada una de ellas. Con el curso de los años la reconstitución en base de los títulos respectivos de las transmisiones operadas es por demás—muchas veces—muy difícil, si no prácticamente imposible, principalmente cuando alguna de ellas hayan sido consecuencia de actos sucesivos» (Relatorio al Decreto-Ley 40.603, de 18 de mayo de 1956).

Veámoslas, examinando tales procedimientos de aplicación, a esta finalidad:

a) *Supuesto de empleo de la justificación judicial: tramitación.* En el escrito deberá el requirente reconstituir—reseñar—las sucesivas transmisiones operadas, a partir de la persona a favor de la cual aparece extendida la última inscripción, especificando las causas e identificando los sujetos.

Se dará traslado de la petición al Ministerio Público y se citará al titular de la última inscripción, y si hubiere fallecido, a sus herederos o representantes.

Con el escrito inicial se aportarán las certificaciones ya previstas como necesarias en la petición de justificación para la primera inscripción (ya citadas en su lugar) y los documentos que prueben las transmisiones realizadas, o bien manifestación de no poseerlos o ya las certificaciones relativas a las liquidaciones del impuesto sucesorio o de «sisa» (*inter vivos*) que no consten en la certificación de la matriz catastral. Cuando en la Sección de Hacienda se indique no tienen posibilidad de certificar de estos extremos últimos, no obstaculizará tal circunstancia, la inscripción.

b) *Idem del de justificación notarial.*—La finalidad de la escritura a tenor del artículo 218 va encaminada a la reanudación del tracto sucesivo, desde la última inscripción vigente de transmisión, dominio o mera posesión, reconstituyéndose el historial por medio de las declaraciones prestadas en la escritura por el interesado, confirmadas por tres testigos.

Son de aplicación las propias normas previstas para la justificación judicial que acaban de indicarse, con la excepción de no ser necesario el traslado al Ministerio Público, ni la citación al último titular. La escritura se adaptará en lo posible a las restantes previsiones del procedimiento ante el Juez.

* * *

En la sentencia que ponga término a este medio judicial, deben detallarse las transmisiones intermedias «averiguadas», con expresión de su causa y nombre o identificación de los interesados.

CAPÍTULO 3.º DE LA PURGA O LIBERACIÓN DE GRAVÁMENES
Y CARGAS, EXTINGUIDOS, PERO NO CANCELADOS.

148) *Idea general. Su regulación.*

No ha pasado inadvertida al legislador portugués la hipótesis de que pueda el Registro denotar la existencia de gravámenes sobre predios que, conforme a la legislación sustantiva, o bien por haberse cumplido las condiciones que estaban a afectas, son inoperantes; están, en una palabra, extinguidos. Hacer constar en los libros tal hecho, ¿qué duda cabe?, procura un auténtico paralelismo con la realidad, y de otra parte asigna claridad al historial del inmueble, limpiándole del fárrago de estas declaraciones sin efecto. Tres artículos (220, 221 y 222) dedica el Código de Registro predial a esta cuestión.

El primero nos indica que esta cancelación del gravamen extinguido puede practicarse con la presentación del título acreditativo de haberse producido el acto causa de la extinción; pero es verosímil que en no pocas ocasiones carezcan de dicha prueba, y entonces prevé el legislador la utilización de la acción de justificación judicial, que se adaptará a la tramitación y exigencias ya expuestas precedentemente.

El título para la cancelación, cuando se haya interpuesto el medio judicial que queda dicho, es el certificado—testimonio—de la sentencia.

El tercero de los artículos contempla supuestos de caducidad: enuncia como tales los de embargo y prenda, y las inscripciones provisionales de acción, hipoteca y consignación por rendimientos no superiores a 5.000 escudos, que caducarán a los diez años de su fecha, si no son renovados por «averbamento» a simple requerimiento de persona legítima para ello.

Llegado el momento de su caducidad, los conservadores, de oficio, deben extender los «averbamentos»—formalidad idónea, como hemos visto en otro lugar—para este asiento negativo.

CAPÍTULO 4.º DE LA MODIFICACIÓN DE ENTIDADES HIPOTECARIAS.

Las alteraciones de los predios [ya dentro del Registro por su identificación en el libro B) de descripciones] deben ser reflejadas a medida que se produzcan, pues con ello, y en cuanto a este elemento físico, se alcanzará el paralelismo anhelado entre realidad y registro.

149) *Supuestos regulados en el Código de Registro predial.*

a) *Agrupación.*—Se ocupa de la cuestión el artículo 156 del Código de Registro predial, en el que se dice:

Cuando fuere sometido a registro algún título que tenga por objeto un predio formado por dos o más ya descritos, por medio de «averbamento» se hará constar en el folio de cada uno de ellos, que quedan entre sí agrupados (anexados, reza el texto legal), constituyendo un solo predio. En uno de estos «averbamentos» o asientos se dejan consignadas las alteraciones físicas operadas, consecuencia de la agrupación y títulos que sirvieron de base para ella, sin que se haga preciso en los demás «averbamentos», extendidos en los folios de los demás predios, tal aclaración.

b) *Agregación.*—Trata de este fenómeno el artículo 158: en las parcelas objeto de agregación se hace constar por «averbamento» que pasan a formar parte de la finca que las absorbe y en ésta por «averbamento» se explica el fenómeno y se aclaran y detallan las alteraciones en la descripción consecuencia de la agregación.

c) *Alteraciones en la descripción de inmuebles.*—Se prevé esta posibilidad ya como resultado de segregaciones o agregaciones, bien como derivado de agrupaciones, cuando la identificación del nuevo predio no está clara: la duda o dificultad puede ser reparada a costa de los interesados, pidiéndolo así éstos del conservador, y que se inutilicen las descripciones anteriores. Esta anulación, por medio de «averbamento», ha de reflejar el número de la nueva descripción, folio

y libro en que fué extendida. Se cuidará de que se actualicen las notas de referencia existentes en las descripciones inutilizadas.

Y en suma, se prevé esta hipótesis en otros supuestos como en el caso de construcción por los titulares del derecho de superficie, etcétera. Medidas todas plausibles y que tienden a procurar esa armonía entre la realidad y la «publicidad» del Registro.

Y como norma inflexible, la declaración que contiene el artículo 170: «Las alteraciones provenientes de cualquier «averbamento» efectuado en las descripciones no perjudicarán los derechos anteriormente inscritos a favor de quienes no han intervenido en ellas». Quedan, pues, a salvo los derechos de terceros.

CAPÍTULO 5.º ERRORES: RECTIFICACIÓN.

150) *Sus clases.*

De los artículos 226 y siguiente pueden distinguirse las dos clases de errores admitidas en la mayoría de los Ordenamientos jurídico-registrales: materiales o errores de concepto (que la terminología del Código de Registro predial llama respectivamente «de copia y sustanciales»).

Excluimos aquí el error padecido antes de ser firmado al asiento, el cual puede ser rectificado previamente a la firma («las raspaduras, enmiendas y entrelíneas efectuadas en los asientos deben ser expresamente salvadas antes de la firma y rúbrica, establece el artículo 81, 1.º).

Por error material, conforme el artículo 226, ha de entenderse el cometido al copiar los documentos respectivos que no alteren el sentido de los actos objeto de inscripción. Sustanciales o de concepto son, por el contrario, los que como consecuencia del examen y calificación de los títulos lleven al asiento expresiones que dan alcance y sentido *distintos al acto*.

Uno y otro están comprendidos en la noción general, amplia, que da el legislador en el artículo 223, cuando dice que «los registros sólo

se consideran equivocados—errados—cuando se muestren en disconformidad con los documentos que les han servido de base».

151) *Procedimiento para su rectificación.*

a) *Errores materiales.*—El mismo Conservador puede por sí y sin intervención de los interesados, advertido el error, rectificarlos. Suponemos, aunque nada diga el Código, que será así, cuando del tenor del mismo asiento o por hallarse aún en la Conservatoria los títulos se haga posible.

b) *Errores de concepto.*—Para proceder a su rectificación es preciso el acuerdo de los interesados y la conformidad del Conservador, o, en su defecto, la decisión judicial (art. 227).

Esta intervención judicial se hace necesaria en todo supuesto de disconformidad, bien porque no la requieran todos los interesados o ya porque el Conservador no acceda a ella.

Como acto preparatorio puede, si se solicita por uno o parte de los interesados, pedir al Conservador que éste convoque a reunión a los restantes y decidan sobre la pertinencia de la rectificación, aportando los documentos de que dispusiere. El Conservador comunicará al Juez de la comarca la petición que haya recibido, instará de él cite a todos los interesados a la junta o reunión antedicha, señalando día y hora. Tal citación tendrá lugar a medio de notificación personal.

Cuando no se pusieran de acuerdo y haya de tramitarse judicialmente la rectificación, la competencia radica en Juez de Derecho, al que se elevará la petición, y éste, con informe del Conservador sobre el error alegado y razones en pro o en contra, decidirá. Previamente el Conservador hará constar en el Registro la existencia del procedimiento de rectificación. Se dará traslado al Ministerio Público, quien emitirá su parecer sobre lo solicitado. El Juez, en plazo de ocho días, contado desde el final de este trámite, dictará sentencia, contra la que cabe recurso, que pueden interponer el Conservador, cualquiera de los interesados, o el mismo Ministerio Público, el cual se sustanciará por los trámites del agravio en materia civil. El Conservador *debe*, de oficio, promover la rectificación a falta de acuerdo de los interesados, cuando reconozca que el Registro está equivocado (artículo 237).

152) *Asiento idóneo para la rectificación y salvedad de los derechos de tercero.*

El «averbamento» es el procedente, en todo caso, como así determina el artículo 239.

La rectificación no podrá perjudicar los derechos de las personas inscritas en cualquier otro asiento que afecten al mismo predio y no hayan sido notificados en los términos previstos (art. 240).

CAPÍTULO 6.º DE LA PUBLICIDAD FORMAL.

153) *Razón de su inclusión en este Título.*

Nos ha parecido conveniente exponer seguidamente de los medios que el legislador portugués ha establecido para alcanzar el paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica, aquellos de que ha de valerse cualquier interesado, para saber el exacto contenido de su particular interés y qué documentación puede procurársele para la prueba del mismo. Estimamos que la información sobre este último punto viene a completar la que precede, objeto del presente título. Ciertamente que no sólo en el Ordenamiento jurídico español, sino también en el portugués, se trata la cuestión relativa a *la publicidad formal*, separadamente (el título VI, concretamente, del Código de Registro predial). No obstante, nos tomamos esta libertad, que por las razones dichas, comprenderá el lector.

154) *Principio general.*

Está contenido en el artículo 259 del cuerpo legal citado: es una secuela del carácter de la Institución. Se dice en él «que el Registro predial es público». Se atribuye a *cualquier persona* el derecho de obtener certificaciones de cualquier acto de registro—asiento—e informaciones verbales o escritas sobre su contenido, como también consultar en la Conservatoria los libros del Registro.

No hace falta, como certeramente se exige en nuestro Ordenamiento hipotecario, que la publicidad del Registro sea solicitada por quien tenga «interés conocido» (art. 221 de la Ley) en conocer su contenido o «a instancia de parte legítima», como reitera el Reglamento en el artículo 334. Cualquiera puede en Derecho portugués tener acceso al Registro; a este fin.

155) *Medios de obtener tal publicidad.*

De lo dispuesto en los artículos 260 y siguientes cabe estimar admitidos:

- a) Certificados de los asientos librados, al practicarse éstos.
- b) Notas, sin valor externo e interno, de certificación.
- c) Certificaciones.
- d) Cadernetas prediales, actualizadas y confrontadas por el Conservador.
- e) Manifestaciones.

156) *Requisitos según sus distintas clases.*

a) *Certificados de Registros.*—Dispone el artículo 261 que efectuado cualquier asiento, deberá el Conservador o sustituto (ayudante) extraer de él un certificado que se entregará al interesado (representante).

Si el asiento consiste en una inscripción, en el certificado, constará la copia literal de su extracto, número de orden de la descripción correspondiente y circunstancias necesarias para la identificación física y fiscal del predio.

Si se trata de «averbamentos», basta con que contenga el extracto respectivo de su texto.

Y queda exceptuado el Conservador de esta exigencia cuando se hayan practicado las formalidades o asientos, a requerimiento del Ministerio Público, otra representación del Estado o de los Cuerpos administrativos.

También es innecesaria su expedición cuando a ella renuncia el presentante (171).

b) *Notas informativas.*—Nos recuerdan las establecidas en el Reglamento Hipotecaria español, en el artículo 334.

Tienen lugar cuando expresamente al solicitarse la práctica de la formalidad en el Registro se renuncia al certificado; es entonces suplido éste por la nota llamada de registro, fechada y firmada por el Conservador o por su sustituto (ayudante en terminología portuguesa).

Ha de contener las circunstancias siguientes: número y fecha de la presentación del documento en el Registro, asiento practicado, nombre de la persona a favor de quien se haya extendido, número de orden de la descripción, y cuando se trate de inscripción, el número de orden de ésta.

Si la documentación presentada es devuelta al presentante, en esta misma es dable extender la nota. Ello, en este supuesto, equivale a la que se extiende al pie del documento despachado de registro, en la mecánica española.

c) *Certificaciones. Sus clases.*—Pueden éstas ser: literales y en relación, generales o parciales [art. 263, 1)].

Por literales se entienden aquellas que transcriben íntegramente el texto de los asientos: en relación (narrativas, dice el artículo), las que sólo contienen un extracto de determinados asientos o cualquiera de sus circunstancias.

Generales, las literales o en relación, pero que transcriben o reflejan literal o sustancialmente todos los asientos referentes a un determinado predio; parciales, las que transcriben solamente algunas inscripciones, descripciones o «averbamientos» o algunos de sus elementos.

◦ *Circunstancias que deben contener.*—Conforme señala el artículo 265, han de comprender:

- 1) Indicación de la Conservatoría que las explide.
- 2) Nombre y categoría del funcionario que las autoriza.

(171) Línea c) del artículo 92 del Código de Registro predial.

3) Número de folios que han de estar rubricados por el mismo funcionario.

4) Número del libro y folio de donde han sido tomadas.

5) Expresa manifestación de ser conformes con el asiento al que aluden, a menos que sean negativas.

6) Fecha de su expedición.

7) Firma del funcionario que las libra.

Requisitos formales en cuanto a su expedición.

Pueden ser extendidas en papel común, pero reintegrado debidamente e inutilizado con la estampilla o sello de la Conservatoria. Está autorizado que se comience en el mismo escrito en que son solicitadas, una vez selladas debidamente.

Se exceptúan de este requisito del reintegro—impuesto de sello en terminología portuguesa—las requeridas por el Ministerio Público u otras entidades que gocen de exención de dicho impuesto. Han de expedirse en el menor tiempo posible y con preferencia a cualquier otro servicio.

d) *Cadernetas prediales.*—En ellas es obligatorio—en la hoja anexa de la misma (172)—hacer constar número de descripciones, inscripciones y «averbamentos» vigentes, como sus cancelaciones. Y así desde el comienzo del tracto y sucesivamente en las transmisiones, por cualquier título, llevadas al Registro. Y tales diligencias—notas, conforme encasillado—irán rubricadas por el Conservador o su sustituto.

Se reputan en vigor—actualizadas—desde que aparezcan extendidas por la Sección de finanzas (Oficina catastral) y consignados los datos por las Conservatorias, en plazo no superior a los treinta días anteriores a su presentación como prueba.

e) *Manifestaciones.*—Este derecho a consultar y examinar los libros en la Conservatoria viene expresamente reconocido, como ya se ha expuesto anteriormente, en el artículo 259 del Código de Registro predial. Mas como esta diligencia, en verúad, ocasiona ordi-

(172) Véase modelo al final de este trabajo.

nariamente entorpecimiento en el desenvolvimiento del servicio, el legislador la autoriza en determinado momento del día. Y así dice en el mismo precepto, apartado 2): «Que la consulta de los libros será obligatoriamente facilitada por el Conservador durante la última hora del segundo período reglamentado del funcionamiento del servicio y sin perjuicio de éste». En su lugar hablamos de las horas de oficina; pues bien, en la hora última de la fracción de tarde. Y como los sábados no media servicio en la tarde, tal día debe reputarse excluido.

TÍTULO VIII.—LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS EN EL SISTEMA PORTUGUES

157) *Consideraciones generales.*

En la información que como Exposición de Motivos ofrece el Decreto 42.565 de 8 de octubre de 1959, que puso en vigor el actual Código de Registro predial, se dice que las reglas básicas del sistema vigente o las más fundamentales, como son las que representan los principios de publicidad, especialidad y prioridad, existían ya en su Ley Hipotecaria de 1863. Hemos de añadir que también en ella estaba formulado el principio de inscripción con tal alcance, que suponía requisito necesario para la eficacia del acto y su oponibilidad en juicio frente a terceros e *inter partes*. Por desgracia, ese rigor técnico no se mantuvo en el Código civil, como en el título I apuntamos. Hoy podemos anticipar que la inscripción tiene un valor meramente declarativo, incluso en el Registro obligatorio, del que más adelante nos ocuparemos.

Existía también como principio tradicional en el ordenamiento portugués el de legalidad, pero en el Código actual, a nuestro entender, con la introducción del registro provisorio se le restó valor, por cuanto no parece admisible la tesis del legislador, que lo fundamenta en la posibilidad de que determinados actos sean de «dudosa legalidad». La función técnica encomendada al Conservador (profesionales del Derecho) exige que *ab initio*, pueda éste medir y compulsar el

acto sometido a registro en el plazo que se fije a su función calificadora y determinar si está ajustado o no a derecho conforme las normas aplicables y es o no compatible con los antecedentes obrantes en su archivo, eliminando, en buena técnica, ese posible acceso al Registro «por dudas».

La fe pública no cuenta con una formulación terminante, a nuestro entender, si bien la que se ofrece del principio de legitimación sea más correcta, hipotecariamente hablando. El principio de especialidad se infiere claramente de su articulado; en tanto quedan establecidos expresamente los de tracto, prioridad, rogación o instancia...

Pero examinemos, en concreto y por separado, cada uno de ellos, y así observaremos la tónica del sistema y su respectivo alcance.

CAPÍTULO 1.º EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN.

158) *Naturaleza de la inscripción: regla general.*

Hemos anticipado en el número anterior que la inscripción en Derecho portugués es meramente declarativa. El artículo 6.º del Código de Registro predial dice: «Que los actos sujetos a registro pueden ser invocados entre las partes, sus herederos o representantes, aunque no hayan sido registrados».

Comentando el precepto, autores como VEIGA DA GAMA dice: «El acto jurídico vale, por sí, para la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho: el registro desempeña solamente una función declarativa de publicidad del derecho y de mera condición o formalidad para éste, para producir, después de la fecha del mismo registro, efectos contra terceros» (173).

Y aún añade: «No contribuye—la inscripción—para la vida del derecho, el cual se constituye, transmite, modifica o extingue fuera. La inscripción tiene así, en nuestro régimen jurídico, valor declarativo». En la información o Exposición de Motivos del Decreto-Ley aprobando el actual Código de Registro predial—varias veces cita-

(173) Obra citada, pág. 43

da—, se expresa que la orientación que ha prevalecido en la legislación nacional es la que atribuye al registro función meramente declarativa. Se adopta tal criterio asignando ese valor a la inscripción —prosigue—, «porque la experiencia, tanto entre nosotros como en otros países, tiene revelado ser suficientemente apto para asegurar en grado apreciable la eficacia de la institución» (174).

Continuará—termina explicando el legislador—adscrito el Registro predial a su tradicional función publicitaria y a establecer como tal la simple presunción jurídica, con valor *iuris tantum*, de que los actos inscritos denotan la realidad...

159) *La inscripción de la hipoteca: valor jurídico.*

La regla general en cuanto al valor y alcance de la inscripción que acabamos de exponer, tiene una excepción terminante cuando se trata de la hipoteca. El artículo 6.º del Código, en su párrafo 2), dice: «Exceptúanse los actos constitutivos de hipotecas, cuya eficacia, entre las propias partes, depende de la realización del Registro».

La hipoteca sólo existe después de efectuado el registro. La inscripción—dice VEIGA DA GAMA—es indispensable para la existencia y para la eficacia de la hipoteca: «es constitutiva de ese derecho real de garantía».

Fundamentan los autores del Código de Registro predial la admisión de esta innovación... «como el deseo de seguir el principio sobre la materia, consagrado por la generalidad de los sistemas de tipo latino» (175). Argumento poco convincente y que estimamos no sería el único que a tal decisión les llevara, por cuanto pesaría en su ánimo el alcance que dicha medida había de tener en el fomento y seguridad del crédito inmobiliario.

Los comentaristas prontamente ponen de relieve las ventajas de la inscripción constitutiva desde el punto de vista del acreedor: éstos, dicen, de ser meros acreedores comunes, cuando falta la inscripción, pasan a tener carácter de preferentes y exclusivos (salvo cuando se antepongan privilegios inmobiliarios), así que su derecho está inscrito.

(174) Punto o), párrafo 5.º

(175) Citado párrafo 5) de la Exposición—relatorio—de Motivos.

CAPÍTULO 2.º EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

160) *Formulación legal. Alcance.*

El artículo 5.º del Código de Registro predial, textualmente dice: «Además de la regularidad formal de los actos de registro requeridos y de la legitimidad de los requirentes, incumbe al Conservador apreciar la legalidad de los títulos presentados a registro y la validez de los actos dispositivos en ellos contenidos, así como la capacidad de los otorgantes en base a lo que resulte de los títulos y de los asientos anteriores».

Conviene aclarar: la primera parte del precepto, propiamente, no es verdadera función calificadora, sino análisis previo del supuesto que llega al Registro. Regularidad formal de los actos requeridos es simplemente apreciar si son de los incluidos en los artículos 2.º y 3.º que cierran la lista de los admisibles a registro (*numerus clausus*). Legitimidad es valorar si el solicitante del asiento tiene o no interés en el mismo, conforme previene el artículo 85 (que examinaremos al tratar del principio de rogación o instancia).

La esencia de la función calificadora está, por tanto, centrada en paralelo alcance con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria española, en la segunda parte del artículo, es decir, valoración de *la legalidad de los títulos, validez de los negocios jurídicos* (actos dispositivos) *y capacidad de las partes—otorgantes—* (a tenor de los mismos títulos y de los asientos con ellos relacionados o «anteriores», como expresa el texto legal).

El primer punto, legalidad de los títulos, equivale a examinar su idoneidad en relación con el acto que constituye su contenido: en principio y conforme al artículo 94 del Código de Registro predial, han de ser suficientes para probar el acto a registrar (176).

Validez de los negocios jurídicos (actos dispositivos) conforme a la legislación sustantiva, a la que compete su regulación, por cuanto que la misión del Registro es la de su publicación, con la eficacia que

(176) Para obtener registro «definitivo».

de la inscripción deriva y hemos señalado en el capítulo anterior. Apreciará si adolecen de vicio de nulidad, que no de base a ulterior confirmación o subsanación: si los elementos personales en juego en el acto translativo están determinados correctamente, y si el objeto de la relación jurídica, esencia patrimonial de la disposición, es cierto y determinado.

La capacidad de los otorgantes se ha de estimar conforme también, en consonancia con las disposiciones reguladoras de tan transcendente cuestión, una vez sea conocido el estado y circunstancias que ha de reflejar el título, por ser elementos exigidos para el asiento, a tenor del artículo 178 del Código de Registro predial para la inscripción y 194 en los «avermientos».

El alcance o finalidad, según explica el legislador (177), es la de conseguir, mediante esta facultad atribuida al Registrador, la compulsa por éste, de la «regularidad», tanto formal como sustancial de los actos llevados a registro, permitiéndole decidir sobre la admisibilidad o no de la respectiva inscripción.

Pero anticipamos al comienzo de este título que los redactores del vigente Código restaron verdadero valor y alcance técnico a este principio. Veámoslo:

. 161) *Límite a la función calificador. El deber de registro «provisorio» en el Conservador.*

Viene en cierto modo condicionada la función calificador y no produce las consecuencias que en buena técnica debieran seguirse de ella. La razón es clara: El artículo 5.º hemos visto que centra perfectamente el ámbito en que el Conservador ha de actuar: el binomio, títulos presentados y antecedentes registrales, son los elementos sobre los que ha de apoyarse su estudio y de los que ha de desprenderse la congruente decisión (positiva o negativa) respecto a la pretensión del solicitante. Opera la calificación teniendo en cuenta el derecho constituido, vigente, en lo que a forma de los instrumentos, capacidad de las partes y validez de los actos dispositivos atañe, juntamente con la que en los asientos con ellos rela-

(177) Exposición de Motivos, párrafo 10.

cionados se ha de reflejar. El criterio que el funcionario emita, por tanto, ha de ser o debiera ser concluyente, definitivo y fundado; detallando, cuando no permita el paso al registro del acto, las causas o razones que así lo justifican. Todo lo cual, sin desconocer los derechos de los interesados, a quienes les quedaría plenamente reconocido y expedito el camino para reclamar contra aquella decisión, poniendo en juego los recursos correspondientes.

Pero el legislador, luego de declaración tan precisa y técnica, ha limitado los supuestos en que puede rechazarse definitivamente la formalidad pretendida. Y así, conforme al artículo 241, sólo cabe denegar:

a) Cuando el acto no esté sujeto a registro (es decir, no estar incluido en la «lista» de los números de los artículos 2.º y 3.º del Código de Registro predial).

b) Ser manifiesto—indudable—que el acto sometido a registro contiene vicio que impida ulterior subsanación (o confirmación). Parece estarse en el caso de la inexistencia.

c) Si la realización del registro requerido obsta a lo dispuesto en los artículos 31 y 182 (178).

d) Si el registro requerido ya se había practicado como provisorio por dudas y éstas no han sido removidas (subsanadas).

e) Si la Conservatoria no era la competente territorialmente para el registro solicitado.

Y el apartado 2) del mismo artículo añade que, fuera de los casos previstos en el número anterior, *sólo podrá recusarse* a efectuar el acto de registro requerido si le fuera imposible, por falta de elementos, realizarlo provisoriamente por dudas, o si ese acto, por su naturaleza, no puede ser efectuado como provisorio.

Más aún: tratando de impedir el cierre del registro a los títulos, en el artículo 242 se crea el registro provisorio por dudas y se establece que los registros asientos solicitados deben ser efectuados como

(178) Trata de supuestos de anexión de parcelas de una Conservatoria a otra, preceptuándose no se puede realizar inscripción alguna de predios sitos en el área de anexión hasta que no se haya hecho la transcripción o traslado.

Y el 182, supuestos, en que se solicita la inscripción de un derecho sin que conste la inscripción del dominio del predio al que de derecho afecte (situación semejante a la prevista en el artículo 7, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria española).

provisorios, siempre que el Conservador «*tenga dudas en recusarlos en absoluto o en admitirlos como definitivos*».

Estimamos que se aparta aquí el sistema portugués de los criterios técnicos seguidos en los demás Ordenamientos jurídicos, que reclaman, como sucede en el nuestro, del Juez o Tribunal, en el campo de su competencia, la obligación de juzgar y resolver, aunque no hubiere Ley aplicable en concreto al caso debatido (179), y como en el hipotecario, ha de decidirse (en función de Juez territorial) por el Registrador, inscribiendo, suspendiendo o denegando.

Tanto el artículo 241 como el 242 y siguientes, han restado importancia técnica a la función del Conservador, y queda poco menos que reducido, a la letra, el principio formulado en el artículo 5.º

Los redactores del Código tratan de justificar la medida adoptada, diciendo que la necesidad de salvaguardar los intereses de quienes han acudido al Registro «*empeñados en obtener el ingreso de los actos*» a él sujetos, en la fecha en que los requerían, inclinó al legislador a admitir como *solución de compromiso* la inscripción provisoria de los actos de legalidad dudosa... (180).

Sigue reconociéndoseles—prosigue—a los Conservadores la facultad y deber de enjuiciar la legalidad de los actos y títulos sometidos a registro, como la regularidad—validez—de los actos requeridos. «*Mas acentúase al mismo tiempo, que la recusa absoluta de registro, apenas podrá tener lugar en principio...*»

De esta forma queda «bien clara la idea de que el registro provisorio no es una mera facultad concedida al Registrador, sino una solución de emergencia a la que en interés de las partes el Conservador *debe* recurrir, salvo que las circunstancias la hagan impracticable».

También se observa en el sistema portugués, a la manera del artículo 19 de la Ley Hipotecaria española, la proyección de aquella función patriarcal de que don JERÓNIMO GONZÁLEZ nos habla está investido el Registrador; esto es, la indicación al interesado del defecto advertido en el título e invitación a su subsanación. El ar-

(179) Artículo 6.º del Código civil.

(180) «El Registrador, como el Juez, no puede dudar: no debe suspender su juicio en caso de duda...»; debe resolver por sí». «La Ley es completa, y en ella encontrará todos los elementos para decidir por sí». Se desprende esto del artículo 273 de la Ley (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 21).

título 139, 1), del Código de Registro predial, dice: «Si los títulos presentados enfermaren de cualquier deficiencia susceptible de obstar a la realización del registro en los términos requeridos, podrá el Conservador invitar al requirente—presentante—a retirarlos». Se presume que su recogida sea para la subsanación, aunque el texto legal no lo aclare como se hace en el ordenamiento español.

162) *Recursos. Sus clases. Naturaleza.*

Con independencia del derecho a recurrir de la sentencia, que se reconoce a los interesados, en los supuestos de rectificación de errores, a que ya aludimos, y que tiene su esfera de sustanciación dentro del Código de Proceso civil (181), podemos estimar que contra las decisiones del Conservador, en su función calificadora, cabe interponer:

a) Recurso contencioso.

b) Reclamación jerárquica (semejante a nuestro recurso gubernativo).

Toda esta materia viene comprendida en el título V del Código de Registro predial.

La naturaleza de estos recursos ha sido objeto de estudio por los especialistas de Derecho hipotecario-registral. El denominado contencioso, a la vista de toda su tramitación, recuerda los actos de jurisdicción voluntaria, sin que el artículo 253 del Código de Registro predial, al permitir la apelación con efecto suspensivo, altere tal carácter, pese a asignar a la alzada, cauce de agravio civil. El parecer de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con despacho «conforme» del Ministro de Justicia de 10 de febrero de 1950, dice que no puede equipararse este recurso contra la calificación, al contencioso regulado en el Código de Proceso civil: tiene por fundamento, este de Registradores y Notarios, la misma organización jerárquica, la lógica posibilidad de ser analizado el acto por los superiores y comprobar la recta aplicación de los preceptos (182).

(181) Por los trámites de agravio civil según el artículo 236 del Código de Registro predial.

(182) *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 25, pág. 218.

Y el culto Conservador Doctor CATARINO NUNES entiende que ofrecen naturaleza especial, basada en la conveniente revisión por organismo superior, de los antecedentes de hecho y decisión legal aplicada al caso debatido, con lo que en último extremo podrá tenerse la certeza de si la norma ha sido o no erróneamente interpretada y la solución dada fué la correcta (183).

163) *Recurso contencioso.*

Vamos a ofrecer una síntesis de este derecho de los interesados, a la vista de los artículos 246 a 257 inclusive, del Código de Registro predial, en los que se contiene, desde su admisión y sustanciación, hasta los consecuentes efectos.

Admisión.—Tiene lugar cuando el Conservador «recusa» (deniega) la práctica de cualquier asiento, sea definitivo, o provisorio, «por dudas».

Plazo.—El de sesenta días contados desde la presentación del título denegado o practicado provisoriamente. El recurso se entiende interpuesto desde que se presenta la petición.

Diligencia previa.—Los interesados que pretendan recurrir deberán solicitar para este fin que se les facilite nota detallada de los motivos en que se funda la «recusa» (denegación) o las dudas observadas.

Formalización del recurso: plazo.—El escrito formalizando el recurso, se presentará en la Conservatoria dentro de los quince días siguientes a la expedición de la nota aludida. En él se alegarán y fundamentarán las razones por las que se reputan improcedentes los motivos señalados por el Conservador y concluirá con la petición de que se practique el asiento solicitado como definitivo o sea convertido en formalidad de este carácter el practicado como provisorio.

(183) . CATARINO NUNES, ALBERTO (Conservador de la 8.^a Conservatoria de Lisboa): *Da Natureza Juridica do Recurso dos Conservadores e Notarios*, en «Revista Notariado e Registro Predial», 1958, págs. 58, 168, 177 y sigs.

Competencia.—La interposición va dirigida al Juez de la comarca a la que territorialmente corresponde la Conservatoria; a dicho escrito se une la nota con los motivos alegados por el Conservador y los documentos que quiera ofrecer el recurrente en apoyo de su alegación.

Sustanciación.—Escrito, nota y documentación aportada, son objeto de presentación en el Diario, y el Conservador, en plazo de cuarenta y ocho horas, contadas desde la de tal presentación, decidirá sostener su criterio o desistir de él y proceder a la práctica del asiento solicitado.

Si mantiene su calificación, remite todos los antecedentes al Juez, y con ellos los certificados del contenido del Registro que estime necesarios. Si la nota de «recusa» se refiere a la no conversión en definitiva de un registro provisorio, hecho por dudas, la interposición del recurso se hará constar en el Registro, por medio de «averbamiento», a extender de oficio en el folio respectivo.

Decisión. Recursos contra la misma.—Luego que se haya recibido en el Juzgado el expediente, se dará traslado al Ministerio Público para que emita su parecer y se dictará sentencia en plazo de ocho días, contados desde su conclusión (término de todas las diligencias practicadas).

De la sentencia pueden recurrir ante Tribunal superior (quedando en suspenso el Registro) tanto el interesado como el Conservador o el Ministerio Público, tramitándose por el procedimiento de agravio en materia civil. Y de la Resolución que se dicte cabe recurrir—agravar, dice el texto legal—para ante el Supremo Tribunal de Justicia.

De la sentencia recaída se remitirá copia a la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando así lo considere conveniente el Tribunal.

Ejecución o cumplimiento de lo juzgado.—Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha de la sentencia, deberá el Jefe de la Secretaría del Juzgado o Tribunal remitir al Conservador testimonio de aquélla a los oportunos efectos (184).

(184) Prevé el artículo 255 las hipótesis que pueden darse: así, si es sostenido el criterio del Conservador—no conversión en definitivo el asiento provi-

Efectos de la interposición del recurso.—Cuando la finalidad consiste en obtener la conversión de un registro provisorio en definitivo, o de la práctica de este provisorio, por dudas, la interposición del recurso interrumpe el plazo de caducidad de los mismos. Ahora bien, si por inactividad del recurrente estuviere interrumpida por más de treinta días la sustanciación, tal interrupción cesa y continuará corriendo el tiempo.

164) *Recurso o reclamación jerárquica.*

Es requisito *sinax qua nom* que se interponga antes del recurso contencioso.

El plazo es el mismo de éste: es decir, de sesenta días, contados desde la presentación en el Diario del título rechazado.

Se dirige «para ante el Director General de los Registros y del Notariado»: sus causas, pueden ser: determinar el Conservador la práctica como provisorio por dudas, un asiento solicitado como definitivo o como provisorio por naturaleza.

Previamente a la elevación a la Dirección General del recurso contencioso puede el Conservador rectificar, es decir, desistir de las causas de *recusa*, o bien mantenerlas y librar las certificaciones que estime conducentes a su tesis.

En su sustanciación, con las necesarias adaptaciones, se observará lo dispuesto en los artículos anteriores, que se han expuesto sintetizados, al tratar del recurso contencioso (185).

La reclamación jerárquica no obsta a que pueda interponerse el

sorio o extendido por dudas—por «averbamento», se hace también constar la improcedencia del recurso: si se interpuso por dudas del Conservador y éstas no son estimadas, procederá de oficio a su conversión: si el recurso desestima la *recusa*, ha de practicarse el asiento tomando como base el testimonio de la sentencia, que quedará archivada.

(185) Son los artículos 55 del Decreto-Ley 44.063 y 101 a 103 del 44.064. que aprueban, respectivamente, la Ley y Reglamento Orgánico de los Servicios de Registro y del Notariado.

Estos artículos adaptan a la sistemática gubernativa esta reclamación: así recibido en la Dirección General, ha de emitir su parecer la Repartición técnica de la Dirección en plazo de ocho días y someterla a la decisión del Director general, que resolverá dentro de los tres días siguientes: cabe oír el parecer del Consejo técnico de la Dirección, concediéndose un plazo de cinco días al vocal relator, para emitir su parecer y plazo igual a los demás vocales componentes del Consejo.

recurso contencioso, pero interpuesto éste ya no es posible acudir jerárquicamente, pues como queda dicho, por disposición del artículo 55 de la Ley Orgánica y 258 del Código de Registro predial, sólo es utilizable *antes* del contencioso.

CAPÍTULO 3.º DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

165) *Prioridad en su doble aspecto, sustantivo y formal.*

El artículo 9.º del Código de Registro predial, consagra el conocido *prior in tempore potior in jure*, al establecer, en su número 1), «que los derechos en primer lugar inscritos prevalecen sobre los que por orden de fecha del respectivo registro les siguieren relativos a los mismos bienes», y «concurriendo diversas inscripciones de la misma fecha, la prioridad de los derechos inscritos vendrá determinada por el número de orden de las correspondientes presentaciones».

«El registro provisorio, cuando se convirtiere en definitivo, conserva la prioridad que tenía como provisorio».

Como dice MOREIRA (186), «señalando el registro, el momento en que los actos jurídicos a él sujetos producen efecto en relación a terceros, se ve que no puede producir efecto alguno contra aquel *adquirente que haya registrado* los derechos que han sido transmitidos anteriormente y que no hayan sido a su vez registrados, aunque tal transferencia produzca todos sus efectos entre las partes, sus herederos o representantes. «Es decir, que en el supuesto de una doble transmisión por determinado titular, si se acoge al registro la de fecha más reciente, ella ya obsta el paso a la de fecha anterior, dejando firme la posición jurídica del que ha inscrito y quedando reducido al ámbito de las partes intervinientes o sus causahabientes, los efectos que tal relación jurídica entre ellas pueda producir. Por la fecha—continúa—del registro, se derimen los conflictos, por tanto, entre los adquirentes de derechos a él sujetos.

PEDRO PITTA, insigne Conservador—hoy jubilado— y ex Notario, hace notar que por acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia (sen-

(186) GASPAS MOREIRA: *Instituciones de Derecho Civil Portugués*, pág. 529.

tencia de 1954) ante el supuesto de dos donaciones otorgadas por un mismo donante, una primera de la mitad indivisa de un predio y otra de posterior fecha, del predio en su integridad, se asignó por el más Alto Tribunal portugués validez a la segunda, por estar inscrita, aunque añadida el comentarista que en el fallo del Tribunal no faltaron votos en contra. Pero ello indica y supone cómo ha tratado de robustecerse en el sistema el principio de prioridad y asignar efectos al registro, aunque en casos como en el que aludimos no haya entrado en puridad, en juego, la figura del tercero, fundamento y objetivo de la protección jurídica de la institución (art. 6, 1) y 7, del Código de Registro predial) (187).

La prioridad juega asimismo en el orden adquisitivo de inmuebles en los supuestos de doble venta que contempla el artículo 1.578 del Código civil: así, en el 1.580 del propio cuerpo legal, se dice: «Si la cosa vendida fuere inmueble, prevalecerá la venta registrada, y si ninguna se hallare inscrita, se observará lo que dispone el artículo 1.578 (la más antigua tratándose de muebles; no pudiendo determinarse la fecha, prevalecerá a favor de quien se halle en posesión de ella).

El artículo 77 del Código de Registro predial, del que ya se ha hablado al tratar de los asientos del Registro, establece cuál sea la fecha de registro a todos los efectos, y así dice será «la de la respectiva presentación y por ella se determinará la prioridad del acto registrado, en armonía con el artículo 9.º».

Pese a lo que dejamos expuesto, fácil es concluir que no tiene en Derecho portugués este principio de prioridad la clara formulación que en nuestro Ordenamiento jurídico, ni se matiza el cierre registral, en los supuestos de títulos incompatibles, como con loable precisión establece el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

166) *Excepción al criterio general expuesto.*

Tiene lugar cuando se trata de las inscripciones de hipoteca. Y dicha excepción se halla contenida en el mismo artículo 9.º, en el número 2), que dice: «Se exceptúa de lo dispuesto en la segunda parte

(187) PEDRO PITTA: *Doação é Registro*, en «Revista Notariado e Registro Predial», 1955, pág. 97.

del número anterior—dirimencia en cuanto a prioridad en inscripciones de la propia fecha—las inscripciones de hipoteca que, siendo registradas en la misma fecha, concurren entre sí en la proporción de sus respectivos créditos».

El Código de Registro predial aquí mantiene la doctrina ya sentada en el Código civil, con expresiones sustancialmente idénticas. El artículo 1.017 de éste, concordante con el párrafo 2.º del artículo 956, dice textualmente: «En el concurso de hipotecas entre sí, el pago será hecho por el orden de prioridad del registro, y si la antigüedad de éste fuera la misma, el pago será hecho a prorrata».

CAPÍTULO 4.º EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO.

167) *Su carácter en el sistema portugués.*

El legislador nos da por anticipado exacta idea de su valor: en el Relatorio—información—que precede al articulado del Código de Registro predial (188), dice: «El principio del tracto sucesivo ya reconocido por el sistema vigente, más en términos incompletos, pasa a imponerse como regla condicionante de la inscripción de cualquier acto dispositivo, en la medida en que la inscripción se torna dependiente del registro previo de los derechos transmitidos o de los bienes gravados, respectivamente, en nombre del transmitente o de aquel que los grava».

Cuando hablábamos de la manera de procurar la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica y más concretamente de la primera inscripción, comentamos cómo en el ordenamiento hipotecario portugués, que no cuenta con el medio más directo y sencillo del título público para la inmatriculación, es presupuesto fundamental para alcanzar ese paralelismo, el principio del tracto sucesivo (189), y así para su punto de partida se habilitaron los procedimientos ya estudiados de justificación judicial y notarial, requiriéndose también la inscripción del dominio como base, para el ac-

(188) Párrafo 6.º

(189) VEIGA DA GAMA, obra citada, comentario al artículo 198, pág. 178.

ceso de los derechos reales que gravaren el mismo, no permitiéndose la constancia registral de éstos sin que la titularidad dominical fuere inscrita.

168) *Formulación legal. Exégesis del artículo 13 del Código de Registro predial.*

Está contenida en el artículo 13 del Código de Registro predial, que reza así: «Los actos por los cuales se transmiten derechos o contraen encargos (190) sobre bienes inmuebles no pueden ser admitidos a registro definitivo sin que los derechos transmitidos o los bienes gravados se hallaren definitivamente inscritos a favor del transmitente o de quien los grava».

«Subsistiendo sobre determinado predio, inscripción que envuelva registro de transmisión, dominio o mera posesión, no podrá, sin la intervención del respectivo titular, admitirse inscripción definitiva referente al mismo predio, salvo si el hecho a inscribir fuera consecuencia de otro ya anteriormente inscrito».

«La falta de intervención del titular de la inscripción referida en el número anterior podrá ser suprimida en los términos previstos en los artículos 215 y siguientes» (reanudación del tracto).

Comentando este precepto, dice VEIGA DA GAMA (191) que el número 1 del artículo 13 no impide que bienes o derechos no registrados puedan ser negociados, ni impone para su celebración y comercialidad, como requisito indispensable, el registro. Lo que sí es inexcusable para la inscripción de la transmisión o del gravamen, que los bienes estén inscritos a favor de quien los transmite o grava.

La mecánica que tipifica en las formalidades del registro, el sistema portugués [en la que, como hemos visto, la descripción—elemento físico—va a un libro y la «publicidad» de los derechos consta en otros libros, C), G), etc.] puede dar lugar a estas hipótesis: que el predio o finca esté descrito, pero falte en cuanto a él, inscripción

(190) La redacción del precepto, al indicar *encargos*, parece significar, más que obligación de gravar, negocio fiduciario, al modo que en el número 4 del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria española se señala como inscribible.

(191) Obra citada, pág. 51.

vigente, y en tal supuesto se requiere la inscripción previa a favor del transferente, o que no esté descrito y, por ende, inscrito, y entonces ha de procurarse la primera inscripción (cuya formalidad inmediatamente anterior será la descripción) por los medios supletorios estudiados.

El párrafo primero de este artículo 13 nos ofrece el aspecto adjetivo o formal del tracto. Procura el legislador que se refleje el historial del respectivo inmueble; que el eslabonamiento en los cambios de titularidad, del inicial, al vigente, estén nitidamente reflejados en el folio correspondiente, con el examen y confrontación que el sistema de libros exige: es decir, libro B) de descripciones y los C), G), etcétera, de las inscripciones (titularidad) sobre tales predios en aquél descritos. Aquí el Ordenamiento es consecuente con su propósito, y decimos tal, porque ha cuidado de proveer de medios para el punto de partida, inscripción primera, o anudamiento del tracto, cuando éste quedó interrumpido, procedimientos que en el título que antecede hemos examinado. En el párrafo segundo del artículo está centrado el aspecto sustantivo del principio: la exigencia del consentimiento del titular para toda transferencia o gravamen; su intervención es indispensable: sin ella no puede admitirse inscripción definitiva de predio sobre el que por título que envuelva transmisión de dominio o mera posesión, ya recayó inscripción. Hace falta que medie expresa voluntad, consentimiento, para el acto transmisor del derecho, por quien conforme al registro es titular del mismo.

Aquí radica su cardinal efecto, nos viene a decir VEIGA DA GAMA. Sólo es posible llevar a término la inscripción sin el concurso del titular cuando el acto a inscribir sea consecuencia de otro ya anteriormente inscrito. Los redactores del Código hacen cuestión clave la observancia del tracto: en verdad, es principio característico de los sistemas de desarrollo técnico y exigencia natural de los que descansan sobre la entidad-finca. No sólo se advierte esta preocupación del legislador a través de las normas comentadas—fundamentalmente el artículo 13—y el procedimiento actualizador cuando se ha interrumpido, sino que en el propio Código del Notariado, en su artículo 62, número 1, se dice: «Los instrumentos destinados a titular actos sujetos a registro deben contener en especial: c) Si se refirieren a predios no sujetos al régimen de obligatoriedad del Registro, la ad-

vertencia hecha por el Notario a los otorgantes del contenido y alcance del artículo 13 del mismo Código» [el de Registro predial, citado en la línea b)].

CAPÍTULO 5.º PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

169) *Consideraciones generales.*

Los autores portugueses no han prestado especial atención a la publicidad en general ni a su evolución, como ya dábamos a conocer en el título I. Faltan estudios concretos sobre esta materia, e incluso los tratados de Derecho civil no se detienen apenas sobre tema tan interesante, al contrario de lo que sucede en Derecho italiano; citemos, por ejemplo, en el que son tan brillantes las obras de CORRADO, PUGLIATI, etc., a las que aludimos en nuestro trabajo sobre tal sistema.

Los redactores del Código predial, reconociendo en la Exposición de Motivos como principios eje del Ordenamiento los de publicidad, especialidad y prioridad (192), expresan su propósito de no alterar ni modificar radicalmente la estructura de la institución, aunque sí procurar el desenvolvimiento y aplicación en profundidad de algunos de los principios que tradicionalmente la informan. «Es sabido—dicen los redactores—que el registro predial tiene como finalidad principal la publicidad de la situación jurídica de la propiedad inmueble, de manera que se garantice el tráfico inmobiliario y las operaciones de crédito predial».

Esto no obstante, al ir seguidamente al articulado, no hallamos una clara formulación de la *fides publica*, ni vemos *a priori* sus efectos característicos y típicos. El artículo 7.º, del que vamos a ocuparnos, no nos parece expresión de unos presupuestos claros, terminantes y sin fisuras, que garanticen al titular. Otros artículos dispersos en el Código ya parecen, en cambio, ofrecer facetas de esta tutela del Registro.

(192) Párrafos 1 y 3 del Relatorio (Exposición de Motivos del Código de Registro predial).

170) *El artículo 7.º del Código. El tercero: su noción.*

El texto legal está redactado así:

1. «Los actos sujetos a registro sólo producen efectos contra terceros después de la fecha del respectivo registro.

2. Exceptúanse de lo dispuesto en el número anterior:

a) La adquisición por prescripción de los derechos previstos en las líneas a) y b) del número 1 del artículo 2.º (193).

b) Los actos referentes a derechos de enfiteusis, constituidos antes del 1 de abril de 1867, o las servidumbres que se revelen por signos visibles y permanentes.

c) Los actos referidos en la línea s) del número 1 del artículo 2.º, salvo la disposición expresa de la Ley en contrario (194).

d) Los actos referentes a bienes indeterminados, en cuanto éstos no fueran debidamente especificados y determinados.

3. La falta de registro no puede, por tanto, ser opuesta a los respectivos interesados por sus representantes legales, a quienes incumba la obligación de promoverlo, ni por los herederos de éstos. Echamos de ver inmediatamente la ausencia de una formulación categórica que condicione, *si*, la protección al tercero, pero que cumplida, le haga inmune; para quien los antecedentes del registro sean la única verdad, y que si adquiere fiado en ella, sea inmovible su posición (a la manera del artículo 34 de la Ley Hipotecaria española). No acertamos a ver por los literales términos del precepto esa consecuencia que advierte VEIGA DA GAMA, quien estima que por el concurso de los principios restantes del sistema se ha llegado, a través del de publicidad, a alcanzar «una *fe pública*» del Registro, «tanto cuanto es posible, segura e inatacable y, por tanto, una defensa eficiente de él (Registro) contra terceros» (195).

La seguridad del tráfico, reconocida finalidad del registro, como

(193) Nos remitimos a este artículo literalmente transcrito en el número 85 de este trabajo (título IV).

(194) *Idem*

(195) Obra citada, pág. 51.

los redactores del Código predial recordaban, reclamaba, a nuestro modesto entender, más claras medidas legales.

El artículo 83, por vía negativa, nos da base para apreciar la protección al tercero, más consecuente con el propósito legislativo, pues de su texto se infiere con mayor claridad, a nuestro modesto entender, que del artículo 7.º, antes transcrito. Dice así:

«La nulidad del registro o de su cancelación, solamente desde la fecha del registro competente de la acción, *perjudica* los derechos del tercero que al tiempo de ese registro no se hallaba aún inscrito».

Luego, a *contrario sensu*, hemos de interpretar que si figuraban ya en los libros registrales esos derechos, la posición jurídica del titular se tornaría firme e inatacable. Siendo así, forzoso es admitir la existencia de la garantía positiva del sistema: una efectiva tutela del registro.

Este principio de *fides publica*, que, con el de legitimación, integra el superior de exactitud del registro, puede ofrecer en la síntesis que el texto de los asientos brinde, la auténtica realidad (porque realidad y Registro vayan en perfecto paralelismo y sincronización). Pero pudiera ocurrir que no fuera así; entonces es ineludible admitir, en aras de la seguridad del tráfico y para asignar base sólida al crédito territorial, como verdad única, la que resulta del registro (aunque ello sea una ficción legal); lo que los libros denoten, eso es lo que cuenta: en él estará el derecho, con su grado en la escala de prioridad (rango), la causa jurídica adquisitiva, el alcance de la titularidad, libre o condicionada, etc. Asignar certeza, «fe», a los pronunciamientos registrales, ha de ser el punto de partida para que la Institución sea útil e instrumento eficaz en la seguridad del tráfico y posibilidad del crédito. Estimamos que si a la manera de cómo nuestro sistema opera a través de los artículos 34, presunción del artículo 38, declaración del artículo 1.º, proyección efectiva de la legitimación en el 41, etc., paralelas medidas se contuvieran en el Ordenamiento jurídico-registral portugués, se alcanzaría esa meta que se proponían los redactores de «garantía del tráfico inmobiliario y las operaciones de crédito predial» (196) con más profundidad.

(196) El artículo 170 del Código de Registro predial alude a las modificaciones en la descripción en el libro B), que no afectarán al tercero que tenga inscritos derechos sobre el inmueble, en cuyo acto no ha intervenido.

El tercero.—La doctrina diferencia la noción de tercero en general de la más técnica de tercero ante el registro (tercero hipotecario) que aquí importa.

Tercero en sentido lato—dice VEIGA DA GAMA—serán todas las personas extrañas al acto jurídico: todas aquellas que no sean parte sus herederos o representantes. Carece de relevancia jurídica: es el llamado tercero vulgar. El que aquí interesa es el tercero afectado por el registro: porque es de observar que a tenor del artículo 7.º no podemos hablar de tercero «protegido», sino de tercero «frente» al registro. («Los actos sujetos a registro sólo producen efecto *contra* terceros desde la fecha del respectivo registro», art. 7.º, 1).

La noción técnica ha de ser, por tanto, la que lo configura como persona que no ha intervenido ni participado en el acto jurídico registrado, pero que ostenta, en cuanto al objeto del acto, derecho, opuesto o incompatible, al de los que intervinieron o participaron en dicho acto.

Por eso la trascendencia jurídica de esta figura de tercero surge solamente cuando hay oposición de intereses entre dos personas, relacionadas por el sujeto y por el objeto común de dos actos jurídicos. O como dice ANDRADE, «terceros para efectos del registro predial son las personas que de un mismo autor o transmitente adquieren derechos incompatibles, total o parcialmente, sobre un mismo predio».

GUILLERMO MOREIRA, luego de ofrecer la definición de «personas extrañas al acto jurídico, del que emanan, en favor de otras, derechos que están en colisión con el que ellas tienen o pretenden tener», resume: «La noción de tercero, por tanto, resulta:

1. De la no participación directa o indirecta en un acto jurídico:
2. De otro acto jurídico en el cual el tercero sea parte con uno de los sujetos del primero, viniendo así a constituirse en relación con el otro (acto precedente).

Cualquier persona que no sea parte, heredero o representante, es considerado tercero en relación al acto jurídico, pero para que cuente con las garantías que la Ley concede relativamente a los actos, que produciendo efecto entre las partes no los producen en relación a terceros, es necesario que haya adquirido un derecho que esté en

colisión con el acto jurídico al que fué extraña y que, por tanto, le puede lesionar o perjudicar» (197).

En esencia, siguiendo a SALVADOR (198), para ser tercero en sentido riguroso (técnico), es preciso que haya «colisión de intereses» y que sea titular del derecho el transmitente. Refiérese la primera nota al objeto del acto, debiendo darse en cuanto al elemento personal la existencia de un sujeto común a ambos negocios jurídicos o actos.

Del artículo 7.º, en su apartado 3), resulta como excepción de oponibilidad (con esa posición ya señalada de índole negativa de la legislación portuguesa, «los actos sujetos a registro»... «sólo pueden oponerse a terceros»...) que tal falta de registro se alegara a los interesados por sus representantes legales a los que incumbía la obligación de procurar la inscripción, ni por los herederos de éstos. Trátase aquí de evitar un perjuicio al interesado, que no es capaz para requerir la formalidad registral y se ve privado de la protección del sistema, de cuya situación pueda aprovecharse la persona que a ello dió lugar y ocasionó tal indefensión.

La doctrina también niega la oponibilidad a tercero, por parte del adquirente a título lucrativo, cuya posición no es sino continuación de la que ostentaba su causante.

Esta oponibilidad que se asigna a los derechos inscritos como cardinal efecto frente a terceros tiene algunas excepciones, que SALVADOR cifra en las siguientes:

1.ª Cuando existiere fraude, en cuyo caso queda a los terceros (en sentido amplio) el derecho a utilizar la acción paulina.

2.ª Cuando los terceros adquirieran antes del acto que se les opone, los derechos sobre la cosa, y que les son reclamados.

3.ª En todo supuesto en que el principio de oponibilidad del acto en cuanto a su existencia «cae» completamente, porque la Ley concede a los terceros una protección reforzada. Tal, por ejemplo, el caso de exigirse una cierta formalidad (verbigracia, cuando en vez del registro la Ley exige fecha cierta. El artículo 1.619 del Código civil, que establece que el contrato de arrendamiento no se rescinde por la

(197) Obra citada, pág. 523.

(198) MANUEL J. G. SALVADOR: *Conceito de Terceiro*, págs. 147 y sigs.

transmisión de la propiedad a título singular, si la fecha de duración fué declarada en título auténtico» (199).

Vemos que la idea de tercero, como en la legislación portuguesa se configura, está clara. Lo que resulta menos precisa es la protección al derecho inscrito; faltan presupuestos exigibles (para nada se alude en el Código de Registro predial a la buena fe), y especialmente la invulnerabilidad de lo que el registro «publica». Son prueba de ello las excepciones que, ya con apoyo en la Ley—prescripción con un campo de proyección sobre todos los derechos reales y limitaciones al derecho de propiedad—o de la doctrina, señala en su estudio sobre «el concepto de tercero» el ilustre Juez de Derecho señor SALVADOR (200).

CAPÍTULO 6.º EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

171) *Formulación legal.*

Viene contenida en el artículo 8.º del Código de Registro predial, que dice:

«El registro definitivo hace presumir, no sólo que los derechos registrados existen, sino que pertenecen a la persona a cuyo nombre están inscritos en los propios términos en que el registro los define».

Suelen llamar los autores a lo declarado en el precepto «presunciones derivadas del registro», y en verdad ese carácter ofrece.

Conviene recordar que esta consecuencia sólo es asignada al registro definitivo, porque distinguiéndose las inscripciones en provisionales y definitivas, aquéllas, amenazadas de caducidad, no pueden, por su propio carácter, alcanzar tan importantes efectos.

No hay en el ordenamiento registral portugués un precepto que de manera terminante mantenga la vigencia del registro en tanto

(199) Obra citada, pág. 170.

(200) Anotemos una sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1945 (*Boletín Oficial de Información del Ministerio de Justicia*, número 5.215), que brinda la idea del tercero, a propósito de una rectificación en la que denomina tercero «a quien no ha intervenido en el contrato..»

no sea declarada la nulidad (como en el ordenamiento español se declara en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, pero atendiendo a la naturaleza típica de las inscripciones definitivas (de vida ilimitada, por tanto) y a lo establecido en los artículos 83 y 10 del Código de Registro predial (en cuanto a la nulidad de los asientos y su repercusión respecto a terceros y su extinción por transferencia, caducidad y cancelación), cabe deducir que, en tanto no se produzca una Resolución judicial de nulidad, el asiento mantiene su fuerza y la presunción que de él deriva se proyectará en la realidad, con todo su alcance.

Pero si no el legislador, en cambio los Tribunales vienen supliendo esta omisión, y así, anotamos la sentencia (*Acordo do Tribunal de Porto*) de 2 de febrero de 1962, que falla: «No puede anularse, ni cancelarse el registro predial en cuanto no fué *judicialmente* declarada la ineficacia y nulidad de la escritura en base a la cual se verificó» (201).

En el artículo 8.º, antes transcrito, está el principio de legitimación—dice VEIGA DA GAMA—, que se traduce en una doble presunción *tantum juris*, de veracidad y de exactitud del registro definitivo, del modo siguiente:

- a) La de que el derecho inscrito existe.
- b) La de que éste pertenece a la persona a cuyo nombre se halla inscrito (202).

El Registro predial, como dicen sus redactores, «continuará adscrito a su función publicitaria y a establecer, como tal, una simple presunción *juris tantum* de que los actos inscritos denotan la realidad jurídica». Y añaden: «se valora aún más—con todo—esta presunción, en la medida en que se extiende a la existencia del propio derecho inscrito y en que se aceptan todas las consecuencias procesales inherentes a la figura de la presunción» (203).

Significa esto «que el Registro se sobrepone a cualquier otro título no registrado, que es expresión de verdad jurídica: los derechos registrados tienen la existencia, extensión y alcance que el registro les

(201) Jurisprudencia: Relações 8.139 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 120-418, noviembre de 1962).

(202) Obra citada, pág. 46.

(203) Relatorio o Exposición de Motivos, párrafo 5.

da, y, por fuerza del mismo registro, constituyen la única realidad jurídica. Sólo la caducidad o la cancelación pueden poner término a la fe pública del registro».

Tiene este principio en la legislación portuguesa, como puede observarse, sustancial identidad con el formulado en el artículo 38 y concordantes de la legislación española; si hacemos excepción de la parte última relativa a la posesión.

Responden ambos a la idea de que el registro (asientos) *prima facie*, denotan la verdad y tienen valor prevalente frente a la realidad. Sólo si es demostrada la inexactitud que el registro «publica»; mediante el procedimiento idóneo, cabe que ésta, la realidad, se imponga frente a la presunta certeza de los libros registrales.

172) *Consecuencias sustantivas.*

En buena parte resultan de lo que queda expuesto: si se asigna veracidad a lo que el asiento o formalidad denota o publica, el derecho en general ha de ser consecuente con la notoriedad que ofrecen los libros y debe merecer el titular un tratamiento congruente con lo que la inscripción dice. Si ésta es de dominio, la que corresponde a todo propietario; si de derecho real, las naturales asignadas por la Ley sustantiva y procesal a la figura de que se trate, etc. De ahí que la doctrina, si hubiere impugnación judicial de los actos inscritos, incluso hasta tanto que la Resolución sea dictada, entiende que el Registro defiende al titular, en base y por fuerza del artículo 8.º y por lo prevenido en el artículo 2.517 del Código civil, que establece: «Quien tuviera a su favor la presunción legal excusa probar el hecho en que la funda».

Otra de las naturales consecuencias del principio es la de estar legitimado para disponer el titular y tan sólo por sí, o representado legalmente y conforme al asiento. La transmisión del predio o la constitución de derechos reales sobre el mismo (negociabilidad) sólo cabe a quien, por la «verdad» que el Registro «publica», pertenece.

173) *Consecuencias procesales.*

En el ordenamiento registral portugués falta en cambio el cauce sumario que dé efectividad a esa presunción, posibilitando al titular el pronto ejercicio de su derecho. No hay, en una palabra, precepto similar al artículo 41 de la Ley Hipotecaria española, por lo que ha de acudir a la Ley adjetiva (Código de Proceso civil), interponiendo la acción pertinente, para que si es negada esa veracidad registral, ésta halle *realidad*, por el cauce judicial. Tampoco puede olvidarse que ausente del artículo 8.º la presunción posesoria, y teniendo ésta por sí y como *hecho* acceso al registro (204), mereciendo especial tratamiento jurídico y tutela, la exteriorización práctica de la titularidad registral no está ni tan clara ni tan indiscutida como en la legislación patria. Ya hemos observado en otro lugar y se comprueba aquí que en general en el Código de Registro predial no se han comprendido ni por ende regulado procedimientos de ejecución de derechos inscritos, sean de hipotecas o de otros derechos reales» (205).

CAPÍTULO 7.º EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN O INSTANCIA.

174) *Su regulación. El libro-diario.*

El artículo 4.º del Código de Registro predial dice:

«Salvo en los casos especialmente previstos en la Ley, el registro no será efectuado oficiosamente sino a requerimiento de los interesados».

Viene condicionado el registro predial por dos presupuestos, dicen los comentaristas: a) los actos jurídicos (o negocios jurídicos) a inscribir, sólo pueden recaer sobre inmuebles: «no hay registro sin predio», dice VEIGA DA GAMA, y b) esos actos deben constar en documen-

(204) Artículo 2.º, línea f).

(205) Los artículos 45 y siguientes del Código de Proceso civil tratan de la acción ejecutiva, título, requisitos, etc. Y en el Código civil están reguladas las presunciones con el valor y alcance a ellas atribuido por el legislador.

tos legales y suficientes para probar tales actos, como previene el artículo 94: «no hay registro tampoco sin título» (idóneo).

Dadas estas premisas, la técnica registral deriva del conjunto de los siguientes principios: especialidad—folio real—, legalidad—valoración de los actos con arreglo al artículo 5.º y documentos como continente de ellos—y antecedentes del registro, y rogación—petición de la formalidad—.

Al examinar la mecánica o proceso de las operaciones hemos aludido a la petición por escrito (ordinariamente dentro del propio documento) y las circunstancias que ha de reunir tal solicitud, exigencia que se llenará lo mismo en el régimen facultativo de registro que en el obligatorio. Sólo excepcionalmente procede el registro de oficio.

El Diario, destinado a ir reflejando por el orden de su presentación en el Registro, los títulos, además de constituir punto de partida de los efectos del sistema (prioridad), exterioriza y da realidad a esta petición de los interesados. Recordemos lo ya expuesto en otro lugar (el art. 131 del Código, que dice: «En el acto de ser entregado en la Conservatoria cualquier requerimiento—petición—o algún título para registro, será extendido en el Diario, por el orden de su recepción, la respectiva nota de presentación»).

La novedad que representa el Código vigente sobre el anterior está en que en el derogado, tal presentación había de practicarse sin más: «sin hacer examen ni reparo alguno sobre los documentos presentados»: más dúctil el legislador del actual, estima debe ser examinada previamente la documentación por el Conservador, máxime cuando los datos del asiento o los requeridos por el encasillado puede extraerlos de los documentos, caso de que no consten debidamente en la petición o solicitud escrita (art. 132, núm. 3).

175) *Personas que pueden solicitar las formalidades registrales.*

El artículo 85 del Código de Registro predial, que trata de esta materia, establece:

1. «Tienen legitimidad para requerir los actos de registro los sujetos, activos o pasivos, de la relación jurídica a registrar y en general quien en ellos tenga interés, bien como representante de unos u otros».

2. «Las personas legitimadas para solicitar un registro dependiente de otro no efectuado tienen igualmente legitimidad para requerir el registro de aquel del que dependen».

En este precepto se contiene la regla general. Pero para la práctica de determinados asientos, el legislador aún precisa más: así, en los «averbamentos» de las descripciones (modificando las ya existentes) requiere la petición del propietario o poseedor del mismo, inscrito como tal, o su intervención, e igualmente la de cualquier otro titular (inscrito) de derecho sobre el predio, etc., etc. (art. 86). La inscripción de dote o de hipoteca dotal puede solicitarse por la mujer dotada, independientemente de la autorización marital (innecesaria a este fin), o por sus ascendientes o descendientes, por el marido o quien constituyó la dote (art. 86). La representación no es valorada como en nuestro Ordenamiento, que se ha interpretado siempre equivalente a mandato verbal (206), bastante para la presentación: el Ordenamiento portugués, a tenor del artículo 88, exige:

1. «Quien como mandatario requiera un registro, deberá presentar el poder suficiente para el acto requerido».

2. «La presentación del instrumento de mandato será dispensada si éste, en la parte en que confiere los poderes necesarios para la realización del registro, viniere transcrito en cualquiera de los títulos que le han de servir de base o si ya se encontrara archivado en la Conservatoria: en este caso por él, y con referencia al legajo donde estuviere archivado, se hará el registro».

3. «La falta de poder suficiente obstará la realización del registro definitivo».

En el artículo siguiente se refiere al mandato que denomina el Código, tácito, y dice:

«El mandato conferido para intervenir en el título de reconocimiento, constitución, modificación o extinción de cualquier acto sujeto a registro, considéranse comprendidas las facultades necesarias para requerir los respectivos registros.

Los mandatos judiciales en que sean conferidos poderes procesales generales se consideran comprendidos los necesarios para reque-

(206) Artículo 6.º, 4.º de la Ley Hipotecaria

rir toda clase de actos de registro, excepto de transmisión contractual o constitución de hipoteca voluntaria antes de otorgada la escritura (inscripciones provisionales por naturaleza)».

La claridad de las normas legales sobre esta materia hace innecesario todo comentario.

CAPÍTULO 8.º DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

176) *Consideraciones generales.*

El artículo 1.º del Código de Registro predial dice:

«El registro predial tiene esencialmente por fin dar publicidad a los derechos inherentes a las cosas inmuebles».

La protección que el sistema ha de procurar a los titulares de los derechos inscritos, razón de la Institución del Registro, requiere como obligada premisa que los inmuebles y los derechos reales impuestos sobre los mismos consten perfectamente identificados.

El sistema portugués descansa sobre la entidad física «finca». La operación primera a practicar—hecha la consignación de datos en el Diario—ha de ser la descripción del predio en el libro B), destinado solamente a contener tales identificaciones. Y sobre la finca se constituirán, reconocerán, transmitirán o extinguirán los derechos reflejados mediante inscripciones según su naturaleza, en otros libros, enlazados por expresiones de referencia a este fundamental B) de descripciones. El principio de publicidad destinado a la protección de terceros requiere como complemento para el logro de su propósito este principio de especialidad. La garantía necesaria para la seguridad del tráfico inmobiliario se apoya en una inequívoca identidad de los predios y una rigurosa definición de la situación jurídica respecto de ellos (viene a decirnos en estas o parecidas palabras VEIGA DA GAMA).

177) *Manifestaciones del principio:* a) *En cuanto a bienes;* b) *En cuanto a los derechos y su titularidad.*

a) *En cuanto a bienes.*—Se establece el sistema de fôlio real abriendo uno a cada finca que ingresa en el Registro. En él constará el asiento de descripción, peculiar del sistema portugués, ya que solamente tiene como objeto la identificación de la finca. Todas las alteraciones o modificaciones que experimente el prèdio irán a continuación en el mismo folio, como en él aparecerá la alusión o referencia a la modificación de entidad hipotecaria que se realice en base al inmueble descrito en el folio en cuestión.

El artículo 151 dice, corroborando lo expuesto: «Para cada descripción y sus «averbamentos» será destinada una página del libro B), y cuando ésta no baste se proseguirá en la primera página en blanco del mismo libro, y no habiéndola en éste (tomo) en otro de igual modelo, hechas las necesarias remisiones (pases). La descripción resultará de los datos obrantes en los títulos, y éstos, sin duda, han de ser los facilitados por los interesados. [Recordemos que el artículo 145 del Código de Registro predial, que trata de las circunstancias a llenar en estos asientos, alude a la necesidad de consignar, «naturaliza si es rústica, urbana o mixta, área (superficie) si fuere indicada, situación por referencia a calles, lugares, parroquias, numeración policial, denominación, teniéndola, etc.»] (207).

Bien es verdad que ha de mediar conexión entre la sección de Hacienda-Oficina catastral y el Registro a través de la caderneta predial, pero ello no asegura que la descripción que ésta denote allí donde el Catastro geométrico no está en vigor, sea exacta, porque lo que pudiéramos llamar «altas» o «cambios» se operan en base a declaraciones hechas por los interesados (participaciones) a la Sección precitada. Por ello, como en nuestro Ordenamiento, los datos físicos que el Registro denote pueden discordar de la realidad.

Sin embargo, el funcionario debe, a la vista de los títulos, procurar la más completa identificación del predio, y para ello le faculta el Código en el artículo 147 para añadir a las circunstancias prescritas específicamente «cualquier otra que contribuya a la mejor

(207) Ya detenidamente expuesto en el título IV, que trata de los «asientos».

identificación del predio descrito». Debe ser este asiento «narración sucinta con los necesarios elementos que le identifiquen en el triple aspecto, físico, económico y fiscal», eludiéndose toda referencia a situaciones jurídicas a que esté afecto, propias de otras formalidades (inscripciones, o «averbamentos», cuya finalidad es conocida).

Cuando se opera en régimen de registro obligatorio, ha de procurarse el exacto paralelismo entre la descripción catastral y la del Registro: de ahí que prescriba el Código en su artículo 149, que no puedan efectuarse en este último las descripciones, en contradicción con la inscripción matricial (catastral), y en cuanto a las descripciones ya hechas (aludiéndose a aquellas practicadas en régimen facultativo, que después queda bajo el de registro obligatorio), el párrafo segundo del artículo citado señala deberán ser completadas y armonizadas, de oficio, con las circunstancias de la inscripción matricial, a medida que sobre ellas haya de practicarse cualquier asiento.

b) *En cuanto a los derechos y su titularidad.*—Tiene su reflejo evidente en los libros G), C) y F), respectivamente, para las inscripciones de propiedad, las inscripciones de hipoteca, e inscripciones diversas. Se procura, a través de estos actos de registro, como en terminología portuguesa se denomina a los asientos (inscripciones y «averbamentos»), «definir la situación jurídica de los predios descritos mediante el extracto de los actos sujetos a registro, referentes a cada uno de ellos» (art. 171, 1).

Examinando los folios de estos libros, cabe conocer el derecho de que se trate y saber el predio (a través de las notas de referencia) a que afectan: si está acogido al registro provisoriamente, y por tanto afectado de caducidad, o ya definitivamente: su extensión, condiciones a las que esté sujeto, etc., extremos todos que debe reflejar el asiento practicado para reputarse formalmente válido, según su naturaleza, en el libro de su razón (arts. 178 a 180).

Respecto de la titularidad, del propio modo ha de constar con claridad la persona favorecida por la inscripción del respectivo derecho, su nombre, estado, profesión y domicilio, edad...; si casado, nombre del otro cónyuge; si ha habido escritura antenupcial, referencia a ella. Todo con el casuismo exigido en el artículo 178 del Código, y cuando se trate de personas colectivas o morales, su denominación; a quién compete la representación—firma—, etc., etc. Quizá, y como

conclusión, podamos decir que ninguno de los principios que informan el sistema hipotecario portugués tenga tan acusada presencia como éste, juntamente con el del tracto sucesivo, ya estudiado. Si algún defecto puede achacársele es el de cómo llegan al Registro las descripciones de los predios, sin el aval de organismo técnico, con el que, mediante plano, se pudiera eludir toda duda sobre la identidad física.

En nuestra modesta opinión, si dejamos a un lado el excesivo rigor que en cuanto a rogación o instancia se impone (para la presentación de los documentos a registro por los representantes de los interesados), este principio, de especialidad con el del tracto (ayuno igualmente de la posibilidad de permitir la apertura de folio en base a título público) y el de rogación, son los más concordes con un sistema técnico de registro. Hemos visto la manera un tanto a la inversa de plantearse el de publicidad y las excepciones que lo condicionarán (unido a la vigencia de los privilegios inmobiliarios, derechos ocultos preferentes, incluso a la hipoteca, no inadvertidos a los redactores del Código ni su grave trascendencia); el de legitimación, que si de correcta formulación, está huérfano (en el ordenamiento específico registral) de efectividad pronta y real; el de legalidad, paliado su alcance por el registro provisorio; el de prioridad, cuyo rigor quiebra cuando se trata de hipotecas de la propia fecha, etc., etc. Por todo ello entendemos destacan los principios antes dichos—especialidad, rogación y tracto—como los mejor desenvueltos y aplicados en el sistema portugués.

TÍTULO IX.—DEL REGISTRO OBLIGATORIO: REGISTRO Y CATASTRO

CAPÍTULO 1.º REGISTRO OBLIGATORIO.

178) *Consideraciones generales.*

En otro lugar de este trabajo (concretamente en el título III, «De la Organización del Registro de la Propiedad») hemos puesto de manifiesto la existencia de una dualidad de regímenes (208): el registro

(208) Número 25.

facultativo, considerado como el ordinario o más general, al estar en vigor en la mayor parte del país, y en sus ciudades más importantes y el obligatorio, que rige en todas las demarcaciones donde se ha impuesto el Catastro geométrico (209).

Viene condicionada, pues, la obligatoriedad de inscripción a que esté ya organizado, y en fase activa—vigente, el Catastro. El artículo 14 del Código de Registro predial contiene la norma fundamental a este respecto, y dice así:

«Es obligatorio someter a registro todos los actos a él sujetos y solicitar las respectivas cancelaciones cuando recaigan sobre predios rústicos, urbanos o mixtos, situados en los Concejos donde estuviere en vigor el Catastro geométrico de la propiedad rústica».

«La obligatoriedad del registro se hará efectiva en cada Concejo, a partir de la fecha en que así se disponga por orden del Ministro de Justicia, publicada en el Diario del Gobierno».

El propósito del legislador queda claramente contenido en el precepto transcrito. El registro obligatorio es su meta: su implantación es radical, y desde la vigencia del Código de Registro predial, para todos los Concejos donde ya «funcione» el Catastro y paulatina y sucesivamente se extenderá el régimen a los restantes Concejos, así que el antecedente obligado catastral tenga realidad.

La tónica formal de operaciones a practicar en las Conservatorias respectivas, como toda la organización y funcionamiento de los servicios son las mismas que para el Registro facultativo que queda en títulos precedentes expuesto: exactas las circunstancias para los respectivos asientos: idénticos los actos a él sometidos, libros, etc., etc. De ahí que los artículos 14 a 25, inclusive, en los que vamos a fijar nuestra atención, sean los únicos especiales dedicados al registro obligatorio.

179) *Su naturaleza jurídica.*

La obligatoriedad impuesta por la Ley no asigna distinto carácter a la inscripción. Esta sigue teniendo valor declarativo tan sólo; no es requisito necesario para la «existencia» del acto jurídico. El siste-

(209) Véase número 22: «Demarcación vigente»

ma le procura con su «publicidad» el efecto de oponibilidad a los terceros, tal y como hemos dado a conocer en el título anterior al examinar el valor y alcance de los principios hipotecarios.

Cabe preguntar: ¿Qué se propuso, por tanto, el legislador al establecer el sistema de registro obligatorio? Puede responderse que desde el punto de vista meramente administrativo el control de las titularidades verdaderas sobre fundos y el paralelismo—coincidencia—entre las inscripciones matriciales o de Catastro y las de derechos en el Registro de la Propiedad; se obstruye la clandestinidad. Pero a nuestro modo de pensar, el blanco perseguido es la exacción tributaria segura, a la que tienden las medidas adoptadas, con los deberes de comunicación impuestos a los Notarios (art. 23) inter-relación entre Conservadores y Jefes de Sección de finanzas (arts. 21, 22 y 24), etc.

Volviendo sobre lo al comienzo de este número sentado: los efectos del sistema en este régimen obligatorio son los mismos, exactos, a los que hemos visto en el registro facultativo. Sin embargo, la implantación de este sistema donde hay Catastro y su aplicación sucesiva sobre la geografía portuguesa, a medida que se ultimen los estudios catastrales, constituyen precioso antecedente, al dejar clarificado el soporte físico sobre el cual descansan los derechos registrados, que permitirá, en un momento de superación técnica, completar la evolución, condicionando la existencia del acto a la inscripción y convirtiendo ésta de meramente declarativa en constitutiva, dotando a la Institución del Registro de la Propiedad, de requisito imprescindible para la efectividad de los derechos sobre inmuebles.

180) *Plazo para la presentación de los títulos en el Registro.*

Viene señalado en el artículo 15 del Código de Registro predial. Ha de ser solicitado dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que haya sido otorgado el correspondiente título. Esta es la norma general.

Hay un supuesto especial contemplado en el artículo 18. Es el cuando fueren adjudicados a menores-huérfanos bienes o derechos (o a personas incapaces a ellos equiparadas) sometidos a régimen de

obligatoriedad, en cuyo caso recae en el Ministerio Público la obligación de solicitar el registro, al que se facilitará testimonio de la sentencia recaída en competente Juzgado, de la que derive la adjudicación al menor de los bienes o derechos a registrar en plazo de diez días (o bien en lugar de sentencia la homologación judicial de la «hijuela» o adjudicación respectiva). Es deber del Jefe de la Secretaría judicial—Secretario—facilitar tales títulos, y queda de la incumbencia del Ministerio Público su aportación a la Conservatoria correspondiente, en el plazo general, contado desde que la documentación le ha sido remitida.

181) *Medios de asegurar el efectivo registro de los actos.*

Hemos de distinguir entre ciertas medidas de control previstas en el Código para el conocimiento de los actos sujetos a registro de aquellas otras coactivas directamente encaminadas a procurar la inscripción o asiento idóneo.

Al grupo de las primeras corresponde el deber impuesto a los Notarios en el artículo 23, a tenor del cual deben el día último de cada mes remitir a las Conservatorias competentes relación de todos los documentos autorizados en el mes anterior para la prueba de los actos sometidos a registro obligatorio: obligación que alcanza asimismo a los Jefes de las Secretarías judiciales en relación a las sentencias o despachos y a los demás funcionarios con atribuciones notariales.

Es asimismo ordenado que tanto por los Notarios como por la Autoridad judicial, en sus Resoluciones se advierta a los interesados la obligación de solicitar el registro de los actos en plazo de noventa días.

También cabe encuadrar entre estas previsiones las medidas impuestas a los Jefes de la Sección de finanzas de dar cuenta a las Conservatorias de las bajas por cancelación de los créditos asegurados con garantía real, señalando en la relación el número de la descripción del predio al que afectan.

Dentro de estas mismas medidas, aunque orientadas hacia el mantenimiento de la identidad descriptiva de los predios (en la dualidad-

Catastro y Registro), están los artículos 21 y 22 del Código de Registro predial, que previenen:

Los Conservadores han de remitir a la Sección de finanzas relación de todos los actos registrados durante el mes último que alteren la indicación de la matriz catastral relativa a la propiedad de los predios o derechos o gravámenes, como la inscripción matricial sobre ellos constituida.

(Los mapas a enviar sobre los que informarán se ajustarán al modelo aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado).

Y de las Secciones de finanzas, a su vez, se comunicará a las Conservatorias todas las alteraciones introducidas en la matriz relativas a la identificación de los predios sometidos al régimen de registro obligatorio.

Los medios tendentes a procurar la inscripción de los actos están regulados en el artículo 15, apartados 2) y 4), estableciéndose:

«El Conservador que compruebe, por las relaciones previstas en el artículo 23 (de los Notarios y Secretarías de Juzgado), o por cualquier otro medio que no fué solicitado en plazo legal el registro del acto a él sujeto, notificará por carta certificada con aviso de recibo o personalmente al responsable para requerir el registro, la omisión, a fin de que solicite el registro en plazo de treinta días, advirtiéndosele que si no cumple incurrirá en las penas previstas en el artículo 278 (210).

Transcurrido el plazo de treinta días sin que haya sido requerido el registro, el Conservador levantará acta de transgresión y notificará por el medio previsto en el número anterior al responsable, que podrá satisfacer la multa en su cuantía mínima en plazo de quince días, si al mismo tiempo se presenta a registro con la documentación necesaria.

No siendo satisfecha la multa en el plazo previsto y solicitado el registro, el Conservador enviará el acta al Ministerio Público para los fines de incoar el procedimiento criminal».

(210) Los interesados—dice el artículo 278—que no requieran, dentro del plazo legal, el registro obligatorio de los actos, incurrir en la multa de 100 a 5.000 escudos.

Siendo incoado procedimiento criminal, la cuantía de la multa será fijada por el Juez, atendido el valor del predio al que respetará la falta de inscripción.

Recaída sentencia en este procedimiento—añade el artículo 16—, deberá el Juez fijar siempre el plazo para que sea aportado el documento a los autos, para comprobar su falta o no de registro, advirtiéndole que de no verificar tal presentación incurrirá en la pena impuesta al delito de desobediencia cualificada.

Por último, otro medio indirecto, pero eficaz, de obtener el registro es el señalado en el artículo 25 del Código de Registro predial que venimos comentando. En él se dice «que no serán admitidas a trámite las acciones que se funden en derechos sobre bienes inmuebles sujetos a registro obligatorio, sin que se aporten a los autos el documento que acredite el registro. Se exceptúan los casos en que el derecho al registro dependa de la procedencia de la acción».

CAPÍTULO 2.º CATASTRO Y REGISTRO: CONEXIÓN ENTRE AMBOS.

182) *Antecedentes.*

Comenta el culto colega portugués doctor CATARINO NUNES (211) que la obligatoriedad del Registro arranca del Decreto número 37.666, que inicia la correlación entre Catastro y Registro. Se disponía que en aquellos Concejos donde rigiese el Catastro, el Registro pasaría a ser obligatorio... Y «por eso y para eso las Conservatorias del Registro predial fueron desligadas de las circunscripciones judiciales (comarcas) para fijarse en los Concejos (subordinados a la división administrativa), puesto que con base en éstas el Catastro se organizaba».

Este registro obligatorio era de naturaleza constitutiva. Ciertamente: en su artículo 199 se disponía: «El régimen a que se refiere el artículo anterior (registro obligatorio en coordinación con el Catastro geométrico de la propiedad) consiste en la obligatoriedad de la inscripción en el registro predial para que puedan producir efectos jurídicos». Es decir, que sin el Registro, los actos a él sujetos eran inoperantes.

(211) Conferencia pronunciada en el Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861 en Madrid: *El registro de bienes en Portugal*.

La Ley 2.049—añade el doctor CATARINO—le quitó ese carácter, al reproducir el artículo sin su parte última... «para que puedan producir efectos jurídicos».

No obstante, otra Ley más reciente de 18 de mayo de 1956, al vigorizar el principio del tracto (los actos sujetos a registro, de disposición o gravamen, deben ser otorgados por quien figure en él como titular)—viene de rechazo, a juicio del doctor CATARINO, a asignarle función constitutiva en aquellas circunscripciones en que por Ley es obligatorio el registro—. Nos parece un tanto dudoso esto, porque una cosa es el encadenamiento de los actos que resulta inexcusable o forzoso donde por imperativo legal ha de irse al Registro—régimen obligatorio—y otro el valor constitutivo de la inscripción. Insistimos por ello en lo dicho en el capítulo que antecede, donde se razonaba el carácter declarativo de ésta, independientemente de la obligatoriedad impuesta donde el Catastro funciona.

183) *Técnica del Catastro. Reflejo de los predios en el mismo.*

Prescindiendo de sus orígenes (recordemos el Alvará de 1801, aludido en el título I de este trabajo), la idea práctica del Catastro geométrico de la propiedad rústica, surge, dice el doctor CATARINO, con el Decreto de 2 de julio de 1926, al que siguen en pocos años varias disposiciones modificativas e innovadoras, hasta llegar al Decreto-Ley de 11 de septiembre de 1947 (núm 36.505), en el que se aprueba la organización de los servicios del Catastro geométrico y se determina que en los Concejos donde estuviera ultimado o se ultimara se requiriera como obligatorio el registro. La ejecución de este propósito viene ya claramente desenvuelta en el Decreto-Ley 37.666 de 19 de diciembre de 1959. Tratando de brindar la idea de su funcionamiento, diremos que incumbe a la Administración la descripción de los predios, tomando como base territorial para cada Oficina el área del Concejo respectivo. Esta descripción ha de ser la actual: a procurarla se destinó específicamente un servicio especial (a esta misión concreta).

Se trazó la pauta de las descripciones (212): las circunstancias

(212) Modelo de descripción impuesto por disposición—orden—de 2 de septiembre de 1952.

que debiera contener eran: número del predio, denominación, situación por parajes o parroquias, indicación del artículo catastral (o matricial) que se le asigna, superficie, valor, etc.

Estas identificaciones con carácter de matriz figuran en las respectivas Secciones de finanzas, y llevan el número del artículo asignado a la finca (no en el sentido usual de esta palabra, sino como número distintivo del predio). Pasan a las cadernetas que contienen sintetizada la inscripción matricial, documentos éstos de los que ya hemos hablado que quedan en poder de los respectivos interesados y que junto con sus títulos integran la documentación acreditativa de su derecho (véanse los modelos al final unidos, con cuyo encasillado queda disipada toda duda que comprendemos pueda plantear esta esquemática versión).

Estas cadernetas prediales han de ser aportadas con el título al Registro: en ella, además de la identificación del inmueble, aparece la designación de la persona a la que corresponde según la inscripción matricial. Para toda formalidad registral debe exigirse la actualización de la caderneta; es un antecedente necesario para la calificación por el Conservador del título y posibilidad de su registro.

Atendidos con la amabilidad proverbial hallada en todas las Oficinas, y bajo la dirección del ilustre doctor FONTINHA, en su Registro obligatorio de Loures, hemos seguido el despacho paso a paso de un título, tomando nota, sometida posteriormente a su examen y aprobación y en ella resumimos la mecánica íntegra del registro obligatorio (que equivale a tanto como explicar la coordinación del mismo con el Catastro) y que ofrecemos a continuación: distingamos, para mayor claridad:

1.ª fase.—Convenida la transmisión—enajenación—de un predio (señalamos como ejemplo la compraventa por más frecuente), el comprador se dirige a la Sección de finanzas—Oficina catastral—, manifestando verbalmente la transmisión concertada, indicando el predio de que se trata, precio, y solicitando la liquidación de la venta. En esta Sección se extiende un documento en el que con indicación del nombre y circunstancias personales del vendedor (el comprador ya ha dado el suyo), finca y precio, se practica la liquidación—*imposto da sisa*—por el mayor valor (el que resulte fiscalmente, atri-

buido por la Sección al predio o el declarado, si es superior éste). Le entregan un ejemplar de este documento con la liquidación (hoja de papel sellado, con un sello de la Sección, sobre el timbrado en seco).

2.^a fase.—El comprador con este documento va donde el Notario, juntamente con el vendedor, llevando éste su título de propiedad, del que resultan los antecedentes de la inscripción. El Notario archiva este documento que en Hacienda le entregaron y le facilita fotocopia del mismo. Extendida por el Notario en sus libros la escritura de compraventa, le entrega asimismo la copia de ésta al comprador.

3.^a fase.—Este, con dicha copia y fotocopia referidas, acude al Registro, y lo primero que el Conservador verifica es si la liquidación (suele gráficamente consignarse en guarismos en el margen superior derecho del documento de Hacienda) se ha hecho por lo menos por el valor declarado (precio)—si fuere superior al fiscal—. Si no se ha practicado así, toma inscripción provisoria y devuelve el documento al interesado para que se formalice la liquidación complementaria, que se ajustará como base al precio fijado en el título. Lleno este requisito, el interesado recabará el registro definitivo.

El vendedor ha de aportar al Registro la caderneta predial que en su poder ha de obrar (hemos dicho que en ella ya consta la descripción del predio y alteraciones posteriores, si han mediado). El Conservador, en esa hoja toma nota de la transferencia verificada, para que con ella se realice en el Catastro la alteración a favor del comprador.

[Naturalmente, hemos omitido cuanto concierne a las operaciones en sí (asientos) en el Registro, que en este momento no importan, aparte haber sido en otro lugar ampliamente reseñadas.]

De esta forma queda lleno el nexo que debe existir entre Catastro y Registro y alcanzado el paralelismo perfecto (213).

* * *

(213) Ofrecemos al final completa serie de modelos de los documentos que en el Registro obligatorio se llevan, desde los requerimientos morosos, caderneta predial, hoja aneja a la misma, etc.

Hemos abusado de la paciencia del lector: La crítica del sistema va en este trabajo en cada uno de los aspectos que hemos ido examinando; allí expusimos nuestro modesto parecer. Por ello no nos detenemos ya ni en la visión de conjunto en que habíamos pensado; resultaría reiterativa e innecesaria. Ofrece matices el sistema portugués que no permiten encuadrarle en los que la doctrina española clasifica; no es inoperante en absoluto, no cede ante la realidad jurídica, sin más, de manera que sea un mero servicio de información (recordemos, entre otros, los artículos 7, 8 y 13): tampoco en sus normas está la esencia típica de los sistemas técnicos, ya que la *fides pública* no opera de manera terminante... Resulta difuso en cuanto al número de actos sometidos a registro (un *numerus clausus* tan amplio que cuenta en muchos de sus supuestos con portillos abiertos que dan paso a otros actos...); contradictorio (al admitir derechos personales) frente a su artículo 1.º..., que proclama el esencial fin del Registro..., «dar publicidad a los derechos sobre las cosas inmuebles». También el registro provisorio, tan posibilitado, que provoca tanto asiento de vida limitada, resta a la publicidad del sistema la continuidad apetecida.

En fin, acaso estas observaciones nuestras obedezcan a considerar nuestro ordenamiento como más dúctil y perfecto; equilibrado. (Lejos de los sistemas que los mantienen a ultranza la verdad registral frente a la realidad y de que a su publicidad la reduce a mera información de titularidades). El lector que haya tenido la paciencia de leernos (profesional, como suponemos), formará certero juicio a la vista del derecho positivo expuesto y deducirá la conclusión objetiva y exacta.

ANGEL DE LA FUENTE JUNCO,
Registrador de la Propiedad.

(Conclusión.)

VIDA JURIDICA

Curso de conferencias sobre cuestiones agrarias 1964-65.
El Instituto de Estudios Jurídicos, en colaboración con el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, ha organizado durante el presente curso un ciclo de conferencias sobre cuestiones agrarias.

Se inserta a continuación la pronunciada por don José Luis Laso Martínez.

Régimen de acción concertada en la Agricultura

I

INTRODUCCION

Si el estudiar temas nuevos entraña siempre un grave riesgo, mayor es el peligro cuando el tema se refiere a instituciones que, como en el presente caso, la acción concertada se halla en la actualidad en trance de formación. Es por esto que todos los juicios que sobre el nuevo régimen se emitan han de ser necesariamente introductorios a su estudio y supeditados a la evolución posterior de la propia institución.

El tema ofrece un evidente carácter económico al recogerse en nuestra legislación como instrumento de política económica al servicio del desarrollo. Pero esta condición no tiene por qué ser un veto para que sea analizada la institución por juristas. Todo lo contrario, el jurista debe atender a las demandas de la sociedad y proporcionar instrumentos idóneos para que esas exigencias sociales sean satisfechas. De este modo estará realmente en contacto con los problemas

vivos y palpitantes que la sociedad ofrece sin encastillarse exclusivamente en el estudio de categorías dogmáticas ya definidas, aunque siempre susceptibles de perfeccionamiento.

II

ANTECEDENTES

El tema de la acción concertada ofrece de principio una nota destacada: su novedad. Novedad al menos en lo que se refiere a la propia expresión como categoría juridico-administrativa definidora de un régimen de intervención del Estado en la vida económica.

Ciertamente la palabra concierto ha sido utilizada en nuestro Derecho con anterioridad. Así el concierto es una forma de contratación administrativa regulada en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 y posteriormente en la redacción que dió al capítulo 5.º de esta Ley la de 22 de diciembre de 1952. Del mismo modo, en el ámbito de acción de las Corporaciones locales, el concierto fué otra forma de contratación administrativa específicamente detallada en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953.

Todos estos antecedentes tan sólo ofrecen coincidencias terminológicas; pero en modo alguno identidad o al menos similitud con las características que la acción concertada adquiere desde su creación por la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social de 28 de diciembre de 1963.

Por el contrario, son verdaderos antecedentes de la institución los siguientes:

a) *Consortios forestales*.—Constituyen un conjunto de medidas detalladas en la Ley y Reglamento de Montes, por las que se tiende al favorecimiento de la repoblación forestal mediante acuerdos entre el Estado u otras entidades e incluso particulares para llevarla a cabo.

En efecto, a través del consorcio forestal el propietario de un monte constituye un derecho real de vuelo a favor del Patrimonio Forestal del Estado, o incluso de otras entidades públicas o de particulares. Por estos acuerdos se faculta al Patrimonio Forestal, su-

puesto típico al que aquí vamos a referirnos, mientras dure el contrato, para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario del suelo el derecho a una participación en el valor neto de los productos que se obtengan.

El consorcio se lleva a cabo mediante acuerdos voluntarios que se hacen constar necesariamente en escritura pública, único medio formal a través del cual pueden tener acceso al Registro de la Propiedad.

La entrega del suelo de la finca al Patrimonio, que hace nacer en su favor un verdadero derecho real inscribible en el Registro, obliga a que se dé solución a los conflictos de preferencia que pueden surgir en el caso de que con anterioridad al consorcio la finca estuviera gravada, con lo que se originaría una concurrencia de derechos sobre un elemento base, la finca, en el que por razón de uno de los derechos se habría producido un incremento de valor real, llegándose a soluciones similares a las que la Ley Hipotecaria adopta con relación a la anotación de créditos refraccionarios, diferenciándose el valor de la finca antes y después de las mejoras introducidas por el Patrimonio.

Limitándonos a las posibles coincidencias de los consorcios forestales con el régimen de acción concertada, se observa sin duda que existe un punto común de contacto, consistente en ser uno y otra sistemas de colaboración entre la Administración y los particulares para el logro de objetivos de naturaleza económico-social.

b) *Sociedades de colonización*.—En la misma línea están las Sociedades de colonización creadas por la Ley de Colonización de grandes zonas regables de 26 de diciembre de 1939, hoy derogada en este punto, por la que se promovió la creación de estas Sociedades para favorecer la colonización de las zonas afectadas, las cuales podrían constituirse con posterioridad a la declaración por el Ministerio de Agricultura del interés nacional de la colonización de una zona, o precisamente con objeto de pedir dicha declaración.

ALBERTO FALLARÍN, refiriéndose a este punto en el curso sobre Reformas Agrarias en Hispanoamérica, dado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, destaca cómo, a diferencia de los países hispanoamericanos que en otros puntos han seguido las líneas trazadas por las leyes agrarias españolas, en España se ha

utilizado muy poco el instrumento de colaboración con los particulares para el logro de las finalidades perseguidas por las leyes agrarias.

c) *Viviendas de renta limitada*.—La Ley de 15 de julio de 1954, variando sustancialmente el régimen hasta entonces vigente, introdujo un nuevo sistema de estímulo para la construcción de viviendas mediante la concesión de materiales, ayuda financiera, beneficios fiscales, etc., a los promotores de viviendas que se ajustasen a los planes formulados por el Instituto Nacional de la Vivienda.

De todos estos antecedentes resulta que aun cuando en sí misma la acción concertada, como institución sustantiva, ha sido una creación de la Ley del Plan de Desarrollo, sin embargo en su contenido existen otras manifestaciones de la acción del Estado sobre los intereses económicos y sociales, en las que se da el mismo esquema que en esencia define a la acción concertada: concesión de beneficios por el Estado a los particulares, a fin de que éstos colaboren en el logro de los objetivos económico-sociales programados por el Estado.

III

CONCEPTO

Atendidos la finalidad y el modo como está ordenado el régimen de acción concertada en el texto básico de la Ley del Plan de Desarrollo, puede describirse del siguiente modo:

«Sistema voluntario de colaboración entre los particulares y la Administración mediante el ofrecimiento por parte de ésta de estímulos y beneficios, a través de los cuales se persigue obtener los objetivos del desarrollo económico cuando la iniciativa privada es insuficiente».

IV

CARACTERES

De la definición que acabamos de transcribir se deducen fácilmente los caracteres que tipifican el régimen de acción concertada.

Estos caracteres son los siguientes:

1.º Es un régimen de intervención administrativa subsidiario, aplicable únicamente cuando la iniciativa privada es insuficiente.

2.º Es esencialmente voluntario, formalizándose el acuerdo mediante el acta de concierto entre la Administración y los particulares. Se trata de un acuerdo, sin embargo, a unas bases fijadas por la Administración, a las cuales se limita a prestar su consentimiento el solicitante, que tan sólo tiene posibilidad de adherirse o no a la propuesta, pero sin que pueda intervenir en la redacción del concierto.

3.º Su contenido reside en la serie de beneficios ofrecidos a los particulares, que quedarán anulados en caso de incumplimiento por las empresas de las obligaciones contraídas.

4.º Su finalidad reside en el logro de los objetivos del desarrollo económico; en particular, en España, los del Plan de Desarrollo Económico y Social, que pretende conseguir la expansión y modernización de los distintos sectores económicos.

V

METODO DE EXPOSICION

El carácter general con que está planteado el régimen de acción concertada en la Ley, su aplicación concreta en el sector agrario y la evolución posterior producida en el mismo, hacen obligado seguir un planteamiento general que descansa sobre los siguientes puntos:

1.º Fuentes normativas generales de la acción concertada y, en particular, en la agricultura.

2.º Detalle de su régimen jurídico.

Partiendo de estas ideas, nos permitiremos, por fin, desarrollar algunas consideraciones jurídicas y económicas sobre la nueva institución.

A) *Fuentes normativas de la acción concertada.*

El régimen de acción concertada se crea, según hemos dicho, por la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social de 28 de diciembre de 1963.

En particular, la acción concertada para la agricultura se prevé en el artículo 11, apartado e), de la propia Ley. Por él se propone la extensión del régimen de acción concertada a la agricultura.

A partir de esta fecha las disposiciones que han tratado la acción concertada han sido, por orden cronológico, las siguientes:

1.^a Orden de 22 de agosto de 1964, que aprueba el régimen de acción concertada en el sector de la piel.

2.^a Orden de 22 de agosto de 1964, que aprueba el mismo régimen sobre los vegetales.

3.^a Orden de 22 de agosto de 1964, que aprueba el régimen de acción concertada en el sector siderúrgico.

4.^a Orden de 15 de septiembre de 1964, sobre tramitación de la acción concertada en el sector de la piel.

5.^a Orden de 15 de septiembre de 1964, sobre tramitación en el sector siderúrgico.

6.^a Instrucción provisional para la ordenación rural de 29 de septiembre de 1964, artículo 26. Dispone este precepto que se llevará a cabo la acción concertada en las zonas que tengan aprobado un Plan de Ordenación Rural.

7.^a Orden de 11 de noviembre de 1964, que modifica las bases de la acción concertada en la siderurgia.

8.^a Orden de 18 de noviembre de 1964, que aprueba las bases generales de la acción concertada para la producción de ganado vacuno.

9.^a Orden de 15 de enero de 1965, sobre la Comisión Asesora del régimen de acción concertada en el sector de la piel.

10. Orden de 29 de enero de 1965, sobre tramitación de la acción concertada para la producción de ganado vacuno de carne.

Contemplado este cuadro completo de las normas por las que hasta este momento se desarrolla el régimen de acción concertada, se puede observar, simplemente por sus rúbricas, que la acción concertada ha sido acogida con especial interés por el sector agrario, a pesar de que, como vamos a ver, no parece que fuera el propósito de la Ley en un principio extender este régimen a la agricultura.

Esto nos lleva necesariamente al estudio del planteamiento general de las bases del Plan de Desarrollo. Este se propuso, artículo 1.º, número 2: Conseguir la elevación del nivel de vida de todos los espa-

ñoles, dentro de las exigencias de la justicia social, y favorecer el desenvolvimiento de la libertad y de la dignidad de la persona.

Para el logro de estos objetivos se proyectó un plan concreto, que sería:

a) Para la Administración del Estado, Organismos autónomos, Empresas nacionales y Corporaciones locales: vinculante.

b) Para el sector privado: indicativo, salvo que se declaren de aplicación obligatoria los propósitos del plan, por Ley o por acuerdo entre la Administración y los particulares, cuando por éstos se acepten libremente las prescripciones y objetivos consignados en el plan, en función de los beneficios o incentivos otorgados por el Estado y demás Entidades públicas.

Sistematizando la repercusión del Plan de Desarrollo sobre la economía nacional, resulta que éste actúa con carácter vinculante, de modo primario, sobre los órganos del sector público ya existentes; de modo secundario, cuando la acción del sector público o la iniciativa privada sean insuficientes, sobre los órganos de aquel sector que se creen o amplíen su radio de acción territorial o funcionalmente, o sobre el sector privado.

En todos los demás casos la acción del Plan es meramente indicativo.

Por estas consideraciones resulta anómalo lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley, artículo en el que se contiene íntegro el régimen de acción concertada, al decir que: «En todo caso, la inclusión en dicho régimen tendrá carácter voluntario para las empresas privadas». Con lo cual, a contrario, resulta que el régimen descansa en la posible creación de Empresas nacionales, criterio que si bien es lógico desde el punto de vista de la fundamentación general del Plan, es, sin embargo, contradictorio con la naturaleza específica del régimen de acción concertada por dos razones:

a) Porque si el régimen se aplica preceptivamente deja de ser concertado, ya que en todo caso este tipo de acción se basa en el principio de la voluntariedad, como se desprende de la primera parte del párrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley.

b) Porque las Empresas nacionales, aun partiendo del reconocimiento de una personalidad jurídica independiente de la del Es-

tado, no quiere decir que gocen de autonomía funcional respecto de éste, sino que están sometidas a su tutela y supervisión.

Lo que no excluye que prácticamente encaje su actuación en las consecuencias del régimen de acción concertada, pero sin que debieran someterse formalmente a este procedimiento.

B) Particularidades de la acción concertada en la agricultura y ganadería.

La acción concertada nació para la industria. Ni siquiera el legislador ha podido soslayar este propósito que, sin duda, se albergó en los redactores del plan. Lo demuestra el hecho de que la rúbrica «Régimen de acción concertada», con que se encabeza el artículo 5.º de la Ley, se formula con una generalidad tal que en sí mismo no parece pudiera dudarse de su aplicación a los distintos sectores económicos que fueran susceptibles de ello.

Sin embargo, el apartado e) del artículo 11, bajo el título «Mejora agraria», que abarca los artículos 10 a 14 de la Ley, afirma explícitamente que se extenderá el régimen de acción concertada a la agricultura. Afirmación ésta que hubiera sobrado si no se trasluciere por ella el primer propósito de circunscribir la acción concertada a la industria.

Después de la Ley del Plan de Desarrollo, el primer texto, dentro del sector agrario, en el que vuelve a hablarse de la acción concertada, es el de la Instrucción provisional para la Ordenación rural de 29 de septiembre de 1964. No había aludido a la acción concertada el Decreto creador de la ordenación rural. Es aquella Instrucción la que en su artículo 26 dice que la acción concertada a que se refiere el artículo 5.º de la Ley del Plan de Desarrollo, «se llevará a cabo en las zonas que tengan aprobado un Plan de Ordenación Rural».

Pudiera pensarse con ello que en las zonas de ordenación rural cambia totalmente de matiz el régimen de acción concertada y pasa de ser aplicable subsidiariamente por razón de la insuficiencia privada de un sector productivo determinado, tal y como resulta de la Ley del Plan de Desarrollo, a ser de aplicación primaria, independientemente de la insuficiencia de cada sector, simplemente por razones de delimitación territorial y sin perjuicio de que se aplique indi-

vidualizadamente a cada sector productivo previsto en los regímenes aprobados de acción concertada.

Pero tal declaración debe considerarse como irrelevante, por ser, en sí misma, formalmente insuficiente, ya que la simple declaración de ordenación rural de una zona no implica que necesariamente la ejecución del plan pueda realizarse a través de la acción concertada, sin que se formule específicamente un régimen propio para cada actividad, y, por el contrario, la publicación de las bases de acción concertada para un sector productivo, a menos que se limite territorialmente a una zona, no impide que puedan acogerse a él las empresas encuadradas en ese sector, cualquiera que sea el territorio en que desarrollen su actividad.

En todo caso lo que sí ha venido a significar la declaración del artículo 26 de la Instrucción es que realmente la situación agrícola se encuentra en el estadio previo para que entre en juego el régimen de acción concertada: Se trata de un sector deprimido, incapaz para llegar a conseguir los objetivos del desarrollo general del país.

C) Detalle del régimen de acción concertada.

Poderos distinguir dos etapas esenciales:

I. Precedimiento para acogerse al régimen de acción concertada.

Requiere en todo caso una iniciativa unilateral de la Administración que proclame las bases generales del régimen, cuando la propia Administración considere la insuficiencia que ofrece un sector productivo determinado.

La fase de formalización se desarrolla así:

1. Elaboración de las bases del concierto. Se hará conjuntamente por el Ministerio competente por razón de la materia y el de Hacienda, con informe de la Organización Sindical y de la Comisaría del Plan de Desarrollo.

Las bases se aprueban por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y podrán versar, dice la Ley del Plan de Desarrollo, sobre las condiciones de trabajo en todos sus aspectos, sobre volúmenes de producción, sobre los demás objetivos y garantías exigibles a las empresas, así como las ayudas, estímulos y facilidades que la Administración les otorgue, entre las que podrán concederse los benefi-

cios contenidos en la legislación sobre industrias de interés preferente u otros establecidos por la Ley.

2. Solicitud de las empresas de acogerse al régimen de acción concertada.

Las empresas interesadas presentarán su solicitud ante el Ministerio correspondiente, que recabará el informe de la Organización Sindical en caso de agrupación de solicitantes o peticiones aisladas que afecten a un número considerable de empresas de un mismo sector.

La solicitud deberá contener los requisitos que se exigen en el artículo 1.º de la Orden de 29 de enero de 1956, tratándose del régimen de acción concertada para la producción de ganado vacuno de carne, sin que en ningún caso puedan solicitar reducción de las exigencias que se deriven de las bases generales o ampliación de los derechos o beneficios por éstas establecidos.

La instancia será acompañada de una memoria en la que además de recogerse los detalles técnicos de la explotación proyectada se manifieste el régimen de tenencia de la explotación agraria y el compromiso de mantener directamente la propia explotación durante un plazo no inferior al del concierto.

3. Decisión sobre la solicitud presentada.

A la vista de la instancia del interesado y de los informes reglamentarios se decidirá por el Ministerio correspondiente la admisión o denegación de la solicitud.

Si la propuesta de resolución es favorable se contendrán en ella los siguientes requisitos que especifica la disposición últimamente citada:

a) Declaración de que la empresa reúne las condiciones técnicas y de otro orden fijadas por el Ministerio.

b) Clase, cuantía, duración y fecha de iniciación del periodo de disfrute de los beneficios que deben concederse.

c) Plazo en que deberá acreditarse la disponibilidad de los medios propios declarada en el anteproyecto presentado por los interesados.

d) Plazos de caducidad para la iniciación y realización de las nuevas instalaciones o de las ampliaciones proyectadas.

e) Necesidad de expropiación forzosa de los bienes señalados en la solicitud cuando aquéllos se solicitan.

f) Plazo y condiciones establecidos para la constitución de las empresas cuando la solicitud se hubiere presentado a nombre de empresas a constituir.

g) Cuadro de faltas y cuantía de las sanciones que correspondan a aquéllas.

Recaída la resolución, se notifica a los interesados para que presen-ten su conformidad a las condiciones del acta de concierto a suscri-bir, en la que se especificarán los beneficios que se conceden y las obligaciones a que se somete el interesado.

Aceptados por la empresa solicitante los términos de la resolu-ción ministerial, viene obligada a presentar, cuando la inversión en obras a realizar supere las 500.000 pesetas, el proyecto de instalación suscrito por técnico competente.

No expresa la Ley, en cambio, ni tampoco las disposiciones regla-mentarias que se han dictado hasta la fecha, si en caso de denega-ción de lo solicitado cabe contra esta resolución recurso alguno. Nuestro criterio es que en principio, al publicarse las bases de la acción concertada, la Administración ha quedado sometida a las condiciones determinadas en las bases y, por tanto, debe actuar en todo momento ajustándose a derecho.

Sin embargo, el contenido del acuerdo de concesión o denegación del régimen de acción concertada permite distinguir en él dos partes distintas: la primera, que hace referencia a la clase, cuantía y dura-ción de los beneficios, de indudable carácter discrecional, puesto que no hay en todo caso un previo derecho público subjetivo a obtener los beneficios ofrecidos; la segunda se refiere a si la empresa reúne o no las condiciones técnicas y de otro orden fijadas por la Admi-nistración, en cuya decisión no cabe pensar que actúe discrecional-mente, puesto que esas condiciones están preestablecidas y pueden, en cualquier momento, ser comprobadas.

Por esta razón estimamos que cuanto se refiere a la concesión y cuantía de los beneficios no es impugnabile en vía contencioso-admi-nistrativa, ya que en ningún caso pueden los Tribunales sustituir a

la Administración en la valoración de los criterios económicos, con arreglo a los cuales ésta considera que una empresa no está en condiciones objetivas de conseguir los fines del desarrollo económico programado.

Por el contrario, podrá recurrirse en vía contencioso-administrativa cuando la Administración deniegue el régimen de acción concertada por entender que el solicitante no reúne las condiciones exigidas para tomar parte en el concurso. En este caso, el perjudicado que estime, por el contrario, que cumple esas condiciones objetivas exigidas, podrá impugnar la decisión administrativa ante los Tribunales.

Por fin diremos que formalizada el acta de concierto, será remitida al Ministerio de Hacienda a los efectos de concesión de los beneficios fiscales contenidos en las bases generales.

II. Contenido del régimen de acción concertada.

Siguiendo en el estudio del régimen de acción concertada en la ganadería, se puede sistematizar su contenido en tres partes esenciales:

1.ª Objetivos de la acción concertada: están obligadas las entidades a cumplir las condiciones mínimas siguientes:

a) Que la dimensión mínima de la explotación individual o asociada sea de 30 cabezas de ganado vacuno de menos de veinte meses de edad, dedicadas a la producción de carne, en régimen de estabulación o mixto.

b) Que las instalaciones y edificaciones se ajusten a los criterios de la técnica moderna.

c) Aplicación de un sistema de alimentación equilibrada.

d) Llevar un control de rendimiento de la explotación.

e) Orientar la explotación hacia la producción del tipo de ganado vacuno precoz para el sacrificio.

f) No vender ni sacrificar reses que no alcancen el peso mínimo sin autorización administrativa.

g) Facilitar a la Administración el conocimiento de los resultados técnicos de la explotación.

h) Acreditar la disponibilidad de recursos propios para la financiación de las inversiones y de los gastos de la explotación.

2.ª Estimulos y beneficios.

1) De orden financiero.

a) Subvención del 10 por 100 del volumen de inversiones previsto.

b) Crédito oficial, que puede llegar al 70 por 100 de las inversiones proyectadas, en defecto de otras fuentes de financiación.

c) Crédito para la adquisición de ganados y capital circulante.

2) De orden fiscal.

a) Expropiación forzosa de los terrenos necesarios para su instalación o ampliación e imposición de servidumbres de paso.

b) Reducción de hasta el 95 por 100 de los impuestos que detalla la Orden de 18 de noviembre de 1964 y que son los que concede la Ley de 2 de diciembre de 1963 a las industrias declaradas de interés preferente.

Los beneficios de esta Ley sobre libertad de amortización durante el primer quinquenio, aplicación del Decreto-Ley de 19 de octubre de 1961, así como la reducción del 95 por 100 de cualquier arbitrio o tasa de las Corporaciones municipales o provinciales o de la Administración central y Organismos autónomos, se extiendan también al régimen de acción concertada.

Sin embargo, muchos de estos beneficios de orden fiscal, pensados especialmente para las grandes empresas industriales, tendrán en la práctica escaso relieve, cuando se traten de aplicar a las empresas agrarias que por su estructura están alejadas de la empresa industrial.

3) De orden técnico.

a) Preferencia para el asesoramiento técnico y de formación de los ganaderos.

b) Preferencia para la utilización de los Centros Oficiales de Selección y Experimentación Ganadera, Inseminación artificial, así como los del Servicio de Carpaña de Saneamiento Ganadero.

c) Preferencia para la entrega de reproductores selectos.

d) Garantía de compra por parte de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, a precios establecidos periódicamente por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, a propuesta del

Ministerio de Agricultura, con el informe previo del de Comercio y de la Organización Sindical, de las reses que alcancen el peso mínimo establecido en las bases.

3.ª Sanciones en caso de incumplimiento: Permite este apartado diferenciar a su vez dos cuestiones:

a) Supuestos de incumplimiento: El apartado 4.º del artículo 5.º de la Ley dispone que «el incumplimiento por parte de las empresas concertadas de las cláusulas convenidas...»; es decir, parte la Ley de que se pactan con los particulares los beneficios y se señalan las causas de incumplimiento que, aun fijándose unilateralmente por la Administración, en todo caso son vinculantes para las empresas.

Sin embargo, dentro del sector ganadero, al que principalmente estamos concretando este estudio, no ha sido la Orden aprobatoria de las bases la que señalase las causas de incumplimiento, sino la Orden de 29 de enero del presente año, que regula los trámites de la acción concertada, la que determina las distintas clases de faltas, diferenciándolas en leves, graves y muy graves, con las sanciones correspondientes.

Técnicamente parece que debieran ser las bases las que fijasen las causas de incumplimiento, puesto que a la vista de las mismas formulan su propuesta los particulares. De este modo serían conocidas de antemano todas las obligaciones que contraen.

b) Tipos de sanción: Las sanciones que pueden imponerse son de dos clases distintas: unas de naturaleza pecuniaria, según se deduce de la Ley y de la Orden de 18 de noviembre de 1964; otras, no pecuniarias, como el apercibimiento, sanción que se aplica a las faltas leves como indica la Orden de 29 de enero de 1965.

Todas las demás sanciones que no sea el apercibimiento, declara la Orden últimamente citada, serán las que se fijen en el acta del concierto, con lo cual puede haberse tramitado todo el procedimiento sin saber hasta el último instante las sanciones que pueden sufrir los particulares que infrinjan las condiciones del régimen de acción concertada. Sólo para las faltas muy graves, señala el artículo 2.º de la Orden de 18 de noviembre de 1964, que podrán imponerse:

a) La pérdida de todos los beneficios que hubiera correspondido percibir a las empresas concertadas, a partir del momento en que se produzca el incumplimiento.

b) A reintegrar a la Administración los importes que hayan supuesto a favor de las empresas concertadas, las subvenciones, créditos, desgravaciones fiscales, reducciones arancelarias y demás beneficios percibidos como consecuencia de la acción concertada.

En definitiva, pues, en las bases del concierto no se fijan las causas de incumplimiento que originen las sanciones correspondientes, y éstas a su vez sólo vienen determinadas tratándose de faltas muy graves, y ello con carácter potestativo para la Administración, quedando, en fin, la determinación concreta de las sanciones relegada al acta de concierto.

VI

NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION CONCERTADA

Analizados la fundamentación y el detalle con el que aparece regulada la acción concertada, sólo nos resta hacer algunas consideraciones de índole general.

La acción administrativa sobre la vida económica ha sido ya considerada como uno de los fines de la Administración, después que los que ésta persigue han ido ampliándose constantemente hasta recaer sobre todos los aspectos de la sociedad.

De este modo, y dentro de las tres categorías tradicionales de intervención del Estado en la sociedad: la policía, el fomento y los servicios públicos, no cabe duda de que la acción concertada puede encuadrarse teóricamente dentro de las medidas de fomento, a través de las cuales persigue el Estado el desarrollo económico del país. No puede en efecto considerársela como una institución jurídica peculiar con categoría conceptual independiente dentro del Derecho administrativo; se trata más bien de una institución de naturaleza compleja, que alberga una amplia gama de medidas administrativas completas, perfectamente diferenciadas: subvenciones, beneficios fiscales, asistencia técnica por parte de la Administración, etc.

Es por esto que en vez de considerarla como una institución de

Derecho público resulta preferible concebirla como una forma de actuación de la Administración, de carácter complejo, a través de la cual ésta se interesa y actúa en la vida económica del país.

VII

TRASCENDENCIA ECONOMICA

No nos corresponde aquí estudiar la naturaleza y las consecuencias que desde un punto de vista económico puede originar la acción concertada. Únicamente diremos que a través de la acción concertada se ha abierto un camino de grandes posibilidades en el sector agrario. Estando a falta la agricultura, en estos momentos, de un auténtico espíritu empresarial, es necesario que la acción del Estado inicie y dirija el desarrollo de la agricultura. Por esto todas las cautelas con las que ha sido acogida la acción concertada en la industria no parece que puedan tener aplicación respecto de la agricultura.

En el informe del Banco Hispano Americano sobre la situación económica española en 1963 se ha dicho que la acción concertada puede conducir al aumento de la incertidumbre empresarial al forzar al Estado a intervenir en numerosos sectores con lo que se disminuiría el mercado, se exageraría el grado de monopolio que existe en la economía y el poder económico estaría fundamentalmente concentrado en el Gobierno. La inversión privada disminuiría, por tanto, y se acentuarían los problemas que se intentan resolver, además de obstaculizar la inversión extranjera por la proliferación de monopolios estatales a que esta política puede llevar.

Sin entrar en el juicio de estos criterios, lo que sí podemos afirmar, porque ha sido sugerido por las propias preocupaciones del hombre del campo, es que la acción concertada puede significar en la agricultura un instrumento eficaz de ayuda en la actual coyuntura económica.

VIII

CONCLUSIONES

El esfuerzo que teóricamente supone la acción concertada para que tenga una trascendencia real requiere, sin embargo, dos condiciones:

1.ª Es requisito indispensable para su actuación que exista una Administración ágil, ilusionada y paciente que sirva de consejo y estímulo permanente al campo español.

2.ª Que no puede prosperar este régimen ni otra medida semejante si no se rompe el espíritu individualista del campesino, formando cooperativas y grupos de agricultores en general, a través de los cuales pueden adquirir realmente importancia y magnitud los nuevos instrumentos.

En todo caso ésta, y en general las múltiples medidas a través de las cuales se pretende incorporar la propiedad al cumplimiento de una verdadera función social, nos ponen en el camino de una nueva situación en la que las instituciones no sólo sirvan de control jurídico de los actos de la vida civil, sino también de control social.

Es particularmente importante esta apreciación en la propia institución del Registro de la Propiedad, que nació también para cumplir preponderantemente las necesidades descritas en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861. Hoy, transformadas las condiciones económicas y sociales de entonces, en diversidad de disposiciones, se pretende utilizar de nuevo al Registro, como institución que sirva para atender las nuevas necesidades del mundo contemporáneo.

Es especialmente sugerente esta idea en el sector agrario y debe preocuparnos a los juristas la puesta al día de la institución, a fin de que colabore en el desarrollo de las nuevas exigencias sociales que caracterizan la época actual.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ,

Registrador de la Propiedad.

Una sorprendente nota marginal

Por escritura otorgada el 10 de febrero de 1960 ante el Notario de Valencia señor Díaz Palomo, el señor X vendió a los señores A B y C, por terceras partes iguales y pro indiviso, una finca urbana en Villarrobledo que contenía una fábrica de alcohol, encontrándose en tal fecha libre de toda carga en el Registro. La escritura se presentó en el Registro de La Roda el día 24 de febrero siguiente, hallándose también libre la finca, y retirándose inmediatamente para pagar el Impuesto de Derechos reales en la Abogacía del Estado de Valencia, que era la competente. Esta liquidación se retrasó inusitadamente por la comprobación de valores, hasta el punto que caducó el asiento de presentación en el Registro. Satisfechos los Derechos reales el 29 de julio del mismo año, y presentada de nuevo en el Registro el 10 de agosto siguiente, quedó sorprendida la buena fe de los compradores con la siguiente nota, de fecha de 22 de junio del mismo año, puesta al margen de la inscripción de propiedad del vendedor:

«De conformidad al párrafo 2.º del artículo 9.º del Reglamento de Alcoholes, la finca de este número, propiedad de don X, dedicada a la fabricación de alcohol, con los aparatos que contiene, queda afecta a las responsabilidades que puedan derivarse de actos u omisiones que le sean imputables con relación al funcionamiento y a la existencia de los aparatos, así como a todas las operaciones que se realicen dentro del recinto de la fábrica, por así consentirlo don X en declaración jurada que en 30 de marzo de 1947 presentó en la Delegación de Hacienda de Albacete (Sección del Impuesto sobre el gasto), según documentación obrante en dicha Delegación de Hacienda; extendiéndose la presente nota a fin de materializar esta garantía en los libros hipotecarios y con ello evitar un posible quebranto en

los intereses del Tesoro Público. Así resulta de escrito expedido en Albacete el 11 de los corrientes por don I, Delegado de Hacienda de la provincia de Albacete, que se presenta a las diez horas de hoy, según asiento 1.504, folio 195, Diario 50. La Roda a 22 de junio de 1960. (Media firma del Registrador)».

Transcurridos más de cuatro años de la fecha de la nota, estimamos que debe cancelarse en vista de los siguientes razonamientos:

Primero.—*Esta nota marginal no debió de extenderse nunca, debiéndose haber tomado la correspondiente anotación preventiva de embargo, preparatoria de una hipoteca especial inscrita.*

En efecto. Según el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, párrafo último: «Para tener la Hacienda igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades (de las contribuciones e impuestos a que se refiere el párrafo 1.º), podrán exigir el Estado, las provincias o los pueblos la constitución de una hipoteca especial en la forma que determinan los reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde *la fecha en que quede inscrita*».

Y complementa este artículo el 271 del Reglamento Hipotecario diciendo: «Cada finca responderá por hipoteca legal en los términos prescritos por el artículo 194 de la Ley, de las contribuciones e impuestos que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble, y el Estado, las provincias o los pueblos tendrán para su cobro prelación sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro. Cuando se trate de contribuciones e impuestos *distintos* de los señalados en el precedente párrafo, la prelación no afectará a los titulares de Derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro el derecho al cobro, *mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo*».

Es, pues, evidente que no tratándose en el caso presente de impuesto por contribución anual, debió extenderse en el Registro o bien una *hipoteca especial inscrita*, como dice el art. 194 de la Ley, o bien una *anotación preventiva de embargo*, como dice el 271 del Reglamento. Aunque parezca haber cierta contradicción entre estos dos artículos, pues uno habla de hipoteca y otro de anotación, se pueden

compatibilizar ambos si se piensa hay que extender primero la anotación, que es más sencilla de obtener, y luego convertirla en inscripción de hipoteca, después de otorgada la correspondiente escritura de hipoteca. Lo que no se debió hacer nunca es extender una *nota marginal*, que ni concreta la responsabilidad de la finca ni la fecha origen del crédito de la Hacienda, lo cual origina los problemas que examinaremos, por los que realmente veremos nos encontramos ante un asiento que es un verdadero engendro hipotecario, un auténtico aborto registral.

Segundo.—Aun en el supuesto de que se hubiera extendido la correspondiente anotación preventiva de embargo (y la Hacienda así denominó este asiento en cierta comunicación que hizo a los compradores de la finca, al pretender éstos poner en marcha la fábrica de alcohol!), dicha anotación no hubiera perjudicado nunca a los compradores, pues éstos compraron la finca «en fecha anterior» a la del asiento debatido, y si no inscribieron antes es porque no pudieron.

En efecto. La escritura de compra es de fecha 10 de febrero de 1960 y la nota marginal de fecha 22 de junio, bastante posterior. Tocamos ahora el fondo de la cuestión. Como dice MORELL (tomo IV, página 469): «Hasta que la Hacienda haga público su derecho en el Registro por medio de la correspondiente anotación, sus créditos no pueden perjudicar al tercero que inscribió con anterioridad, *ni aun al que con anterioridad adquirió*, como se deduce del artículo 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria. Y Roca dice (página 719, tomo IV): «Atendiendo a los términos del artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda, esta anotación preventiva de embargo debiera atribuir preferencia contra cualquier acreedor o adquirente que no tuviera inscrito con *anterioridad* su título, o sea, que esta anotación produciría efectos equivalentes a la hipoteca; *pero creemos que a este criterio cabe oponer reparos, ya que dicha anotación sólo puede atribuir preferencia respecto de los créditos contraídos y adquisiciones efectuadas 'con posterioridad' a la fecha de aquélla*, pues aquí debe regir preferentemente el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, debido al carácter especialmente registral de la materia».

Pero no sólo MORELL y ROCA. Es claro para todos los tratadistas que la anotación de embargo sólo garantiza contra actos *posteriores*

del deudor, pero no contra los anteriores, *aunque no estén inscritos*. Y así lo declara reiteradamente la jurisprudencia diciendo: Que una *donación* no inscrita (y *a fortiori* una compraventa como en nuestro caso) otorgada con anterioridad a la anotación de embargo prevalece sobre ésta (sentencia de 1910). Que un crédito consignado en escritura pública de fecha anterior a la de la anotación, es preferente a ésta (sentencia de 1917).

Tercero.—*En todo caso, la anotación, hoy, hubiera caducado por el transcurso de cuatro años*. Es claro conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Es muy digno de tener en cuenta el juego de fechas que aparece en todo este asunto:

En 30 de marzo de 1947, según dice la misma nota, el anterior dueño, señor X, presentó en la Delegación de Hacienda de Albacete escrito consintiendo quedase su finca afecta a cuantas responsabilidades pudiesen surgir por actos relacionados con la fabricación de alcohol. Y nada menos que el 11 de junio de 1960, *o sea después de más de trece años*, es cuando oficia la Delegación de Hacienda al Registro para que constate en la finca dicha responsabilidad, cuando precisamente la finca ya se vendió meses antes y la escritura se había presentado en el Registro, y el primitivo vendedor ya no se dedicaba a fabricar alcohol.

Pero es que hay más: el 22 de junio de 1960 se extiende la famosa nota y transcurren varios años (hoy más de cuatro) sin que en el Registro se formalice un asiento regular.

Es claro que si cuando los compradores devinieron tales hubiese constado en el Registro la nota, no hubieran comprado. Es la Hacienda la que ha pretendido sorprender a los compradores.

Cuarto.—*Suponiendo que la nota no es una anotación de embargo, sino una «efección de la finca con carácter más bien de hipoteca», nos encontraremos con los siguientes contrasentidos:*

1.º El citado párrafo último del artículo 194 de la Ley Hipotecaria dice: «Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde que quede *inscrita*». Y aquí ni hay «inscripción», porque hay nota marginal, ni hay «hipoteca», porque esta palabra sacramental no aparece en la nota.

2.º La nota no expresa ninguna cantidad como responsabilidad de la finca. El principio de especialidad de la hipoteca (verdadero principio registral) exige indeclinablemente que el Registro señale o una cantidad concreta de responsabilidad o un máximo de responsabilidad que en su día se habrá de concretar para la ejecución.

Cuando hay afecciones hipotecarias de fincas a pagos de impuestos como, verbigracia sucede con la nota marginal del Impuesto de Utilidades, que hay que extender cuando al cancelar una hipoteca no se presente el recibo justificativo del pago de ese Impuesto, hay, sin embargo, una clara posibilidad de averiguar numérica y rápidamente el importe de la responsabilidad que gravita sobre la finca; y en todo caso la nota caduca automáticamente a los dos años de su fecha. Es más: conforme al número 2 del artículo 177 de la nueva Ley de Reforma Tributaria: «Igualmente en los casos de desmembración del dominio, la afección de los bienes al pago de la liquidación que proceda por la extinción del usufructo, los Registradores lo harán constar por nota marginal, a cuyo efecto las oficinas liquidadoras consignarán la que provisionalmente, y sin perjuicio de su rectificación, procediere según las bases y tipos aplicables en el momento de extinción de usufructo», es decir, que se hace constar una liquidación provisional para cumplir el principio de especialidad, aunque muy posiblemente no coincidirá con la que se haya de girar en su día como definitiva. Está, pues, claro que en cualquier nota de afección, sea por el motivo que fuere, se ha de señalar una cantidad de responsabilidad, pues de lo contrario sacaríamos del comercio jurídico la finca ante la posibilidad de que los terceros adquiriesen responsabilidades incommensurables.

3.º Por otra parte, las notas marginales de afección *han de estar claramente impuestas por un precepto legal o reglamentario*. Así, el párrafo último del artículo 58 del Reglamento Hipotecario dice: «Igualmente bastará la extensión de una nota marginal cuando así *especialmente* lo establezca alguna Ley». Conforme a esto, la citada nota de afección por el Impuesto de Utilidades fué ordenada por Real Decreto de 20 de mayo de 1925; igualmente la nota marginal, por fraccionamiento de pago del Impuesto de Derechos reales, está regulada en el número 8 del artículo 138 del Reglamento de dicho impuesto; asimismo la nota marginal en caso de desmembramiento

del dominio a que se refiere el citado número 2 del artículo 177 de la Ley de Reforma Tributaria. En todos los casos se habla *explicitamente* de la nota marginal. En cambio, en el presente caso el Reglamento del Impuesto de Alcoholes no habla para nada de la nota marginal, y aunque ciertamente establece la afección de las fábricas a responsabilidad, no cabe interpretar esta afección en el orden formal en contra de la Ley Hipotecaria, que establece para la generalidad de los casos una hipoteca especial *inscrita* (citado art. 194), ni en contra del Reglamento Hipotecario, que establece la anotación preventiva (citado art. 271).

4.º Pero reduzcamos al absurdo la nota. Como en ella no se señala ninguna fecha concreta origen del crédito de la Hacienda, nos encontramos ante el monstruoso caso de un derecho de la Hacienda *que no podrá prescribir nunca* y con una nota que plasma ese derecho *que no podrá caducar jamás*. En efecto, *no podrá prescribir nunca* porque, si conforme al artículo 128 de la Ley Hipotecaria: «La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, *contados desde que pudo ser ejercitada*», como aquí no sabemos cuándo empezó a poder ser ejercitada, resultará que no podremos nunca empezar a contar los veinte años de prescripción, y en consecuencia nunca podrá cancelarse por prescripción. *Y tampoco podrá caducar la nota jamás*, porque si según la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley Hipotecaria: «... inscripciones de hipoteca que cuenten más de treinta años de antigüedad *a partir de la fecha del vencimiento del crédito*... caducarán», resultará en nuestro caso que como no consta la fecha del vencimiento del crédito, tampoco empezará nunca el plazo de caducidad del asiento.

En resumen: se trata de una nota que implica una responsabilidad *infinita* en cuanto a la cuantía, y *eterna* en cuanto a su duración.

Ante tan sorprendente resultado sólo nos queda llegar a

Quinto y último y sencilla solución. El verdadero aborto registral que resulta ser el asiento en cuestión, ni es anotación de embargo, ni es hipoteca. Entonces, ¿qué es?

Pues sencillamente un *derecho* (acaso ni eso, una simple expectativa, o mejor un derecho en formación) *que debe cancelarse por nulo o haber caducado*, pues para eso se dictó precisamente el espe-

cialísimo artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que dice: «Las menciones, *derechos personales*, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o *cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado...*, se cancelarán con sólo pedir una certificación de la finca».

DEMETRIO LUNA,
Registrador de la Propiedad.

Las donaciones en la Ley de Reforma Tributaria

CASO PRÁCTICO

Con motivo de una donación de fincas rústicas otorgada con posterioridad a 1 de julio de 1964 por los padres a su único hijo, se instruyó el oportuno expediente de comprobación de valores, el cual arrojó un valor liquidable de 35.800 pesetas. Al confeccionarse el proyecto de liquidación para unirlo al expediente y elevar éste a la aprobación de la Abogacía del Estado, surgió el problema de si las 10.000 primeras pesetas estarían exentas o no, dado que el total de lo que, según comprobación, había de percibir el hijo por donación no rebasaba las 100.000 pesetas, y dado, además, que el artículo 123 de la reciente Ley de Reforma Tributaria dispone que *«están exentas las adquisiciones hereditarias de los ascendientes, descendientes legítimos y cónyuges cuando la total participación de cada uno en la herencia no exceda de 10.000 pesetas. Cuando dicha participación no exceda de 100.000 pesetas, la porción hereditaria correspondiente a las 10.000 primeras pesetas estará asimismo exenta.»*

Pareció en un principio que las liquidaciones a practicar serían: 1.ª Por 10.000 pesetas, exenta; 2.ª Por 15.000 pesetas, es decir, de 10.000 a 25.000 pesetas, al 4 por 100; 3.ª Por 10.800 pesetas, que completan el total de lo donado, una última liquidación al 6 por 100. Todo ello conforme al número uno de la Tarifa, letras a), b) y c).

Sin embargo, el criterio que prevaleció en definitiva fue el de girar por las primeras 10.000 pesetas una liquidación al 3 por 100, y las otras dos liquidaciones en la forma anteriormente expuesta.

¿Fue ajustado a la nueva Ley de Reforma Tributaria ese proceder del Liquidador?

Ya antes de la Ley de Reforma Tributaria se había planteado en la doctrina y en la práctica el problema de si las donaciones cuyo valor no supera las 10.000 pesetas estarían sujetas, exentas o no sujetas.

Como dice BAS Y RIVAS, en algunas Oficinas Liquidadoras se estimaba que estaban sujetas, por entender que el número 29 del apartado A del artículo 6.º del Reglamento de 1959, relativo ese precepto a las exenciones, se refería sólo a las herencias y que las exenciones hay que interpretarlas restrictivamente, lo cual, a juicio del citado autor es un error, porque en la Tarifa adjunta a la Ley del Impuesto de 1958, no sólo en el concepto de «herencias» se incluye a las donaciones, sino que en el concepto de «donaciones» se dice que tributarán *como las herencias*.

Esta última expresión, «como las herencias», se contenía también en el apartado primero del artículo 29 del Reglamento de 1959, precepto destinado específicamente a las donaciones. Y BAS Y RIVAS debía de entender que esa expresión tenía este significado: las donaciones, en todo, absolutamente en todo (1), se rigen fiscalmente por las normas de las herencias, y las exenciones reconocidas para éstas valen para aquéllas. Además, en apoyo de su tesis, el repetido autor transcribía una frase, muy expresiva al respecto, de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Tributaria de 26 diciembre 1957. Decía ésta: «De conformidad con el sentido orientador de esta Ley no se eleva ninguno de los tipos figurados en la Tarifa vigente, y en cambio en los conceptos correspondientes a *transmisiones a título lucrativo* entre descendientes, ascendientes y cónyuges se amplía hasta 10.000 pesetas el mínimo exento». O sea, que en todas las transmisiones lucrativas—sin distinguir la herencia de la donación *inter-vivos*—se aplicaba o debía aplicarse ese beneficio de exencionar las transmisiones cuya cuantía no rebasara las 10.000 pesetas. Y ello por la asimilación fiscal de las herencias y donaciones, pues como decía CHINCHILLA, la donación no es un concepto fiscal sustantivo, sino asimilado al de herencia. Y por eso no tiene reglas específicas de tributación, ni tipo especial de gravamen en la Tarifa de actos sujetos.

(1) Salvo en cuanto a los plazos para presentar a liquidar.

Algún autor, MAZUELOS concretamente, pensaba que si las donaciones de cuantía inferior a 10.000 pesetas no se consideraban exentas constituían acto no sujeto. De no admitirse la exención—MAZUELO razonaba la no sujeción en este sentido: la Tarifa adjunta a la Ley de 1958 no señala tipo de tributación para las transmisiones lucrativas en favor de descendientes, ascendientes y cónyuges cuya cuantía no exceda de 10.000 pesetas. No hay posibilidad de constituir una relación jurídico-tributaria sin tipo impositivo.

Estimamos que las razones alegadas en pro de la exención o no sujeción de las referidas donaciones eran de peso, y el Liquidador, cuantas veces tuvo a la vista donaciones de cuantía inferior a las 10.000 pesetas (2), en favor de ascendientes, descendientes y cónyuges las declaraba exentas siguiendo el criterio de tan competentes compañeros.

Pero en la actualidad, a partir de la nueva Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, creo que han desaparecido las bases en que se fundaban las anteriores argumentaciones, para dar paso a un régimen distinto, precisamente en virtud de dicha nueva Ley. De conformidad con la misma, tanto si la donación tiene cuantía inferior a 10.000 pesetas como si su cuantía es superior a esa cantidad, sin exceder de 100.000 pesetas, procede girar en ambos casos la oportuna liquidación; en el primer caso, por las 10.000 pesetas o cantidad inferior de que se trate; en el segundo caso, por las primeras 10.000 pesetas, y por las que superen dicha cantidad, aplicando los tipos correspondientes según los números de la nueva Tarifa.

Las razones en que se apoya la anterior conclusión son las siguientes:

1.^a El artículo 153 de la reciente Ley de Reforma Tributaria, que es el equivalente al 29 del Reglamento de 1959, no se expresa de la misma manera. Parece como si la nueva Ley quisiera invalidar el argumento basado en la asimilación de las herencias y donaciones. Porque nótese que el referido artículo 153 de la nueva Ley ya no dice, como decía el artículo 29 del Reglamento de 1959, que las donaciones «tributarán como las herencias». Esta expresión se ha suprimido para que no pueda decirse que existe una asimi-

(2) Pocas por cierto.

lación de la donación a la herencia a efectos fiscales. El artículo 153 de la nueva Ley dispone que: «Las donaciones... tributarán por las Tarifas del Impuesto General sobre las sucesiones...»

O sea, que en la nueva Ley se mantiene la aplicación a las donaciones de los tipos de las herencias, y en este sentido sigue habiendo una asimilación, a efectos fiscales, de ambos conceptos. Pero nada más. Creemos que desaparecida la frase «tributarán como las herencias» se invalida uno de los argumentos esgrimidos por BAS y RIVAS, argumento que nosotros aceptábamos antes de la referida reforma.

2.ª Ya vimos cómo MAZUELO defendía la no sujeción—de no admitirse la exención—de las donaciones con cuantía inferior a 10.000 pesetas, fundándose en que para esa clase de donaciones no existía tipo en la Tarifa. Y ciertamente que no existía, pues los números 29, 30, 31, 31 bis y 33 de la anterior Tarifa, en las letras a) y b) de cada uno, decretaban la exención para las *transmisiones por herencia, legado, mejora o donación* que no superaba las 1.000 pesetas, letra a); o cuando la transmisión comprendía su cuantía entre 1.001 pesetas y 10.000, letra b).

Del mismo modo, la anterior Tarifa, a pesar de todo, dedicaba un número, el 24, a las donaciones, por más que ese número decía, como ya vimos, que las donaciones «tributarán» como las herencias.

Ahora ya no ocurre nada de esto. La Tarifa vigente, bajo el epígrafe «adquisiciones *mortis causa*»—sin hablar de donaciones—, en el número 1, que corresponde a los números 29, 30 y 33 de la anterior Tarifa, ya no establece porciones exentas, sino que a todas las porciones asigna un tipo de gravamen. Y lo mismo hace el número 2 de la Tarifa actual, que corresponde al 31 de la anterior.

3.ª En la actualidad, lo que antes llamábamos Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes, se escinde en dos tributos bien diferenciados: 1.º Impuesto General sobre las sucesiones y Bienes de Personas Jurídicas; 2.º Impuesto General sobre transmisiones patrimoniales y Actos jurídicos documentados.

Las reglas aplicables a uno y otro tributo son distintas. Las adquisiciones hereditarias se comprenden en el primero, mientras

que las transmisiones *inter-vivos* se comprenden en el segundo. Las donaciones ya no van unidas a las herencias, como lo iban antes generalmente, pues un buen número de preceptos que se referían a herencias nos hablaban también de las donaciones. Basten como ejemplos los ya citados, y el artículo 38 del Reglamento de 1959, que decía: «Las adquisiciones de bienes y derechos... *por herencia, legado o donación*» que se realicen por las Corporaciones Locales... Ahora el apartado 11 del artículo 133 de la nueva Ley Tributaria, equivalente al citado artículo 38 anterior, dice que: «Por iguales Tarifas tributarán las adquisiciones *mortis causa*... que se realicen por las Corporaciones Locales.» Obsérvese la supresión del término donación. El apartado 21 del artículo 5.º del Reglamento de 1959 consideraba sujetas al Impuesto: «Las transmisiones... a título de donación, herencia o legado.» Ahora, el artículo 122 de la Ley de Reforma Tributaria dice: «Estarán sujetas las adquisiciones por herencia o legado...» Además, la sujeción de las donaciones se determina, como lógica consecuencia de lo anterior, en el título II de la Nueva Ley, artículo 153, que es el destinado a la regulación de las donaciones.

4.ª Nos hablaba BAS y RIVAS de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1957, en la cual se anunciaba la exención de las adquisiciones inferiores a 10.000 pesetas, cuando esas adquisiciones fueran el resultado de una transmisión a título lucrativo, sin distinguir entre herencias y donaciones.

Pues bien, también esto último ha desaparecido en la legalidad vigente, en la cual ya no se habla en general de transmisiones lucrativas. La nueva Exposición de Motivos ya diferencia los dos Impuestos antes dichos, y al anunciar la reducción de la tributación del cónyuge viudo no trata, repetimos, de adquisiciones lucrativas como lo hacía la de 1957, sino de adquisiciones hereditarias.

En conclusión: la exención para adquisiciones de cuantía inferior a 10.000 pesetas se concreta a las adquisiciones hereditarias realizadas por las personas que determina la Ley. Cuando esas mismas personas adquieran por herencia o legado cuantía no superior a 100.000 pesetas, las primeras 10.000 están exentas.

En cambio, para las donaciones no son aplicables esos beneficios. Hoy las donaciones únicamente se equiparan a las herencias para la fijación y aplicación de los tipos de gravamen. Las exenciones de las herencias, por razón de pequeña cuantía, no deben aplicarse a las donaciones.

JESÚS ALVAREZ BELTRÁN.

Registrador de la Propiedad.

LEGISLACION

Crónica legislativa

1. De las disposiciones aparecidas en el *Boletín Oficial del Estado* desde el 21 de enero al 21 de marzo se reseñan en esta crónica las siguientes:

— Reglamento de 14 de enero de 1965, sobre aprovechamiento de aguas y auxilios a los mismos en Canarias.

— Orden del Ministerio de la Gobernación de 22 de febrero de 1965, sobre derechos de autor.

— Reglamento de 4 de marzo de 1965 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— Decreto de 8 de febrero de 1965, por el cual se modifican los artículos 5.º y 1.º del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

— Disposiciones derogadas y modificadas por la Ley de Reforma Tributaria en la parte relativa al Impuesto sobre Derechos Reales y sobre transmisiones de bienes.

— Orden de 4 de febrero de 1965 sobre la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria.

2. El Decreto número 43/65, de 14 de enero, aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 59/62, de 24 de diciembre, sobre aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias.

Los motivos de esta reglamentación especial en el archipiélago canario figuran en el preámbulo de la Ley: irregulares interpretaciones de las disposiciones legales, origen de litigios y de agravios; la necesidad de satisfacer imperiosas necesidades de interés público, que obligan a la Administración a intervenir en ciertas zonas, respetan-

do los derechos adquiridos; la no aplicación del Decreto de 8 de diciembre de 1938, porque carecía del rango necesario para recoger la regulación en él contenida; y el problema de las aguas halladas en una explotación minera.

El Reglamento consta de cuatro capítulos que se ocupan: el I, del alumbramiento de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular; el II, de las reservas de caudales de aguas subterráneas a favor del Estado; el III, de las aguas halladas en las explotaciones mineras, y el IV, del Régimen de auxilios para la realización de las obras.

La regulación del capítulo I se aparta del régimen común establecido en la Ley de Aguas, al exigir autorización previa administrativa para llevar a cabo obras de alumbramientos de aguas en terrenos particulares por medio de socavones, galerías y pozos, y al facultar a la Administración para ampliar la distancia fijada en el artículo 24 de la Ley de Aguas al otorgar la expresada autorización.

Dichas especialidades justifican la tramitación de un expediente, en que se especifican minuciosas y suficientes garantías en favor de todos los posibles interesados. También se reglamenta la servidumbre de acueducto, autorizada y definida en el artículo 77 de la Ley de Aguas.

Las reservas de caudales de aguas subterráneas a favor del Estado del capítulo II constituye, en cierto modo, una expropiación forzosa por utilidad pública o interés social y, por ello, como se dice en el preámbulo del Reglamento, si bien su declaración queda al margen de los Tribunales de Justicia, no así la determinación de la cuantía de las obligadas indemnizaciones.

Si la Administración no opta por la explotación directa de las aguas se abrirá concurso para la concesión de su aprovechamiento, con el siguiente orden de preferencia: primero, abastecimiento de aguas a poblaciones; segundo, riegos; y tercero, abastecimientos industriales.

La propiedad de las aguas halladas en una mina, según se ordena en el capítulo III, corresponde al concesionario de aquélla únicamente respecto a los volúmenes de aguas necesarias para llevar a cabo las labores mineras. Tales volúmenes quedarán adscritos a la concesión minera, sin que en ningún momento puedan ser destinados a otros usos.

Las obras materia del capítulo IV, pueden ejecutarse por cuenta exclusiva del Estado: por éste con el auxilio de los interesados, o por éstos con el del Estado.

Los auxilios concedidos por el Estado tienen el carácter de subvención a fondo perdido si se otorgan a las Mancomunidades Interinsulares, a los Cabildos Insulares, Comunidades de Regantes para aprovechamiento de aguas públicas, a Heredamientos, Comunidades de Aguas y Grupos Sindicales de Colonización que adscriban el agua a la tierra. En los demás casos, el auxilio es un anticipo reintegrable.

3. La Orden del Ministerio de la Gobernación de 22 de febrero de 1965 para resolver las dudas suscitadas en orden a las disposiciones dictadas para garantizar los derechos de autor de obras teatrales, son aplicables a los que corresponden a los autores de películas cinematográficas, así como a los de obras originales de que aquéllas fuesen adaptaciones o que de las mismas formasen parte, y teniendo en cuenta la revisión de 28 de junio de 1948 del Convenio de Berna, ratificada por el Jefe del Estado en 29 de marzo de 1951, dispone que son de aplicación a dichos supuestos las Ordenes de 27 de julio de 1896, 6 de enero de 1933, Circular de 25 de mayo de 1936 y demás disposiciones dictadas para proteger, con las medidas gubernativas que establecen y desarrollan, los derechos de autor de las obras teatrales y artísticas.

4. El Decreto número 538/65, de 4 de marzo, aprueba el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Se promulga dicho Reglamento para cumplir lo ordenado en la Ley 110/63, de 20 de julio, sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia.

La Ley tiene su antecedente inmediato en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, y pretende implantar en España un sistema de reciente creación en más de veinte países. Se estima necesario cuando en una nación el régimen económico predominante es el de libre competencia y en ella se alcanza un cierto nivel de desarrollo de la riqueza. Tiene por finalidad que el crecimiento de la actividad económica se realice de modo equilibrado y estable y se funda en el principio de orden público económico.

Los conceptos fundamentales de la Ley son: prácticas prohibidas—las restrictivas, colusorias o abusivas de empresas con dominio

del mercado—, prácticas excluidas—las establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal o practicadas por empresarios agrícolas sin llevar la obligación de aplicar un precio determinado—, prácticas exceptuables—previa autorización del Tribunal de Defensa de la Competencia, a petición de parte interesada—.

La Ley crea los siguientes órganos: Tribunal, Servicio y Consejo de Defensa de la Competencia.

El Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia define la Jurisdicción del mismo, su organización y composición, procedimiento a que ha de ajustarse y recursos procedentes.

El Tribunal ejerce su jurisdicción en todo el territorio español, goza de plena y absoluta independencia en su función y actúa en Pleno y en Secciones.

Corresponde principalmente a éste declarar la existencia de prácticas prohibidas y exceptuables, intimar a los autores de la prácticas prohibidas para que cesen en ellas y a las personas a quien se hubieren concedido autorizaciones para que se atengan estrictamente a las condiciones establecidas, proponer al Gobierno la imposición de de gravámenes complementarios y de sanciones e imponer éstas en los casos en que están facultados para ello. El Tribunal en Pleno funciona como Sala de Justicia y como Sala de Gobierno.

El Presidente del Tribunal será designado por el Jefe del Estado y los Vocales serán nombrados por Decreto entre personas de prestigio nacional, reconocida ponderación e independencia de criterio que pertenezcan a las carreras judicial o fiscal, o cualquier otra del Estado con categoría de Magistrado de Término, Jefe Superior de Administración o equivalente, o hayan ejercido la profesión de Abogado durante quince años, como mínimo, de una manera continuada. Los cargos de Presidente y Vocales son inamovibles.

Contra las resoluciones que las Secciones dicten formulando declaraciones y ordenando intimaciones podrá interponerse recurso de súplica ante el Pleno, pero las resoluciones del Pleno de los dichos recursos quedan excluidas de la vía contencioso-administrativa y no cabe contra ellas recurso alguno.

Contra las demás resoluciones procede el recurso de reposición, previo al contencioso-administrativo.

Las declaraciones del Tribunal tienen importantes efectos civiles:

como consecuencia del principio del orden público económico son nulos de pleno derecho todos los actos contrarios a ellas y, además, facultan para exigir ante la Jurisdicción ordinaria las indemnizaciones de daños y perjuicios que de los mismos se deriven en plazo no superior a un año.

5. El Decreto 173/65, de 8 de febrero, modifica los artículos 5.º y 10.º del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944.

En virtud de la modificación del artículo 5.º, párrafo tercero, y el artículo 10.º, párrafo primero, quedan redactados en la forma siguiente: «La Dirección General podrá acordar que se comprendan en una sola convocatoria las vacantes existentes en dos o más Colegios Notariales. Las oposiciones se celebrarán en la capital del Colegio que designe el Centro directivo, por razones de servicio (art. 5.º, párrafo tercero). «El Tribunal Censor de estas oposiciones se compondrá de un Presidente, que lo será el Director General de los Registros y del Notariado o el Subdirector del mismo Centro, y en su defecto el Decano del Colegio Notarial respectivo, o quien haga sus veces, y de seis Vocales, que lo serán: El Decano del Colegio Notarial (en cuya capital se celebren las oposiciones), o quien haga sus veces; un Registrador de la Propiedad con diez años de servicios efectivos; un Catedrático de Derecho romano, civil, mercantil, procesal o administrativo; un Letrado del Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y dos Notarios que pertenezcan a cualquiera de los Colegios cuyas vacantes han de proveerse (art. 10, párrafo primero).

En la página 99 de los Suplementos se transcriben las disposiciones derogadas y modificadas por la Ley de Reforma Tributaria en la parte referente al *Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes*.

Interesa examinar la causa de estas derogaciones y modificaciones o, lo que es lo mismo, los motivos de los preceptos que han sustituido a dichas disposiciones. La nueva Ley ha alterado ampliamente la ordenación del articulado de la anterior, como consecuencia de haberse encuadrado la tributación en un sistema. Ello impone la modificación de algunos impuestos, la diferenciación de otros y obliga a recurrir a disposiciones comunes de mayor o menor generalidad.

Los límites propios de esta crónica aconsejan atenerse al punto de vista de los referidos cambios en la ordenación, prescindiendo de otros aspectos, más importantes, que una innovación de tal alcance reclama sin disputa.

Comprueba lo expuesto la reseña de todos y cada uno de los artículos derogados o modificados.

Así, el artículo 1.º del texto refundido de 18 de marzo de 1958 resulta recogido en los artículos 120, 121, 141, 143 y 229 de la Reforma, porque el Impuesto General sobre sucesiones grava las adquisiciones patrimoniales y los bienes pertenecientes a las personas jurídicas; el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados recae sobre las transmisiones patrimoniales intervivos, el aumento real del valor de las fincas rústicas y urbanas y los actos jurídicos documentados; y del Régimen especial en Alava y Navarra se ocupa el Título V de la Reforma—Disposiciones Comunes—.

Se abandona la tradicional clasificación de los actos sujetos del artículo 2.º y cobran autonomía la sucinta mención del artículo 122, sobre adquisiciones «mortis causa» y las enumeraciones de los artículos 144 y 145, en cuanto a las transmisiones patrimoniales intervivos, abservándose el ámbito más reducido y la simplificación de la materia en la nueva regulación. Al propio tiempo queda derogada por lo dispuesto en el apartado 8) del artículo 133, y en el 3) del 153, la modificación del número 21 del artículo 2.º, ordenada por el 16 de la Ley de 23 de diciembre de 1961.

También las exenciones y bonificaciones de los artículos 3.º y 4.º se sustituyen por las enunciadas en los artículos 123 y 124, respecto a sucesiones, y 146 y 147 en cuanto a transmisiones intervivos. La ordenación de unas y otras aparece modificada y como es sólito su número acrecido, siendo esto una excepción de la tendencia general de la Ley y que obligará a renovar la clasificación teórica de las enumeraciones. Con los artículos 3.º y 4.º quedan derogados los Decretos de 29 de abril y 9 de julio de 1959, y 19 de mayo de 1960 y las Leyes de 15 de diciembre de 1960, 29 de julio y 23 de diciembre de 1961, 14 de abril y 24 de diciembre de 1962 y 8 de junio de 1963. En cuanto a las exenciones y bonificaciones fiscales concedidas en el «Texto refundido y revisado de viviendas de protección oficial», aprobado por Decreto 2.131/63 de 24 de julio, se ha cumplido lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Reforma, ajustán-

dose a la misma mediante Decreto número 3.964/64 de 3 de diciembre, el cual será directamente aplicable en lo relativo a dichas exenciones y bonificaciones. Como se dijo en la Crónica anterior, en las páginas 86 y 96 de los suplementos, se hace referencia al Decreto últimamente citado.

Las normas sobre exenciones y bonificaciones del artículo 5.º se distribuyen entre los artículos 140, 177 apartado 4) y 184, párrafo segundo de la Reforma, y hay también que recurrir al apartado b) del artículo 10 de la Ley General Tributaria. El artículo 140 figura en las disposiciones comunes del Impuesto General sobre Sucesiones y, en lo que aquí interesa, es mera referencia a las disposiciones del mismo carácter del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El artículo 177, apartado 4), dispone que las exenciones contenidas en la Ley tendrán carácter de permanencia, salvo si se dice expresamente lo contrario, y sólo podrán derogarse o modificarse por precepto legal que así lo declare; el artículo 184, párrafo segundo, dice que quedan sin efecto cuantas exenciones y reducciones no figuren mencionadas en este capítulo, a cuyos preceptos habrá de estarse, exclusivamente, para determinar la extensión de las en ellas recogidas, todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor, entendiéndose por derechos adquiridos tan sólo los que se acredite que efectivamente han comenzado a ejercitarse antes de la entrada en vigor de la Ley sin que la mera expectativa pueda reputarse derecho adquirido; y el apartado b) del artículo 10 de la Ley General Tributaria ordena que se regularán en todo caso por Ley el establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias.

Lo preceptuado en el artículo 6.º sobre condiciones, términos, fideicomisos u otras limitaciones se reproduce literalmente en el apartado 3) del artículo 173 de la Reforma, debiéndose también tener en cuenta la referencia, antes indicada, que figura en el artículo 140.

Lo referente al sujeto pasivo, materia de que se ocupa el artículo 7.º, se regula ahora por los artículos 125 y 126, en las sucesiones, y por los artículos 148 y 149, en las transmisiones *inter vivos*. Se distingue, en ambos casos, entre personas obligadas al pago de los impues-

tos y de las subsidiariamente responsables, reflejándose la simplificación y características ya subrayadas sobre actos sujetos.

El artículo 8.º, por afectar a los dos Impuestos, se desdobra en los artículos 127 y 150 de la Reforma. El primero remite al segundo, en cuanto a las reglas para la estimación de la base liquidable y se limita a determinar esta última según el valor de la participación individual de cada causahabiente, a fijar de oficio el tanto por ciento del caudal relicto que corresponde al ajuar doméstico y a la salvedad de las presunciones.

El artículo 150 enumera, como el de la Ley derogada, las reglas especiales según los bienes o derechos de que se trate.

Las presunciones de que forman parte del caudal relicto ciertos bienes, valores o efectos, que se detallan en los artículos 9.º y 10, se recogen con algunas variantes en el artículo 128, y las presunciones de cotitularidad del artículo 11 en el artículo 129.

Respecto al artículo 13 sobre plazos en que deben presentarse los documentos a la liquidación del Impuesto, nuevamente hay que tener en cuenta la referencia del artículo 140 a las disposiciones comunes, pues entre ellas se encuentran los artículos 178 y 179 sobre esta materia. El artículo 178 remite, en cuanto a los plazos de presentación, a las disposiciones reglamentarias que al efecto se dicten y también dispone que en los actos y contratos sujetos al Impuesto que no se hayan incorporado a un documento, la persona obligada a su pago deberá presentar, dentro de los plazos reglamentarios, una declaración en la que consten todas las circunstancias de aquéllos. El artículo 179 enumera los documentos que no necesitan ser presentados en las oficinas liquidadoras.

El extenso artículo 17, sobre aplazamiento y fraccionamiento del pago del Impuesto en las adquisiciones «mortis causa» es sustituido por lo sucintamente dispuesto en el apartado 16) del artículo 133 de la Reforma, con remisión a las formas, condiciones y garantías que reglamentariamente se determinan, fijando exclusivamente el plazo máximo de un año para el aplazamiento, de cinco para el fraccionamiento y en los casos de nuda propiedad hasta la convalidación del dominio.

Los artículos 23, 24 y 27, relativos a disminución e incrementos sincrónicos de capital resultantes del Registro de Rentas y Patrimonios y altas y bajas simultáneas en el mismo negocio en el Impuesto

Industrial, se regulan en el artículo 154 de la Reforma disponiendo: que se presumirá la existencia de transmisión lucrativa cuando de los Registros Fiscales resultare la disminución del patrimonio de una persona y sincrónicamente o con posterioridad, pero nunca después de dos años, el incremento patrimonial del cónyuge, de los descendientes o de los hijos adoptivos o cónyuge de cualquiera de ellos, cuando fallecida una persona sin dejar cónyuge viudo ni descendiente o hijos adoptivos se acusare en dichos Registros disminución del capital del causante y sincrónica y posteriormente, pero nunca después de tres años correlativos incrementos en el patrimonio de los herederos o legatarios, y cuando de la investigación de altas y bajas del Impuesto industrial resultare alta del descendiente o cónyuge por razón del mismo negocio en que se dio la baja del ascendiente o del otro cónyuge.

Lo dispuesto en los artículos 40 y 42 sobre prohibición de admitir documentos sin nota de la oficina liquidadora y sobre la obligación de poner en conocimiento de la Abogacía del Estado los actos o contratos sujetos al Impuesto que no lo hubieran satisfecho, se regula en el artículo 176 de la Reforma, al que se incorporan preceptos reglamentarios propios de la Ley en el que se tienen en cuenta todos los supuestos esenciales sobre ambos extremos. Otra vez completa al precepto la referencia del artículo 140.

Los artículos 62 y 68 es obvio que quedan derogados en virtud de lo dispuesto en el artículo 134 de la Reforma.

El artículo 69, relativo al anterior Impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas, queda derogado por el artículo 135 de la Reforma y por el número 9.º de la Tarifa.

Los artículos 70 y 71 sobre exenciones, por el artículo 136. La enumeración de aquéllas queda disminuida en la nueva redacción mediante la referencia al número 1 del artículo 146 y al vigente Concordato, y por ello el artículo 71 resulta innecesario.

El artículo 72 resulta automáticamente superfluo al perder su autonomía el Impuesto y constituir actualmente la Sección 3.ª del Impuesto General sobre Sucesiones. La derogación de las disposiciones transitorias está implícita en la Ley; se reduce el número en las Tarifas y también modifica su estructura; y el artículo 183 deroga el recargo del 15 por 100 sobre las cuotas liquidadoras establecido en la Ley de 22 de diciembre de 1949.

: Como observación de carácter general puede afirmarse que se ha procurado diferenciar el ámbito de la Ley formal de las materias propias de un Reglamento de ejecución, y a este criterio se ha ajustado tanto el texto de los preceptos que sustituyen a los derogados o modificados, como la elección de los artículos de la Ley anterior que quedan vigentes, y la incorporación a la Reforma de disposiciones que antes tenían rango reglamentario.

7. En la página 99 de los suplementos se menciona la Orden de 4 de febrero de 1965, la cual ordena la revisión de las riquezas imponibles por Contribución Territorial, Rústica y Pecuaria de las fincas con líquido imponible superior a 170.000 pesetas correspondientes al ejercicio de 1964.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 1.º ATRIBUCIÓN EN PROINDIVISO DE PARTICIPANTES SOCIALES. LA EFECTUADA EN MILÉSIMAS 666/1.000 Y 333/1.000, RESPECTIVAMENTE, NO IMPLICA QUE HAYA HABIDO DIVISIÓN MATERIAL DE AQUÉLLA, AUNQUE SÍ RESULTE UN RESIDUO DE 1/1.000 QUE DEJA INCOMPLETA LA ADJUDICACIÓN. 2.º LA COMPARENCIA DE TODOS LOS SOCIOS DE LA COMPAÑÍA ES SUFICIENTE PARA EL ACUERDO DE CESIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DE UNO DE ELLOS A LOS RESTANTES, APARTE DE NO SER NECESARIO CUMPLIR CON LAS LIMITACIONES DE LA BASE SEXTA DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN, PREVISTA PARA TRANSMISIONES A PERSONAS EXTRAÑAS A LA SOCIEDAD. 3.º ES PERMISIBLE LA DESIGNACIÓN DE UN SOCIO, QUE ES PERSONA JURÍDICA, PARA QUE EJERCITE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PARTICIPACIÓN.

Resolución de 17 de febrero de 1965 («B. O.» de 3 de marzo de igual año).

La «Compañía Asturiana de Manufacturas, S. L.», constituida en escritura de 16 de junio de 1962 y dedicada a la fabricación y venta de elementos de engrase, encomendó «la gestión... y el uso de la firma social» a los socios... y don O. A. S., quienes «juntos o separadamente podrán» concertar «los contratos que exija el giro de la misma», facultándose al señor A., por otra escritura de 2 de abril de 1963, para comprar «valores industriales». El 25 de enero de 1963 se constituyó, en escritura pública otorgada en Gijón, la Sociedad «Española de Engrase, S. L.», con un capital de 120.000 pesetas, representado

por 120 participaciones de 1.000 pesetas cada una, distribuidas entre don J. M. M. F., que compareció representado por don J. M. A.-Ll. (57 participaciones), «Asturiana de Manufacturas, S. L.», representada por don O. A. S. (51 participaciones) y don F. C. F. (12 participaciones); que en la base o apartado sexto de los Estatutos de la citada Sociedad se establece que «la cesión *inter vivos* de las participaciones sociales se acomodará a lo normado en el artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1953, pero será condición ineludible para la validez y eficacia de la transmisión que el socio cedente transfiera, simultáneamente, al tercero adquirente, junto con las participaciones, la industria o instalaciones fabriles o comerciales de fabricación y venta de engrasadores o que, en otro caso, obtengan la previa conformidad de la Junta General, con acuerdo favorable a la misma. Serán nulas las transmisiones a persona extraña a la Sociedad que no se ajusten a lo establecido en la presente base». En la escritura de cesión de participaciones de 17 de marzo de 1964, ante el Notario recurrente, comparecieron don J. M. G. R., en representación de don F. C. F.; don J. M. A.-Ll., en representación de don J. M. M. F. y de «Española de Engrase, S. L.», y don O. A. S., en representación también de la citada Sociedad y de «Asturiana de Manufacturas, S. L.», y pactaron las siguientes cláusulas: «Primera: Don J. M. G. R. cede las 12 participaciones sociales de «Española de Engrase, S. L.», de que es dueño su poderdante don F. C., a don J. M. M. F. y «Asturiana de Manufacturas, S. L.», únicos socios con el señor C. de «Españolas de Engrase, S. L.», que por medio de sus representantes comparecientes las compran en la proporción: seis participaciones y 333 milésimas de otra don J. M. M. F. y cinco participaciones y las 666 milésimas restantes de la otra participación a «Asturiana de Manufacturas, Sociedad Limitada», por el precio total de 12.000 pesetas, o sea 1.000 pesetas cada participación, que el señor C. F. recibió ya de los cesionarios compradores en la misma proporción en que compran. Quedan de propiedad irrevocable del cedente los beneficios sociales correspondientes a las participaciones cedidas que hubiese percibido; las que se acuerden repartir en lo sucesivo serán íntegras de los cesionarios. Segunda: En este acto los cesionarios comunican a los representantes comparecientes de «Española de Engrase, S. L.», su adquisición de las participaciones del señor C. F. Tercera: Don J. M. M. F. y «Asturiana de Manufacturas, S. L.», designan para ejercitar sus dere-

chos en la participación social indivisa a «Asturiana de Manufacturas, S. L.». En la citada escritura se testimonian parcialmente el poder otorgado por don F. C. F. a favor de don J. M. G. R. de 11 de marzo de 1964, en que le faculta «para vender las participaciones sociales propiedad del poderdante en la «Sociedad Española de Engrase, S. L.», con libertad de pactos, condiciones y precio..., la escritura de constitución de la citada Sociedad, con inclusión de sus Estatutos, y el poder otorgado el 24 de enero de 1963 por don J. M. M. F. y su esposa, doña J. A.-Ll., en favor de su hijo don J. M. A.-Ll., para que «aunque haya autocontrato pueda... Octavo: comprar, vender, ceder, traspasar, permutar, retraer y retrocomprar incluso inmuebles..., pactar precio, valor, condiciones... y suscribir documentos de todas clases».

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fué calificado con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción de la precedente escritura por contener los siguientes defectos, que juzgo subsanables: 1.º Entiendo que las participaciones sociales son indivisibles, en la escritura se ceden participaciones y milésimas de otra, y además la participación dividida no completa la participación. 2.º No se cumple lo pactado en el apartado sexto de la escritura de constitución de la Sociedad, ya que impone como condición ineludible para la validez y eficacia de la transmisión al socio que ha de transferir la industria e instalaciones fabriles o comerciales de fabricación y venta de engrase. 3.º Porque en la cláusula «tercera» de la escritura, una persona jurídica—«Asturiana de Manufacturas, S. L.»—se designa a sí misma para ejercitar derechos de representación y a más de existir autocontratación no es permisible la delegación. 4.º Por no acompañarse los poderes a favor de los otorgantes, ni ser testimoniados literalmente. Sin que se tome anotación por no haber sido solicitada».

Interpuesto recurso por don José Román Penzol, Notario autorizante de la escritura de cesión de participaciones sociales, pero sólo en cuanto a los tres primeros defectos de la nota de calificación, la Dirección revoca ésta, excepto la última parte del primero (o sea, el no quedar completa la participación en la atribución proindiviso practicada), en méritos de la doctrina siguiente:

Que al no interponer el Notario autorizante recurso contra el defecto número 4 de la nota—fundamental para la inscripción de la escritura—y quedar, por tanto, descartado, las cuestiones que plantea este expediente son: 1.º Si la expresión en milésimas de las participaciones sociales supone vulneración del artículo 1.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que exige que sean iguales e indivisibles. 2.º Si la cesión de participaciones realizada por un socio a los otros dos—únicos que forman parte de la Sociedad—debe ajustarse a los términos del artículo 20 de la Ley y de la base sexta de la escritura de constitución. 3.º Si puede una persona jurídica ejercitar los derechos nacidos de una copropiedad de participaciones sociales.

Que reconocido por el Notario y Registrador la indivisibilidad de las participaciones sociales conforme al artículo 1.º de la Ley, lo que no impide que pueda pertenecer en proindiviso a dos o más personas, según establece el artículo 23 de la misma disposición legal y declaró ya la Resolución de 16 de noviembre de 1961, la discrepancia surge de aparecer hecha la atribución en la escritura en milésimas—666/1.000 y 333/1.000—, respectivamente, lo cual motiva que en la nota de calificación se estime que ha habido división material de la participación social, más fácilmente se advierte que no ha habido tal operación, y que tal número quebrado existe en las fracciones $\frac{2}{3}$ y $\frac{1}{3}$ —fórmula señalada por el funcionario calificador—como en 666/1.000 y 333/1.000, pues en uno y otro caso el cociente es el mismo, y bastaría realizar una sencilla operación de reducción para demostrar matemáticamente el aserto, sin más desprecio que $\frac{1}{1.000}$, por tratarse de una fracción periódica pura, residuo que no existe en la división por terceras partes, y que, en efecto, por ello resulta siempre más exacta.

En cuanto al segundo defecto, que al haber comparecido en la escritura de transmisión de participaciones sociales los tres únicos socios de la Compañía, y teniendo en cuenta además, y en último término, que el artículo 14 de la Ley permite que los acuerdos puedan adoptarse por cualquier medio que garantice la autenticidad de la voluntad declarada, y es indudable que ésta aparece suficientemente demostrada bajo la fe notarial, al querer realizar la cesión uno de los socios a los otros dos, por lo cual—aparte de que no es necesario cumplir con las limitaciones establecidas en la base sexta de la escri-

tura de constitución, prevista para transmisiones a personas extrañas a la Sociedad, lo que aquí no tiene lugar—la comparecencia de todos los socios disipa toda posible duda, puesto que ellos pueden, de mutuo acuerdo, modificar los términos del contrato que pactaron para este caso concreto.

En cuanto al tercero de los defectos, que el artículo 23 de la Ley señala que siempre que una participación social pertenezca proindiviso a dos o más personas, éstas habrán de designar a una de ellas para que ejercite los derechos inherentes a la participación, prescripción que ha sido cumplida en este caso por los copropietarios, designando a uno de los condóminos—la persona jurídica «Asturiana de Manufacturas, S. L.»—, y sin que tal designación vulnere el contenido del artículo 16 de la Ley, que se refiere a la representación «del socio» por medio de otra persona, y prohíbe confiarla a una jurídica, pero no al supuesto de que el mismo condueño comparezca en la Junta en su nombre y en el de los demás, pues de interpretarlo en la forma pretendida en la nota ninguna persona jurídica podrá asistir a las deliberaciones de las Juntas para defender sus propios intereses.

CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DE PASO: NO COINCIDIENDO LA DESCRIPCIÓN DEL PREDIO SIRVIENTE RESEÑADA EN EL TÍTULO CON LAS ACTUALES DE LOS ASIENTOS VIGENTES, DADO QUE LA SITUACIÓN DE DICHO PREDIO HA SUFRIDO MODIFICACIONES EN SUS CIRCUNSTANCIAS FÍSICAS POR DIVERSAS SEGREGACIONES, ES OBVIO QUE MIENTRAS ESTA DISCORDANCIA NO SE RECTIFIQUE, EXISTE UN OBSTÁCULO DERIVADO DE LOS PROPIOS LIBROS REGISTRALES QUE IMPIDE EL ACCESO A LOS MISMOS DEL DERECHO EN CUESTIÓN.

AUN CON EL CRITERIO DE TOLERANCIA QUE EN LA DESCRIPCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES SE PROCLAMÓ EN LA RESOLUCIÓN DE 9 DE OCTUBRE DE 1928, PARA SU INSCRIPCIÓN HABRÁN DE HACERSE CONSTAR AQUELLAS CIRCUNSTANCIAS QUE CON ARREGLO AL ARTÍCULO 9.º DE LA LEY HIPOTECARIA SEAN NECESARIAS PARA SU DETERMINACIÓN E IDENTIFICACIÓN, PUES ALGUNOS DATOS, COMO LA ANCHURA DEL PASO, NO APARECEN DETERMINADOS CON LA CLARIDAD Y FIJACIÓN QUE TODA SERVIDUMBRE EXIGE.

Resolución de 15 de febrero de 1965 («B. O.» de 25 de febrero de igual año).

Por escritura otorgada en Badalona, el 29 de diciembre de 1946, ante el Notario don Ramón Torrá Clapés, los señores don R., don C. y don E. V. G. y doña C. C. G., vendieron a don M. C. R. una finca que se había formado por segregación de otra denominada «Casa Rovira», constituida a su vez por otras tres fincas registrales distintas. La finca vendida al señor C. se describía así: «Una extensión de terreno situada en Alella, partida «Manso Monnar y Cabrús de Boix», que consta de 16 áreas de terreno cultivo con naranjos y 19 áreas 300 centiáreas de yermo, o sea, un total de 35 áreas 300 centiáreas, lindante al Sur con A. F., antes J. C., y por las restantes lindes con los señores vendedores. Esta finca gozará de una pluma diaria de agua, sacada la primera de la que fluye de la mina «Mulasi de Abaix», cuya agua también venden a don M. C.»; en la escritura de venta se hacía constar lo siguiente: «Es pacto que los vendedores se obligan a dar paso a la finca vendida por el torrente que partiendo de la carretera general, en dirección NE., y que separa la heredad R. y la finca de don R. C., entronca, formando ángulo en dirección SE., con el camino que conduce a las viñas propiedad de la heredad R., por el cual tendrá derecho de paso a pie y con toda clase de vehículos, así como los suministros de gas, electricidad, etc., que precise el terreno vendido». Por otra escritura complementaria, otorgada por los mismos contratantes el 3 de diciembre de 1953, ante el Notario de Barcelona don Francisco Virgili Sorribes, se señaló en un plano levantado por tres Peritos, que se unió al final de la escritura «como formando parte integrante de la misma», el trazado, anchura y demás características del camino a construir, especificándose que su uso comprende «el paso a pie y de toda clase de vehículos de tracción mecánica o animal que permitan la anchura y condiciones del mismo, y el derecho y acondicionamiento de paso de instalaciones de gas, electricidad, teléfono y de todos aquellos servicios análogos que en lo sucesivo puedan precisarse por el usuario»; y se convino que la construcción del camino sería a cargo de don M. C. R., y la conservación, por cuenta de los dueños de los terrenos, señores V., añadiéndose que «dicho camino será destinado a exclusivo uso de las fincas de actual propiedad de los señores V. y del señor C.

Presentados en el Registro los anteriores documentos, se inscribió la compraventa, y en cuanto a la servidumbre, se puso la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la servidumbre a que se refiere el precedente documento, porque ni en éste ni en el de su referencia se describen la finca predio sirviente en forma reglamentaria, ni la servidumbre de que se trata de un modo directo y específico»; y solicitada anotación preventiva, fué también denegada con nota del tenor literal siguiente: «Solicitada por el presentante anotación preventiva de la suspensión a que se refiere la nota anterior, no puede practicarse aquélla porque a la vista de este documento y del otro que se acompaña, autorizado por el Notario que fué de Badalona, don Ramón Torrá Clapés, a 10 de agosto de 1963 (debe ser la escritura de 29 de diciembre de 1946, de la cual se expidió una segunda copia en la fecha indicada), no llega a conocerse cuál es la finca predio sirviente en que deberá extenderse la anotación».

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, mediante la correcta doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este recurso consiste en dilucidar si puede tomarse anotación preventiva de suspensión de una inscripción de servidumbre voluntaria sobre el predio sirviente, dada la forma en que aparece descrito en la primera escritura de compraventa de 29 de diciembre de 1946, aclarada la constitución de servidumbre por otra posterior de 3 de diciembre de 1953, y si además podrá inscribirse en base a los términos en que aparece fijada la propia servidumbre.

Que si tenemos en cuenta que en el momento de extenderse la nota de calificación en las escrituras presentadas en el Registro—de fechas muy anteriores a la del asiento de presentación—la situación del predio sirviente ha sufrido modificaciones en sus circunstancias físicas por diversas segregaciones realizadas—como pone de manifiesto la certificación aportada—, por lo que no coincide la descripción reseñada en el título con las actuales de los asientos vigentes, es obvio que mientras esta discordancia no se rectifique, existe un obstáculo derivado de los propios libros registrales que impide el asiento pretendido.

Que en la inscripción de toda servidumbre predial habrán de ha-

cerse constar todas las circunstancias que con arreglo al artículo 9.º de la Ley sean necesarias para su determinación e identificación, por tratarse de un gravamen que se impone sobre un predio y que ha de afectar a su titular y a los posibles adquirentes del inmueble, y aun con el criterio de tolerancia que en esta materia debe imperar y que ya proclamó la Resolución de este Centro de 9 de octubre de 1928, es lo cierto que en la escritura de aclaración la servidumbre constituida no reúne todos los elementos necesarios para ello, pese a la prolija redacción de la minuta que la sirve de base, y aun sin entrar a determinar el valor que haya de reconocerse a los documentos protocolizados, algunos datos, como la anchura del paso, no aparecen determinados con la claridad y fijación que toda servidumbre exige.

* * *

Una vez más, si bien sólo por el segundo de los Notarios autorizantes de las escrituras calificadas, en el informe que para mejor proveer se le pidió por la Dirección, se trata de desvirtuar la verdadera finalidad del artículo 50 del Reglamento Hipotecario, referente a la descripción de *Restos* de fincas que quedasen con motivo de segregaciones.

Esto, o sea, el cumplimiento literal del precepto citado, está contemplando el momento actual de efectuarse las segregaciones, por lo que habla de que al menos se exprese «las modificaciones en la extensión y los linderos por donde se haya efectuado la segregación»; pero en modo alguno puede interpretarse cuando ya el *Resto*, o sea la finca que ha sido modificada en su estructura, vaya a ser objeto de transmisiones, imposición sobre ella de gravámenes, etc.

Bien patente está al respecto la ortodoxa Resolución de 14 de junio de 1963. Y como sería ocioso repetirnos a la misma y a las consideraciones que nos mereció, remitimos al que nos siguiere, páginas 657 a 661 de dicho año de esta Revista.

Y otro punto en el que queremos incidir, al que no hace sino aludir como de pasada nuestro respetado Centro Rector, cuando dice en el último Considerando: «Y aun sin entrar a determinar el valor que haya de reconocerse a los documentos protocolizados», es al empleado en la escritura complementaria uniéndolo a su final un plano levantado por Peritos, «como formando parte integrante de la mis-

ma», en el que consta el trazado, anchura (*¿pero no dice el último Considerando que ésta no aparece?*) y demás características del camino a construir, es decir, en suma la constitución de la servidumbre.

Con razón replicó a esto el Registrador que no podía tomar datos de otros documentos que no fueran las propias escrituras, «por lo que no sirven los planos acompañados a las mismas si en aquéllas no se recogen fielmente las particularidades oportunas».

Y es que, como ya expresó el Centro Director en 31 de diciembre de 1924, «las declaraciones de las partes que engendran directamente relaciones jurídicas han de figurar en el lugar adecuado dentro de la estructura tradicional del instrumento, de suerte que la materia sobre la que ha de recaer el consentimiento no pueda sustraerse al conocimiento de los contratantes..., etc.

(Nos remitimos a nuestra nota a la Resolución de 1 de noviembre de 1951, págs. 142 y sigs., año 1952 de esta Revista.)

Por lo demás, la doctrina sentada por la Dirección en esta Resolución es evidente y clara. Su lectura excusa toda consideración en su turno.

INSCRITO UN INMUEBLE PROINDIVISAMENTE EN UNA QUINCEAVA PARTE EN PLENO DOMINIO A FAVOR DE DETERMINADA PERSONA Y EN SUS OTRAS CATORCE QUINCEAVAS PARTES A NOMBRE DE LA MISMA PERSONA EN USUFRUCTO Y DE SUS DOS HIJOS MENORES COMO NUDOS PROPIETARIOS, «QUIENES DEBERÁN COMPARTIRLAS, EN SU CASO, CON LOS HIJOS O DESCENDIENTES QUE PUEDAN NACER DE AQUÉLLA», HASTA TANTO NO SE CUMPLA EL EVENTO NO QEDARÁN DEFINITIVAMENTE DETERMINADOS LOS TITULARES DEL INMUEBLE, POR LO QUE LA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN Y VENTA DE PARTE DE LA FINCA OTORGADA POR LOS TITULARES ACTUALES EN BASE DE DOS RESOLUCIONES JUDICIALES OBTENIDAS CON ARREGLO AL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE AUTORIZÓ LA ENAJENACIÓN UNA VEZ SALVAGUARDADOS LOS DERECHOS DE LOS HIJOS ACTUALES Y FUTUROS, NO ES INSCRIBIBLE A FAVOR DEL COMPRADOR, «LIBRE DE TODA TRABA O AFECTACIÓN», ES DECIR, SIN DEJAR CONSTANCIA EN EL ASIENTO QUE LA INSCRIPCIÓN SE REALIZA SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS QUE CORRESPONDAN A LOS HIJOS QUE PUEDAN NACER DE LA USUFRUCTUARIA DE LAS CATORCE QUINCEAVAS PARTES DEL INMUEBLE.

EL DOCUMENTO CALIFICADO, AUNQUE TENGA COMO ANTECEDENTE UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL RECAÍDA EN ACTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, QUE SIRVE DE BASE PARA SU OTORGAMIENTO, NO POR ELLO DEJA DE SER UNA ESCRITURA NOTARIAL SUJETA A CALIFICACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 13 de enero de 1965 («B. O.» de 1 de febrero de dicho año).

En escritura de partición de herencia autorizada por el Notario que fué de Málaga don Miguel Mestanza Soriano, en 22 de julio de 1957, se adjudicó a doña C. C. G., casada con don F. R. C., una quinceava parte de una parcela de terreno o solar, procedente de la llamada Huerta Victoria, sito en la barriada de El Palo, de 1.348 metros cuadrados, según la escritura, de los cuales se inscribieron en el Registro 1.298, denegándose el resto; las otras catorce quinceavas partes se adjudicaron en usufructo a la misma doña C., y en nuda propiedad, por partes iguales, a sus hijos don J. M. y doña M. del C. R. C., «que deberán compartir con los hijos o descendientes que puedan nacer de doña C. C. G.»; esta última, alegando ser improductivo el solar y su falta de medios económicos para atender a la manutención y educación de sus hijos, solicitó del Juzgado correspondiente autorización para vender parte de dicho solar, con lo que podría, acogiéndose a los beneficios de la legislación especial, edificar en el resto, con lo que conseguiría una fuente de ingresos, ofreciendo al mismo tiempo poner la nueva finca a nombre de los titulares de la anterior, con lo cual no sólo no se mermaban sus derechos, sino que se favorecían y mejoraban. El Juzgado, con informe favorable del Ministerio Fiscal, en auto de 11 de febrero de 1959, concedió la autorización solicitada, con la expresa condición de que el Juzgado controlase la inversión del precio, para que la mejora proyectada sustituya realmente a la parte que se vende, «con lo que queda salvaguardado el interés de los por nacer». En consecuencia, mediante escritura autorizada por el Notario de Málaga don José Palacios Ruiz de Almodóvar el 21 de febrero de 1959, doña C. C. G., asistida de su esposo, vendió a don F. M. F., casado con doña F. B. G., una porción segregada de la finca referida, de forma trapezoidal, de unos sete-

cientos quince metros cuadrados de superficie, lindante a la actual calle de Miguel Moya; y acogiéndose a los beneficios de la Ley de Viviendas Subvencionadas de Renta Limitada, sobre el resto del solar no vendido se construyó un edificio compuesto de dos plantas con una vivienda en cada una, que mediante escritura de declaración de obra nueva, autorizada en 18 de enero de 1960 por el mismo Notario señor Palacios, fué inscrito en el Registro en la misma forma y proporción en que estaba la finca matriz de que su solar procedía, consignándose en el asiento el posible derecho de los hijos nacederos».

Presentada en el Registro la escritura de venta otorgada el 21 de febrero de 1959, fué calificada con la siguiente nota: «Inscrito en el precedente documento sin perjuicio de los derechos que correspondan a los hijos que puedan nacer de doña C. C. G., en el tomo 577, folio 173, finca número 7.290, inscripción 1.ª, quedando afecta la finca al pago del arbitrio municipal de plusvalía, según Nota al margen de dicha inscripción». Los cónyuges don F. G. F. y doña C. C. G. solicitaron del Juzgado declarase habían cumplido todas las obligaciones y requisitos establecidos en la autorización contenida en el auto de 11 de febrero de 1959, por lo cual la inscripción debía practicarse sin ninguna limitación; el Juzgado así lo hizo, por otro auto de 3 de abril de 1962, en que se decía: «Pudiendo en su consecuencia inscribirse en el Registro de la Propiedad la venta otorgada a favor de don F. M. F., mediante escritura celebrada en 21 de dicho mes y año ante el Notario de esta capital don José Palacios Ruiz de Almodóvar, sin traba, afección, ni reserva de derechos, a favor de los hijos actuales o futuros de los expresados cónyuges, en razón a que los correspondientes a ellos se encuentran salvaguardados en la inversión realizada de la obra nueva de que también se ha hecho mérito». Presentada nuevamente en el Registro la mencionada escritura de venta junto con el auto últimamente citado, fué extendida en la misma la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, a las doce horas y cuarenta y cinco minutos del día 6 de octubre del corriente año 1962, en unión del testimonio del auto dictado el 3 de abril del año actual por don Luis Valles Fernández, Magistrado-Juez de Primera Instancia del distrito número 3 de esta capital, por ante el Secretario don Miguel Orellana, en el expediente sobre autorización judicial para enajenar bienes de menores, promovido por los cónyuges don F. R. C. y doña C. C. G., en el que se declara poderse inscri-

bir en el Registro de la Propiedad la venta que en esta escritura se contiene, sin traba, afección ni reserva de derechos a favor de los hijos futuros de doña C. C. G.; no se admite la inscripción de tal declaración porque, según doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los padres no están autorizados para enajenar bienes a que aparecen llamados los hijos nacederos, por los trámites del artículo 164 del Código civil. Sin que por otra parte el procedimiento técnico de la subrogación real tenga virtualidad suficiente para crear un poder de disposición. No pudiéndose dar a dicha declaración otro alcance que el reconocimiento por el Juzgado de que los cónyuges doña C. C. G. y don F. R. C. han prestado riguroso cumplimiento a lo mandado en el auto de 11 de febrero de 1959, extremo que no es de la incumbencia del Registrador. Defecto insubsanable. No procede anotación preventiva»; y en el testimonio del auto se consignó: «El precedente mandamiento ha sido tenido en cuenta para extender la nota calificadora de esta misma fecha al pie de la escritura que en el mismo se relaciona otorgada en esta ciudad el 21 de febrero de 1959 ante el Notario don José Palacios Ruiz de Almodóvar».

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, confirma la nota del Registrador, en méritos de su inflexible y tradicional postura siguiente:

Que la titularidad de un inmueble aparece inscrita en el Registro de la Propiedad en proindiviso en una quinceava parte en pleno dominio a favor de doña C. C. G. y en sus otras catorce quinceavas partes a nombre de la misma persona como usufructuaria y de sus dos hijos menores como nudopropietarios, quienes deberán compartirlas, en su caso, con los nuevos hijos que doña C. pudiera tener en lo sucesivo, por lo que otorgada una escritura de segregación y venta de parte de la finca por los titulares actuales a don F. M. F., la cuestión que plantea este recurso consiste en dilucidar si podrá inscribirse la adquisición sin traba o afección alguna a favor del comprador en base a las dos Resoluciones judiciales obtenidas con arreglo al artículo 164 del Código civil, que autorizó la enajenación del inmueble una vez salvaguardados los derechos de los hijos actuales y futuros».

Que la voluntad del causante, manifestada en el testamento constituye la Ley de la sucesión al regular dentro de las normas legales el destino y la titularidad de los bienes de la herencia, lo que origina en supuestos en los que disocia el usufructo y la nuda propiedad y atribuye esta última no sólo a personas ya nacidas, sino a *nondum concepti*, una indeterminación a veces simplemente cuantitativa en la titularidad hasta tanto llegue la fecha de la exacta determinación de todos los derechos, y todo ello puede traducirse mientras tanto en situaciones en las que se pone de manifiesto la contraposición de intereses entre lo ordenado por el testador y la realidad actual que exigiría incluso para la conservación del Patrimonio en favor de esos titulares futuros y cumplir así la voluntad del de *cujus*, la enajenación de todo o parte de los bienes, circunstancias que se agudizan cuando se trata de una expropiación forzosa por causa de utilidad pública, realización de la concentración parcelaria en la zona o imposición por la Administración de la obligación de construir en un solar.

Que en el presente caso todas las dificultades tienen su origen en la procedencia o no del acto dispositivo realizado en nombre de los hijos nacederos, según el procedimiento judicial seguido que autoriza la venta, habida cuenta de que por la subrogación realizada estarían salvaguardados sus derechos, pero el respeto a la situación jurídica creada obliga a examinar cuidadosamente los casos en que tal subrogación puede tener lugar para no ampliarla a supuestos no comprendidos en las disposiciones legales, y por ello la Resolución de 2 de marzo de 1956 declaró que no puede fundarse la enajenación de bienes en estas circunstancias en la posibilidad de una subrogación, porque ésta, más que premisa que sirve para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operada.

Además que hasta tanto no se cumpla el evento señalado en el testamento no quedarán definitivamente determinados los titulares del inmueble, por lo que la presencia de la madre y sus hijos actuales menores de edad, debidamente representados en el otorgamiento del acto dispositivo, no es suficiente para que la transmisión pueda ser inscrita en el Registro como libre a nombre del comprador, con olvido de los eventuales derechos que pudieran tener efectividad en fecha posterior a favor de otras personas, y todo ello aun sin apreciar el defecto señalado en la nota de que los padres no están auto-

rizados a enajenar bienes a que aparecen llamados los hijos naceroderos, por los trámites del artículo 164 del Código civil, pues la lectura del auto judicial pone de relieve que la autorización se solicitó y se concedió únicamente para la venta de las participaciones correspondientes a los hijos menores actuales.

Que el documento calificado, aunque tenga como antecedente una autorización judicial recaída en acto de jurisdicción voluntaria, que sirve de base para su otorgamiento, no por ello deja de ser una escritura notarial sujeta a la calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria para su ingreso en los libros registrales, previo examen por parte del Registrador, a quien exclusivamente corresponde decidir si el documento es o no inscribible, siempre que ejerza su función con la extensión y límites que señalan las disposiciones legales.

* * *

Acaso cuanto pudiéramos decir sobre la presente decisión de nuestro Centro lo tengamos expuesto en las glosas a las Resoluciones de 2 de marzo de 1956—páginas 846 a 849 de igual año esta Revista—y 7 de mayo de 1960—páginas 550 y 551 del mismo 1960, esta Revista—; Resoluciones ambas citadas en «Vistos» de la que antecede, por lo que a las mismas nos remitimos, subrayando que nuestro punto de vista estampado en la nota 2 de la de 1956, sobre que los procedimientos del artículo 82 de la Ley del Suelo, al igual que la de Expropiación Forzosa, se inspiran en el interés público y no es fácil aplicar iguales reglas en los casos de interés privado, como—con loable esfuerzo—quiere sostener en su informe el Notario autorizante de la escritura calificada, se halla ratificado por la actual Resolución.

Por lo demás, tanto dicho informe como el documentado del Registrador, son merecedores de atenta lectura. Con ello, según adelantamos, debiéramos dejar concluida la presente glosa. Pero pecaríamos de insinceros, traicionando nuestro propio sentir, si una vez más—por expresarlo de la manera más humilde—no mostrásemos nuestro *desfallecimiento* ante esta constante jurisprudencial de nuestro respetado Centro. Ya lo dijimos en la nota primera de la Resolución de 7 de mayo de 1960.

Es difícil, casi imposible, romper ese círculo cerrado, mero juego de palabras diríamos, fruto del ingenio de González Palomino, según expusimos al comienzo de nuestras observaciones a la tan citada Resolución de 1956, de que «la subrogación no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición».

Pero entonces, ¿cómo justificar ese progresivo, admirable precepto—art. 189—de la Compilación civil catalana, que dice así: «El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso de sustitución *para reemplazarlos por otros*, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez competente»?

Si esto no bastara, ¿no tenemos el precedente del artículo 694 del Código italiano de 1942 y la magnífica directriz de los civilistas que más especialmente se han ocupado de la materia, como Roca Sastre, González Palomino, De la Cámara Alvarez, etc.? Y hasta el propio Centro directivo, *en un caso tan similar al actual: «bienes de menores existentes y por nacer»*, ¿no estuvo de acuerdo con esta moderna doctrina en 29 de diciembre de 1906, o sea, precediéndola?

Podría argüírsenos, y por ello hemos traído a colación esta Resolución de 1906, que no estamos a presencia de bienes sujetos a fideicomiso, sino—como pone de relieve el segundo Considerando de la presente—de «supuesto en que se disocia el usufructo y la nuda propiedad». Pero sobre—insistimos—de hallarnos frente a un caso en todo semejante al resuelto en 29 de diciembre de 1906, ¿son tan parejas la base o premisa y sus consecuencias!

Por otra parte, preguntamos, ¿cómo el Registrador, tan respetuoso con aquellas «consecuencias», vulneró el *salva rerum substantia*—art. 467 del Código civil—, inscribiendo la declaración de obra nueva sobre el resto de finca no vendida? Se dirá que tenía su justificación en el auto del Juzgado..., que, sin embargo, nada diría, como es lógico, respecto a la usufructuaria, que no es quien para alterar la forma o sustancia de su derecho. Y si esto, en estricto derecho es así, ¿es que es de equidad, a más, que tanto a los hijos actuales de aquella como a los que pueda haber, se les garantice sus derechos en perjuicio de un tercero de buena fe—el comprador—no ya con el resto sin vender edificado con el precio de compra que éste satisfizo, si que también por lo que el mismo adquirió? Cuestión puramente civil ésta, podrá decirsenos, pero que nosotros, con cuan-

to va expuesto, entendemos se conecta clara, directamente, a la hipotecaria por el principio de la buena fe.

Para terminar, y como deseamos ser siempre netamente objetivos, si como se afirma en el final del penúltimo Considerando, «la lectura del auto judicial pone de relieve que la autorización se solicitó y se concedió únicamente para la venta de las participaciones correspondientes a los hijos menores actuales», tenemos que confesar que aquí sí que hay un vacío que parece difícil salvar. Lo puso de relieve el Registrador y el Notario le dió la réplica con consideraciones que juegan para situaciones de interés público, pero de difícil adaptación para los casos de interés privado, como al principio expresábamos y que con su silencio al respecto, si bien las alude, parece ratificar nuestro Ilustrado Centro Rector (cfr. segundo Considerando).

¿Mas no es una interpretación extraordinariamente rigorista y literal la que se hace del auto judicial? ¿Y *quid* entonces de lo expresado por la Resolución de 29 de diciembre de 1906 y de las modernas tendencias doctrinales tan acordes con ésta?

Sobre que con un criterio más generoso y abierto a las exigencias actuales podría considerarse superado con la declaración del segundo auto del Juzgado, no muy técnico ciertamente, pero más vívido y pragmático.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1964.—*Valor de las certificaciones en relación del Registro de la Propiedad. Principio de legitimación registral; alcanza a todos los supuestos hipotecarios.*

Se litigaba una acción negatoria de servidumbre. Se probó el dominio de las fincas y su libertad de cargas con certificaciones en relación del Registrador de la Propiedad. Triunfó en la Audiencia Territorial la acción negatoria. Se instó Recurso de Casación alegando, entre otros, como motivo, la infracción de los artículos 38 y 97 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 1.º, 41, y 232 de la misma, y del artículo 137 del Reglamento, por interpretación errónea, así como de la doctrina legal que acerca del valor probatorio de las inscripciones en el Registro se contiene en las sentencias que los recurrentes citaban. Sostenían, a tal efecto, que la certificación registral presentada con la demanda, por ser además en relación, no acreditaba el derecho de dominio sobre las fincas litigiosas, y debiera ser complementada con los títulos que habían servido de base a las respectivas inscripciones, o sea con la escritura de compraventa del monte y con la sentencia que decretó la división del mismo entre los diversos partícipes, documentos complementarios que por no haber sido acompañados con la demanda ya no podían surtir efecto aunque se admitiesen, y que, por tanto, dejaban improbadamente la acción de los demandantes.

El Tribunal Supremo razona que la Sala sentenciadora, al estimar probado el derecho de dominio de los demandantes sobre las fincas descritas en la demanda y entender que aquéllas no estaban gravadas con servidumbre alguna en favor de los demandados, tal como la certificación registral proclamaba, no interpreta erróneamente los artículos 38 y 97 y demás de la Ley Hipotecaria que invocan los recurrentes, sino que, antes al contrario, los interpreta con acierto, ya que otorga al principio de legitimación registral toda la trascendencia que la Ley Hipotecaria le concede, trasladando a la contraparte la carga de la prueba de que los asientos registrales vigentes no tienen la efica-

cia que tales asientos proclaman, en cuanto a la libertad de los fondos inscritos.

Que, por tanto, si los preceptos invocados como infringidos por interpretación errónea son los que sancionan el principio de legitimación registral, y la Sala sentenciadora otorgó a los asientos registrales la eficacia que ellos llevan implícita, por entender que los demandados no lograron probar que debían ser anulados o cancelados o dejados sin eficacia, resulta claro que el motivo articulado tiene que perecer, pues, en realidad, lo que el recurso pretende es sustituir el criterio del juzgador por el particular de los recurrentes lo cual no es lícito en casación.

Que la alegada infracción del artículo 137 del Reglamento Hipotecario tampoco puede ser estimada porque independientemente del inferior rango legislativo de esa norma, en comparación con la Ley a la que intenta aclarar o contradecir, tampoco sería invocable más que en el proceso especial que dicho precepto regular, el cual no tiene acceso a la casación, con arreglo a la Ley de Enjuiciar y a la Jurisprudencia concordante.

Que la doctrina jurisprudencial que los recurrentes citan como infringida ni tenía ese alcance tan absoluto que le atribuyen ni puede invocarse con éxito después de la reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, en cuya exposición de motivos, como ya señaló esta Sala en la Sentencia de 23 de noviembre de 1961, se hace constar que el Registro «se presumirá exacto e íntegro» mientras judicialmente no se declare lo contrario, presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular, con lo que la presunción *juris tantum* de exactitud registral que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios, gozando asimismo el titular, según el Registro, de una adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba.

Una vez más, el Tribunal Supremo acoge, como tenía que suceder, una de las normas fundamentales de la legislación hipotecaria, la llamada legitimación registral o eficacia defensiva de la inscripción.

En los Registros de tipo francés ha escrito Lacruz, «cuya eficacia se reduce a la inoponibilidad de los documentos no transcritos, el hecho de la constatación registral no atribuye al título, en cualquier otro aspecto, un mayor valor del que tenía antes de la transcripción. El Registro publica determinados actos transmisivos, pero no prejuzga su validez o eficacia. En cambio, en un Registro en que la constatación registral, sin más, confiriera el derecho al titular inscrito, es decir, un Registro tal que la dimensión papel se identificase inevitablemente con la realidad jurídica, no habría cuestión acerca de la validez o nulidad de los actos transmisivos: ésta daría lugar siempre a acciones puramente personales. En el primer tipo de Registro no hay, propiamente hablando, una realidad registral distinta de la material: en el segundo no existe una realidad material distinta de la que figura en los libros.

Entre estos dos polos quedan situados aquellos Registros en los que las declaraciones de los asientos son tendencialmente exactas. En ellos los libros están concebidos para contener la realidad material. Por eso se exigen al acto inscribible determinadas garantías y se le hace objeto de ciertas comprobaciones que aumentan las probabilidades de coincidencia entre la situación jurídica realmente existente y la manifestada por la inscripción. Pueden, sin duda, estar equivocados, pero probablemente son veraces».

El valor de la presunción de exactitud del Registro, añade el mismo autor, refiriéndose a nuestra legislación, «se manifiesta singularmente en el proceso: el litigante favorecido por ella está exento de probar los hechos o derechos que la Ley presume, y sólo ha de demostrar el hecho básico del cual la Ley deriva su consecuencia, mientras incumbe a la otra parte la prueba suficiente para destruir la presunción. Así, pues, todo lo el que alegue en juicio determinada conformación de una situación jurídica publicada por el Registro (existencia, cancelación, configuración, gravamen, etc., de un derecho) podrá probarla aportando al proceso un simple certificado de existencia y subsistencia de la inscripción: con ello queda dispensado de presentar los títulos que acreditan su derecho, en tanto la prueba contraria no desvirtue la presunción registral».

Poca, poquísima consistencia tenía la alegación de que la certificación del Registro debió ir acompañada de los títulos adquisitivos. Si de los asientos registrales nace la eficacia defensiva y ofensiva y los asientos se publican o acreditan con la certificación (arts. 223 y 225 de la Ley Hipotecaria), ¿para qué, en este caso, los títulos?

¿Qué base jurídica podía tener el negarle o restarle valor a las certificaciones por ser «en relación» si los detalles que en tal clase de certificaciones se omiten no se relacionaban con la cuestión del pleito?

Tampoco fue afortunada la invocación del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento que desarrollan supuestos específicos distintos del asunto litigado.

SENTENCIA DEL 17 DE FEBRERO DE 1965.—Posesión inmemorial de aguas: Debe respetarse.

La cuestión litigiosa consiste en la propiedad de determinados aprovechamientos de aguas.

La sentencia afirma: Que no controvertidos los hechos declarados por el Tribunal a que, es preciso partir de ellos, no sólo afirman a favor de los demandados el aprovechamiento por un periodo superior a veinte años, al efecto de declarar que ostenta, como título eficaz, el de prescripción, sino que afirma el antiquísimo sistema de riegos que éstas poseían por medio de norias, agregando más tarde que fue modernizado aquel sistema de riego, poseído desde tiempo inmemorial, instalándose un grupo eléctrico moto-elevador afirmaciones sobre el carácter inmemorial del disfrute de las aguas, que, conforme a lo ordenado en los artículos 257 de la Ley de Aguas y 424 del Código civil, les confiere una garantía plena, que la doctrina de esta Sala declara en Sentencia de 8 de enero de 1929 al sentar que en materia de aguas debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa sobre la posesión inmemorial.

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1965.—Comunidad de pastos. Condominio en mano común. Compilación de Derecho civil español de Galicia.

Con motivo de un litigio sobre declaración de propiedad, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

Que en cuanto a la naturaleza de la verdadera comunidad de pastos, es

dominante en la doctrina científica la opinión que la sitúa en el campo de la propiedad en mano común, ya que son sus características sustanciales: Primera. Que los condóminos suelen estar unidos por un vínculo personal de vecindad. Segunda. Que el número de titulares, por la misma razón, es indeterminado y variable, de tal forma que el disfrute o aprovechamiento se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota en el sentido romano de este término. Tercera. Que la participación que al comunero corresponde es inalienable. Y cuarta. Que la comunidad es insoluble e improcedente el ejercicio de la acción *communi dividundo*, con lo que se consigue que vecinos de pueblos enteros puedan vivir merced a esta forma de propiedad, perfectamente acomodada a sus necesidades.

Que la comunidad existe no sólo cuando la propiedad pertenece proindiviso a varios, sino cuando los aprovechamientos que de ella se derivan se hayan distribuido en tal forma que haya entre los partícipes algo común, en términos que deben reputarse copropietarios de los aprovechamientos del monte, siendo el dominio de la comunidad, atendida la doctrina de la Sentencia de 22 de diciembre de 1926, a la definida en el artículo 187 de la Ley de Régimen Local, ni en el 147 de la Ley Municipal de 1935, porque aquellas características no coinciden con el concepto legal de la propiedad comunal que éstos ofrecen (Sentencia de 28 de diciembre de 1957), sino que en realidad define una situación jurídica de propiedad en mano común, perfectamente definida en otras legislaciones, y que un sector considerable de la doctrina española y algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros, *ad exemplum*, las de 30 de junio de 1927 y 8 de junio de 1933, ha aceptado, precisamente con referencia a las llamadas comunidades de utilización, tal como la que aparece delineada en el caso discutido (Sentencia de 30 de septiembre de 1958).

Que aun cuando, con posterioridad a la sustanciación del proceso actual, la Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963 ha regulado estas formas especiales de condominio de peculiar Derecho consuetudinario en materia de montes, en el Capítulo I del Título V, con independencia de los montes de propios, comunales y de particulares, regidos aquéllos por leyes administrativas y éstos por los preceptos del Código civil, proclamando que son montes de vecinos, los que pertenezcan *en mano común* a los vecinos de la parroquia, pueblo o núcleo de población que tradicionalmente los vino disfrutando (artículo 88), disponiendo que los montes vecinales están vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán su disfrute y aprovechamiento de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada Municipio, reciban una justa participación los vecinos, y sin que bajo ningún pretexto puedan verificarse alteraciones en cuanto a los destinatarios del disfrute de esos montes, que son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, teniendo derecho a su disfrute todos los vecinos cabezas de familia, de la parroquia o núcleo de población que tradicionalmente los hayan poseído, siendo el aprovechamiento preferentemente común, salvo si los Ayuntamientos estimasen conveniente el cultivo agrícola, en cuyo caso podrá distribuirlos temporalmente, en lotes o parcelas, que se adjudicarán a los cabezas de familia por periodos de cinco años de duración máxima, haciendo la distribución en proporción directa al número de familiares e inversa a la riqueza de los respectivos adjudicatarios (art. 89), normas que aun cuando no son directamente aplicables al caso de autos, dada la irretroactividad de la Ley, vienen a ratificar el régimen consuetudinario anterior.

III.—Oligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1964.—*Culpa contractual. Peatón que se cruza y es causa de la muerte del motorista.*

El matrimonio iba sobre la motocicleta. El marido, conduciendo; la esposa, en el sillín posterior. Marchaban por una carretera asfaltada, de cinco metros diez centímetros de ancha, que tiene andenes de cincuenta centímetros de ancho. En los pretiles de un puente se encontraban varias personas, entre ellas un alumno de una academia militar. El conductor pudo observar a tales personas desde una distancia de ochenta y cinco metros, lo que, lógicamente, lleva a la conclusión, dice la Sentencia, de que dichas personas pudieron también advertir la motocicleta. En los hechos probados no se afirma nada respecto a si el motorista hizo o no uso de las señales acústicas.

El alumno referido de la academia militar se adentró cincuenta centímetros en la parte asfaltada de la carretera sin comprobar el posible paso de vehículos y se produjo el encuentro o choque con la moto, a consecuencia del cual falleció el motorista. No consta dato alguno sobre posible excesiva velocidad de la motocicleta.

En la jurisdicción penal militar se sobreseyó el sumario.

La viuda de la víctima, en nombre propio y como representante de sus menores hijos, demandó al referido alumno militar, pidiendo la indemnización correspondiente por entender existió en el demandado, y se basó en el artículo 1902 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado a abonar la cantidad que se determinase en ejecución de sentencia, sin que pudiera exceder de 200.000 pesetas. La Audiencia Territorial revocó la sentencia de Primera Instancia y absolvió al demandado. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, dejó sin efecto la resolución de la Audiencia Territorial y confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Insiste la Sala del Tribunal Supremo en que para la estimación de la responsabilidad extracontractual que ampara el artículo 1902 del Código civil son esenciales los requisitos o supuestos integrados por una acción u omisión, una lesión o daño, la antijuridicidad, ilicitud, culpa o negligencia, del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta. En estos elementos cabe distinguir los que tienen la evidente consideración de hechos que sólo pueden ser atacados en casación por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el referido a la valoración de éstos, como integrantes de ilicitud, culpa o negligencia, que alcanza la categoría de cuestión de derecho, y como tal es impugnabile por alguno de los conceptos establecidos en el número 1.º del expresado precepto legal.

El Tribunal sentenciador debe apreciar la existencia o no de la causa generadora de culpa o negligencia, cuyo criterio, como subjetivo e hijo de la convicción formada por los elementos probatorios, debe ser mantenido en casación, al menos que se demuestre el evidente error en que hubiera podido incurrir; razones por las que a los fines de la posible eficacia del motivo que se examina habrá que decidir si los hechos sentados en la sentencia recurrida contienen tanto una culpa o negligencia por parte del demandado como la inexistencia de ésta por parte de la víctima del accidente, sin perjuicio de la posibilidad legal de compensar las culpas cuando concurren en uno y otro.

Llega a la conclusión el Tribunal Supremo de que no hubo culpa o negligencia por parte de la víctima y sí del demandado, y, por tanto, estima que existió violación, por inaplicación, del artículo 1902 del Código civil, estima el motivo de casación y anula la sentencia recurrida.

SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1964.—*Nulidad absoluta. Emancipación nula que arrastra la nulidad de una venta. No es aplicable la prescripción ordinaria.*

Se realizó o simuló (detalle que no aparece claro, según la sentencia) una emancipación para la que faltaba el requisito esencial de la edad exigida por el artículo 318 del Código civil y el del consentimiento del menor que no se sabe si existió o no. La finalidad de ello fue poder realizar una venta de bienes de menores. El *fraude legis*, expone la sentencia, comprendió tanto a la emancipación como a la escritura pública de venta que autorizó el fedatario, al que se engañó para que errase en una función tan privativa suya cual era la de apreciar la capacidad legal de las partes.

Demandada la nulidad de los documentos, no prosperó la demanda en Primera Instancia. La Audiencia Territorial revocó la sentencia y anuló la compraventa.

El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo que las partes están conformes en la nulidad radical de la emancipación y que el problema está en si tal nulidad arrastra o no la nulidad absoluta de la compraventa.

Para resolver este extremo concreto, añade, es necesario analizar el caso, ya que sólo podrá accederse a la nulidad absoluta, pese a lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, en cualquiera de los casos siguientes: Primero. Que exista precepto específico de la Ley que imponga la nulidad *per se* del acto o contrato (tal, entre otras, la establecida por los artículos 670. 1.271, párrafo 2.º; 1.583, 2.º inciso, y 1.654 del Código civil). Segundo. Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate (artículos. *ad exemplum*, 316 y 318 del Código civil). Y tercero. Cuando la materia objeto o finalidad del acto impliquen un fraude de la ley, sean atentadoras a la moral o supongan daño o peligro para el orden público, a todo lo que se refiere el artículo 1.255 del Código civil, determinando la concurrencia de lo que el mismo califica de «causa torpe» (art. 1.306).

Que en punto al interesante problema de determinar cuándo la nulidad de un acto debe trascender a otro posterior que con él se relacione o que en el mismo se apoye, si bien por la delicada índole de la materia no cabe sentar reglas generales y ha de quedar la decisión, en cada caso, encomendada al razonable criterio del juzgador, no cabe duda de que éste debe pronunciarse en sentido afirmativo, entre otros casos y siguiendo la doctrina anteriormente expuesta, no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino cuando éste presuponga para su validez, la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante el acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar la ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea que presidiendo a ambos actos una unidad intencional sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del propósito perseguido, incidiendo en la «causa torpe», que ha de estimarse concurre tanto en el acto

precedente como en aquel que le sigue, completándose a efectos de conseguir un fin determinado por el empleo de medios que la ley repudia.

Que al incidir el contrato celebrado *contra legem* en vicio de nulidad absoluta y, por tanto, insubsanable, no cabe estimar ninguno de los tres primeros motivos del recurso, que parten de la contraria apreciación de una mera anulabilidad de aquél, y no pudiendo tal contrato, por aplicación del principio *quod nullum est, nullum producit effectum*, servir de justo título a los fines que determinan los artículos 1940 y 1.952 del Código civil, que fijan su necesidad y concepto a efectos de la prescripción ordinaria del dominio, tampoco es posible apreciar la infracción que denuncia el cuarto y último motivo del recurso, por lo que, en definitiva, procede la total desestimación del mismo.

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1965.—*Negocio fiduciario y contrato simulado.*

Sus diferencias. Validez de la transmisión realizada por el fiduciario.

La demanda pedía, en síntesis: Que se declarara que la venta que un hermano (don Manuel) hizo a otro (don José) de una parcela de tierra fue un negocio simulado y fiduciario, realizado con el fin de facilitar o hacer posible una agrupación o hipoteca subsiguiente a favor del Banco Hipotecario; que otro hermano (don Antonio), comprador de la mitad de la finca resultante de la agrupación, no tenía la condición de tercero hipotecario por ser conocedor de la simulación y no tener buena fe; y que no tenía tampoco tal carácter otra sobrina (doña Josefina), donataria de la nuda propiedad de la otra mitad, por las mismas razones. Añadía otros pedimentos (de frutos, etc.) derivados de tales peticiones principales.

Las transmisiones aludidas fueron inscritas en el Registro de la Propiedad.

La parte demandada negó la existencia de simulación y de negocio fiduciario.

El Juzgado de Primera Instancia falló estimando la existencia de un negocio *fiduciario*, celebrado a los solos efectos de dotar a don José de la titularidad de dicha suerte de tierra, con obligación por su parte de retransmitirla a don Manuel, una vez cumplido el fin que se propusieron; que siéndole jurídicamente imposible al don José cumplir la obligación adquirida de retransmitir la finca al actor, por estar legítimamente en poder de don Antonio y doña Josefina, se condena a aquél a abonar al precitado actor el valor actual de dicha suerte de tierra, el que se determinará pericialmente en ejecución de sentencia; que por estimarse a don José poseedor de mala fe se le condena también a abonar al actor el importe de los frutos percibidos, los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, a partir del 9 de junio de 1939, fecha en que se le entregó la finca por la Comisión de Recuperación de dehesas de Guadix, y sin más derechos que los reconocidos en el artículo 455 del Código civil, determinándose la cuantía de todo ello también en ejecución de sentencia; y, por último, declaró no haber lugar a la demanda en cuanto a los demás pedimentos, absolviendo de ella a los demandados y sin hacer expresa condena de costas.

La Sentencia de la Audiencia Territorial contiene el siguiente fallo: «Fallamos que, desestimando la apelación interpuesta por los demandados y acogiendo en parte el recurso de la demandante, declaramos: Que el contrato de compraventa, formalizado en escritura pública de 31 de mayo de 1926, por el que don Manuel figuró vender a su hermano don José el tramo de tierra de 60 fanegas que le fue adjudicado en la partición de la madre, llevada

a efecto en juicio de 1925 en cuanto a la finca «Cortijo de la Canaleja» o de la «Alquería de la Canaleja», fue un negocio *simulado*, celebrado a los solos efectos de dotar al supuesto adquirente de titularidad con fines de garantía y con la obligación de retransmitir ésta al actor, que no dejó en ningún momento de ser propietario de dicha finca segregada. Y al no tener carácter de terceros hipotecarios los demandados don Antonio y doña Josefina, quedan también sin efecto, en cuanto corresponda, la adquisición por el primero de la mitad indivisa de la finca total de «la Canaleja», y respecto a la hija, la donación de la nuda propiedad de la otra mitad indivisa. Que, en su virtud, condenamos a don José a que restituya al actor dicho trance de tierra, formalizando la titularidad necesaria para que pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad como finca independiente, reintegrándola en su pleno dominio; condenando también a don Antonio y a doña Josefina a que concurren con aquél al otorgamiento de la escritura de segregación y a la restitución en la posesión de dicho trance. Condenamos, por último, a don José a que devuelva al actor los frutos *percibidos* de la finca o trance de referencia a contar desde junio de 1939 y determinándose su cuantía en ejecución de sentencia. No acogiendo el resto de las pretensiones de la demanda y sin expresa imposición de las costas producidas en ninguna de las instancias, en cuyo sentido y en cuanto conformes, se confirman los pronunciamientos de la sentencia recurrida, que quedarán revocados en lo que discrepan.»

Se interpuso Recurso de Casación por la representación de los demandados, entre otros motivos, por el primero, que prosperó, y que se articuló así: Al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción por interpretación errónea de la doctrina legal reiterada del Tribunal Supremo, recogida en las Sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1943 y 29 de octubre de 1956, entre otras, relativas al llamado negocio jurídico simulado.—Infracción, también por interpretación errónea, del artículo 1272 del Código civil en el sentido y con el alcance que se razonará luego.—Uno de los temas debatidos en el pleito ha sido el referente a la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre los hermanos don Manuel y don José recogido en la escritura pública del 31 de mayo de 1926. La parte actora no vaciló en calificarlo de *fiduciario* en atención a que «don Manuel, puesto de acuerdo con su hermano don José, otorgó a favor de éste una escritura de compraventa de su porción de la finca «La Canaleja», que tuvo por única finalidad la de dotar al aparente comprador de una titularidad que le permitiera gestionar y obtener del Banco Hipotecario de España, previa agrupación, un crédito hipotecario sobre la totalidad de las fincas; pero que esa transmisión fue puramente fiduciaria, quedando obligado el aparente comprador a retransmitir a su mandante su porción de finca, el cumplimiento de cuya obligación se pretende en esta litis.» El Juez de Primera Instancia aceptó íntegramente la tesis del actor. No obstante estos claros antecedentes y de manera especial la petición concreta que sobre ello había formulado el recurrido, lo que acusa cierto matiz de incongruencia en el fallo de apelación, la Audiencia Territorial de Granada entendió, considerando tercero, que, tanto el demandante como el Juzgado, al calificar de fiduciario el negocio que se discute, habían incidido en error; contrato del que se dice en la primera parte del fallo recurrido «que fue un negocio simulado, celebrado a los efectos de dotar al supuesto adquirente de titularidad con fines de garantía, y con la obligación de retransmitir ésta al actor, que no dejó en ningún momento de ser propietario de la finca segregada».—Dada la tras-

cendencia que aquella calificación jurídica ha de tener en el presente litigio, esta parte, a falta de probanzas idóneas en que apoyar la denuncia de posibles errores probatorios del Tribunal *a quo*, demostrativos de que la enajenación efectuada por el don Manuel a favor del don José fue definitiva, al abandonar este tema han de insistir en aquel otro de la naturaleza jurídica del contrato de mayo de 1926. A este respecto, conviene recordar que la sentencia recurrida, al examinar este problema, se pronuncia por la tesis del contrato simulado en consideración a que «... la titularidad obtenida por don José no tuvo otra finalidad que la de agrupar el cortijo, desmembrado en la partición de la madre, al solo objeto de obtener la segunda hipoteca, sin que el transmitente dejara por ello de explotar y poseer las 60 fanegas de su porción». La jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita como infringida, al principio del motivo y en relación con los llamados contrato simulados, enseña que se produce el negocio simulado, bien porque carecía totalmente de existencia o porque sea distinto de su envoltura exterior, existiendo un marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima del mismo pues el negocio, que parece serio y eficaz es, por contra, ficticio, bien porque no fue perfeccionado o porque lo fue de modo distinto a la de su expresión material, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso. Enseña también la jurisprudencia de esta Sala que el negocio absolutamente simulado, es radicalmente nulo, en tanto que, en los casos de simulación relativa, «es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades prescritas.» Sentencia de 20 de junio de 1953. Aunque el contrato relativamente simulado y el fiduciario tienen contornos similares—Sentencia de 3 de mayo de 1965—no lo es hasta el extremo de que pueda diferenciarse el uno del otro. Por tanto, en el negocio relativamente simulado y conforme a la doctrina jurisprudencial que lo perfila se advierte la presencia de dos contratos, a saber: uno, aparente y ficticio, y otro, real, subyacente, que es el verdaderamente buscado y querido por las partes. Sin embargo, en el caso que se examina, esa dualidad contractual no existe; la compraventa que recoge la escritura de 31 de mayo de 1926 sigue siendo la misma antes y después del fallo recurrido; la Audiencia Territorial de Granada no ha podido decir que fuera la envoltura de un contrato distinto, como dice la Sentencia de 29 de octubre de 1956, disfraz para encubrir un negocio diverso; lo que afirma el Tribunal *a quo* es que la transmisión de dominio reflejada en aquel documento público era meramente aparente y respondía en definitiva a un favor que el don Manuel hacía a su hermano don José para la obtención de un crédito del Banco Hipotecario de España, y añade que el don José, no obstante aquella titularidad dominical externa, no podía disponer de la finca propiedad del recurrido, que seguía siendo suya. Pese a aquella semejanza de contornos entre ambos contratos señalada por la jurisprudencia, en el caso concreto que se examina no hay alguna duda de que, como lo entendieran el demandante y el Juzgado de Primera Instancia, se trata de un pacto de fiducia, por cuanto que, ese otro contrato subyacente, diverso o distinto del expresado en la escritura de compraventa, no aparece por ninguna parte, faltando así una de las condiciones fundamentales de la institución de la simulación relativa para que la misma pueda surgir válidamente a la vida del Derecho. Está fuera de toda duda que lo acordado entre el don José y el don Manuel fue un negocio fiduciario cuyas características coinciden plenamente con las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente

con la Sentencia de 3 de mayo de 1955, que viene atribuyendo a esta institución: a) Hay un contrato complejo que se integra por otros dos independientes, uno real, de transmisión plena del dominio, en este caso la compraventa, con su correspondiente atribución patrimonial *erga omnes* y otro obligacional, válido sólo entre las partes, que constriñe y obliga al comprador al uso del derecho adquirido en forma en que no impida el rescate por el vendedor de la titularidad transmitida y consiguiente deber en otro caso de indemnizar daños y perjuicios. b) Hay una evidente desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido, venta de aquellas 60 fanegas por 9.000 pesetas, según la escritura, o sin existencia de precio alguno, según lo declarado por la Sentencia. c) Hay, en fin, y por último, el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley para el logro de una finalidad que pudo conseguirse por otra vía, por ejemplo, en este caso, consintiendo el don Manuel la hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España sobre el terreno de su propiedad para que su hermano don José percibiera integralmente el importe de aquella operación de préstamo. Está, por tanto, fuera de toda duda que la relación establecida entre los tantas veces citados hermanos don Manuel y don José es de naturaleza fiduciaria, como lo entendiera el demandante en el escrito inicial al del procedimiento. Infringe asimismo el Tribunal a que, también por interpretación errónea, la doctrina legal reiterada de este Supremo Tribunal de Justicia, recogida en Sentencias de 28 de enero de 1947, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955 y 10 de julio de 1957, entre otras relativas al contrato de fiducia. Como el propio Tribunal sentenciador afirma, la aceptación de la tesis que se viene desarrollando en el presente motivo de casación, produciría de manera inmediata la absolución de la demanda en relación con don Antonio y doña Josefa, por tratarse de negocio real—la compraventa—, que actúa *erga omnes*, mientras que el aspecto obligacional del propio pacto de fiducia limita sus efectos a los intervinientes en aquél, desembocando en una indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del fiduciario.

La Sala, siendo Ponente don Victoriano Juvencio Escribano Ruipérez, falló haber lugar al recurso. Acogiendo tal motivo, y entendemos que debemos recoger íntegros los Considerandos. Dicen así:

Considerando: que aunque los ordenamientos legales ofrecen a las personas una amplia gama de tipos contractuales, tendente a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico, con frecuencia se muestra su insuficiencia, de tal modo que, al amparo de la libertad de forma, se suelen crear figuras—contratos innominados—, combinarse diversos tipos—contratos mixtos—, o bien se utilizan los esquemas legales para lograr, a través de ellos, fines distintos de los previstos por el legislador, dando lugar a los denominados «negocios aparentes, imaginarios o indirectos».

Considerando que entre los negocios indirectos cabe incluir el llamado «negocio fiduciario», configurado en la doctrina sobre las mismas esenciales características con que fue conocido en el Derecho romano, una de las cuales, acaso la más fundamental, se centraba en la potestad de abuso, por parte del fiduciario, utilizándose no solamente para fines de garantía *fiducia creditore contracta*, sino también para otros diversos objetivos *fiducia cum amico contracta*.

Considerando que esta Sala viene proclamando con reiteración—Sentencias de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, 10 de noviembre de 1958, 8 de mayo de 1963 y 14 de marzo de 1964—

la validez y eficacia del negocio fiduciario cuando no envuelve fraude de ley, declarando que es un contrato por virtud del cual una persona «fiducian- te» transmite la propiedad de una cosa a otra—«fiduciario»—generalmente en garantía del pago de una deuda, sin excluir otros posibles fines y con la obligación por parte del último de devolverla a su transmitente una vez cumplida la finalidad perseguida por los contratantes, todo ello al amparo de la libertad de pactos reconocida por el artículo 1.255 del Código civil, negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real, de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional válido para *inter partes* que constriña al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico.

Considerando que así trazado el negocio fiduciario se ofrece perfectamente diferenciado del contrato simulado en su especie de simulación absoluta, pues mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal, una simple apariencia falaz, en el que con la declaración fingida se agota todo el intento de engaño a terceros, generalmente fraudulento, sin que sea óbice a la validez y eficacia de aquél la divergencia entre la estructura jurídica empleada y la finalidad económica perseguida por los contratantes, siempre que no implique fraude de ley.

Considerando que cuando los contratantes utilizan un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo, adoptándolo solamente como forma externa, pero con fin distinto del expresado, y por ello con discrepancia consistente entre lo consignado formalmente y la intención práctica perseguida en concreto, no se origina un contrato simulado, sino un negocio jurídico real y efectivo que en trance de interpretación debe ser captado en todas sus circunstancias concomitantes y posteriores a su formación para dar al problema el tratamiento idóneo a su específica naturaleza con abstracción de la estructura formal utilizada como simple medio vehicular, toda vez que para llegar a una acertada calificación jurídica es necesario tomar en consideración la finalidad realmente perseguida por los contratantes.

Considerando que consignado en autos que en el año 1926, a poco de realizarse la división material del cortijo denominado «Alquería de la Canaleja» entre el demandante y uno de los demandados, interesó a ambos, para atender negocios que entonces llevaban en común, constituir una hipoteca en favor del Banco Hipotecario, para lo cual habrían de reagrupar bajo una sola titularidad la finca dividida; y en la sentencia de la Sala de instancia que se impugna en esta vía extraordinaria del recurso de casación se contiene la afirmación de que la titularidad obtenida por el que figuró como comprador en la escritura pública de 31 de mayo de 1926, no tuvo otra finalidad que la de reagrupar el cortijo desmembrado en la partición de la herencia de la madre de los otorgantes al solo objeto de obtener una segunda hipoteca, con obligación de retransmitir al actor la porción vendida por él. Ante la imposibilidad de agrupar las dos fincas de que respectivamente eran dueños por vedarlo la legislación hipotecaria (que exige para la agrupación de fincas colindantes la pertenencia a un mismo titular), instrumentaron una compraventa con la finalidad de obtener crédito para negocios comunes con obligación de retransmitir, con lo que, al obrar así, adoptaron un tipo de

contrato regulado en el Código civil—la compraventa—con el designio de lograr por esta vía oblicua una finalidad económica diferente, concluyendo un negocio que reviste carácter fiduciario, pues en la convención se integraron dos contratos, uno real y positivo de transferencia de la propiedad, y otro obligacional negativo que constreñía al adquirente a hacer uso del derecho en la forma pactada para restituirlo después al transmitente; y al no entenderlo así la Sala sentenciadora interpretó erróneamente el artículo 1.276 del Código Civil y la doctrina de este Tribunal contenida en las sentencias que juntamente con dicho precepto se mencionan en el primer motivo del recurso amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que debe ser acogido y estimado con la consiguiente casación de la sentencia recurrida, haciéndose innecesario el examen de los restantes motivos.

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia del Juez de Primera Instancia.

La trascendencia práctica de la distinción entre negocio fiduciario y simulado bien claramente ha quedado de manifiesto.

Calificada, en definitiva, la compraventa de autos como negocio fiduciario, la transmisión de don Manuel a don José es plena, válida, eficaz erga omnes. Don José pudo transmitir después, como lo hizo, a don Antonio y a doña Josefina, y estas transmisiones son válidas porque las realizó quien tenía potestad para ello, sin que tenga que entrar en juego la legislación hipotecaria ni la fuerza legitimadora o defensiva del Registro. No es necesario, en este caso, el amparo de la inscripción, aunque exista, porque las normas del Derecho civil se bastan.

Si el negocio se hubiera calificado de simulado, la solución, como ocurrió en la Audiencia, habría de ser otra, y pasaría a tener relevancia la situación hipotecaria (terceros o no) de los últimos adquirentes.

La doctrina ha elaborado con detalle toda la sistemática del negocio fiduciario, llamado así, como enseña Castán, porque está fundado en la confianza o fiducia que se pone en el comportamiento de aquella persona a la que se hace una atribución patrimonial. Tiene como característica, según el mismo autor, la divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza, de tal modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que le es propio al medio jurídico que ponen en juego.

En el prólogo de Bonet a la monografía La propiedad fiduciaria, de Navarro Martorell, se expone un resumen de los conceptos del negocio fiduciario inter vivos (que es al que nos estamos refiriendo), que, por su interés, transcribimos; «Se suele definir el negocio fiduciario, con Regelsberger, como un negocio seriamente concluido, cuya característica consiste en la incongruencia entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para alcanzarlo.

Cariota-Ferrara expresa que existen negocios fiduciarios siempre que haya una contraprestación entre una declaración real y una relación obligatoria, y un exceso del medio sobre el fin.

Con mayor exactitud, Grassetti entiende por negocio fiduciario una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio, pero en interés del transferente, o también en

interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o al empleo de la entidad patrimonial. El fin de la atribución es un fin atípico, esto es, no previsto específicamente por el ordenamiento jurídico, y en este sentido, pero sólo en él, es exacto decir que las partes persiguen un fin fuera de la ley. No existe desproporción entre medio y fin porque la atribución patrimonial es indispensable por la consecución del fin práctico considerado por las partes. Existe, sin embargo, incongruencia entre la atribución y el fin, en el sentido que es característica del poder del fiduciario una potestad de abuso, derivada de la estructura típica de los derechos reales, que no permite una distinción neta entre titularidad formal y titularidad económica o beneficiaria, por lo que quien recibe la titularidad del derecho recibe también, necesariamente, el poder de disponer en vía real, erga omnes, aún más allá y contra el fin. El negocio implica confianza del transferente en el adquirente, siendo anómala la forma de fiducia cum creditore, mientras es característica la de fiducia cum amico.

Se llaman fiduciarios—escribe Pugliese—aquellos negocios en los que una parte transmite a la otra la plena titularidad de un derecho, comprometiéndose el que lo adquiere a volver a transmitir el derecho mismo al enajenante o a un tercero, con las modalidades y dentro de los límites determinados para la consecución de un cierto fin práctico.

La característica de esta clase de actos, dice Cámara, es la falta de armonía entre la relación externa y la relación espiritual, pues las partes producen un mayor efecto que el deseado; hay exceso de atribución patrimonial respecto a la intención económica perseguida por los contratantes; se usa una forma jurídica más fuerte para obtener un resultado más débil.

A juicio del doctor Navarro Martorell, son negocios fiduciarios aquellos en que una persona recibe de otra, que confía en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés suyo, ya también en el del transmitente o de un tercero.

Los negocios fiduciarios han sido muchas veces confundidos con los actos simulados por la semejanza que presentan; tanto que algunos autores, Butera, han afirmado que es inútil crear una nueva y superflua figura jurídica desde el momento que los negocios fiduciarios pueden sin dificultad encuadrarse en la doctrina general de la simulación relativa, y otros, como Demogue, han dicho que el negocio fiduciario es una subespecie o aplicación particular del acto simulado, por lo cual no es necesario hacer de él una figura autónoma.

Afortunadamente, ya superada la confusión de los negocios fiduciarios con los simulados, no existe, sin embargo, unanimidad en cuanto a los criterios distintivos.

El negocio simulado, observa Ferrara, es un negocio fingido; el negocio fiduciario es un negocio querido y existente. El negocio simulado se realiza para producir una apariencia, un engaño; el negocio fiduciario quiere suplir el orden jurídico incompleto o evitar ciertas consecuencias molestas que derivan del negocio. El negocio simulado no quiere alcanzar ni un resultado económico ni jurídico; el fiduciario quiere el resultado jurídico, pero no el resultado económico correspondiente: hay divergencia entre el fin económico y el medio jurídico utilizado.

Según Grassetti, mientras la simulación absoluta se da cuando las partes

no tienen ninguna intención negociada, con el negocio fiduciario se quiere conseguir, por el contrario, un fin de autonomía privada. Se trata, esto es, de ver si es posible deducir del elemento de hecho creado por las partes un fin práctico subsumible en la autonomía privada: donde éste se reconozca es excluida, por ello mismo, la simulación absoluta.

Respecto a la distinción entre simulación relativa y negocio fiduciario, más difícil de establecer por su nexo genético, el criterio consiste, a juicio del autor últimamente citado, en que a través de la simulación relativa las partes persiguen un fin típico, que en todo o en parte es propio de un negocio distinto de aquel aparentemente creado; mientras en el negocio fiduciario se persigue un fin atípico que no es propio de ningún esquema negociado reconocido legislativamente de modo específico y que, sin embargo, en tanto es perseguible por la autonomía privada, en cuanto pueda admitirse, en base a una valoración económicosocial de la relación y con referencia a los principios generales del Derecho y particularmente a los del contrato que aquel fin responde a una necesidad legislativamente reconocida en vía genérica.

El negocio fiduciario tiene, en general, dos distintas funciones. La primera es negativa y consiste en el hecho de que el fiduciario se despoja de su propiedad a favor del fiduciario, con todas las consecuencias que de esto pueden derivar. La segunda consiste en procurar con medios diversos limitar el ejercicio del derecho transferido por parte del fiduciario. Mientras, sin embargo, la función negativa opera realmente privando al fiduciante del dominio; la segunda, por el contrario, opera obligadamente y, por consecuencia, con menos vigor. El fiduciario, en efecto, siendo propietario, puede siempre transferir válidamente la cosa a terceras personas; el fiduciante, siendo simple acreedor, no puede más que pedir los daños y perjuicios.

Esta solución aparece a primera vista injusta, o al menos inadecuada. Pero si bien se considera, se ve que el riesgo que el fiduciante y los beneficiarios pueden correr es compensado por los beneficios que en una sociedad bien organizada, o donde el crédito florezca, produce, por regla general, la operación de que se trata.

¿Cuál es la situación del negocio fiduciario en nuestra legislación? Como dice Albadalejo, coincidiendo en lo esencial con los demás tratadistas, el Código civil no establece nada al respecto de una forma explícita, pero el Tribunal Supremo, en varias sentencias ya citadas y la que estudiamos, ha estimado que la fiducia cabe dentro de nuestra Ley y ello amparándose en la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código civil.

Fue la Dirección General de los Registros y del Notariado la que en resolución de 14 de junio de 1922 reconoció primeramente la figura jurídica del negocio fiduciario, cuando al referirse a la adjudicación para pago de deudas, en uno de sus Considerandos expuso: «que al adjudicar una masa de bienes para pago de deudas contraídas y formalmente determinadas se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición que ya absorberá todas las facultades del adjudicante, a la par que se encarga de cumplir sus obligaciones, ya limitará, expresa o tácitamente, sus facultades de disponer, ya, en fin, adoptará posiciones intermedias, pero siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza.

Garrigues, en Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil, pone de manifiesto la Ley de 11 de julio de 1941, que, aunque con técnica poco recomendable, ha llevado a normas legales determinados negocios fiduciarios.

El preámbulo de la Ley de 11 de julio de 1941 sobre inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad, que aparecen inscritos a nombre de personas interpuestas, nos recuerda, dice Garrigues, que «la sistemática persecución de que fue víctima la Iglesia durante la etapa republicana culminó en la Ley de 2 de junio de 1933, dando origen a obligadas actitudes defensivas, con que sus Instituciones, Ordenes y Congregaciones religiosas trataron de defender sus bienes con apariencias de legalidad que los pusieran al abrigo de las asechanzas sectarias. Fue una de ellas, harto frecuente, la de inscribir sus casas, colegios y demás bienes inmuebles en los Registros de la Propiedad, al amparo y bajo el nombre de terceros, religiosos o seglares, miembros muchas veces de la Orden o Comunidad a que pertenecían». Pocos meses después, la Ley de 1 de enero de 1942 amplió a los casos de operaciones sobre valores mobiliarios u otros muebles de cualquier índole el procedimiento regulado por la Ley anterior para permitir la reivindicación de los bienes transmitidos a personas interpuestas, más tarde muertas o desaparecidas. El artículo 1.º de esta segunda Ley alude al «refugio» empleado por la Iglesia, Ordenes o Congregaciones religiosas ante las disposiciones del Poder público, perseguidoras de sus facultades dominicales, de valerse de personas interpuestas, haciendo radicar nominativamente en éstas la titularidad de su dominio, cuyo disposición en realidad se reservaban. Con estas palabras describía el legislador el mecanismo propio de un negocio fiduciario, aunque no podamos convenir con él cuando a continuación afirma la inexistencia real de la supuesta enajenación, y considera esa declaración judicial de inexistencia como el objetivo propio de la demanda.

El deseo de poner a salvo nuestros bienes frente a los actos de confiscación de un Gobierno sectario ha sido históricamente uno de los motivos determinantes de la fiducia cum amico. Y la transmisión a una persona (continuamos siguiendo a Garrigues) de nuestra confianza ha sido siempre una transmisión real, bien que sometida a la obligación de restituir una vez cesadas las causas que motivaron la transmisión.

La Ley de 1942 no habla de negocio fiduciario, sino de «persona interpuesta». Pero la interposición real de persona es una de las formas de negocio fiduciario, que se emplea cuando el fiduciario (persona interpuesta) debe conservar el derecho o la cosa para entregarla a una tercera persona designada por el transmitente. Esta aclaración conceptual nos muestra que no anduvo acertada la Ley de 1942 al calificar aquellos negocios fiduciarios de la Iglesia española cuya ejecución se trataba de asegurar como negocios de interposición de persona, dado que la llamada persona interpuesta no estaba obligada en este caso a transmitir los bienes a un tercero, sino tan sólo a restituirlos a las mismas entidades fiduciantes. Mal podría, por tanto, interponerse nadie entre la persona del fiduciante y la del beneficiario, siendo una sola persona la que reunía en sí ambas cualidades.

Lo que se propuso aquella Ley fue regular, precisamente, la reclamación del fiduciante (Iglesias, Ordenes y Comunidades religiosas) frente a los herederos del fiduciario. No se trata de la reclamación al propio fiduciario (mal llamado por la Ley «persona interpuesta»), porque pensó, sin duda el legislador que, en el caso de continuar viviendo esta persona, haría honor a su palabra de restituir los bienes al fiduciante. Y es de notar que, respetando la Ley de 1942, la estructura del negocio fiduciario de tipo romano, impuso a los herederos del fiduciario la obligación de restituir los bienes, porque frente a ellos también surte sus efectos obligatorios el pacto de fiducia, conforme

al artículo 1.257 del Código civil, que extiende a los herederos de las partes contratantes los efectos del contrato; pero se detuvo ante los terceros que hubiesen adquirido los bienes o valores por uno de los títulos a los que las leyes otorgan carácter de irrevindicabilidad (párrafo segundo del artículo 3.º), negando así todo efecto real al pacto de fiducia, de acuerdo con las normas típicas de la fiducia romana. La obligación de restituir se transforma en tal caso en obligación de indemnizar a cargo de los herederos de la persona interpuesta.

Con independencia de la jurisprudencia, ¿cuál es la solución acertada en cuanto a la validez del negocio fiduciario y por qué razones? Albadalejo, como la mayoría de los autores, se inclina por la validez, apoyada en la validez de la atribución fiduciaría, como atribución causal, cuya causa es la «causa fiduciae». Basa esta tesis en las siguientes consideraciones; El fin (causa) del negocio fiduciario consiste en el «intercambio» del derecho que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante (garantía de una deuda, cobro de un crédito, administración de una cosa), unida a la potestad de recuperarla después.

El fin (causa) de aquella transmisión (atribución) es la obtención de la ventaja que la garantía, el cobro o la administración, juntamente con la posterior restitución, supone para el fiduciante. La esperanza de la restitución se apoya, no sólo en lo pactado, sino especialmente en la confianza que el fiduciario inspira al fiduciante.

Según el citado profesor Garrigues, en el campo del Derecho Mercantil han florecido con mayor lozanía que en otros los negocios fiduciarios.

«Es frecuente en ese ámbito tradicionalmente mercantil, ha escrito, el hecho de confiar nuestros intereses a personas físicas o entidades jurídicas sobre la base de una transmisión fiduciaria. En una visión panorámica veríamos el negocio fiduciario extenderse por todo el Derecho Mercantil. Unas veces empleando el adjetivo «fiduciario» con mayor o menor propiedad, otras veces viviendo el negocio fiduciario, sin recibir esta calificación, gracias a esa actitud inhibicionista o de indiferencia de la Ley a que antes hemos aludido, y al amparo de unas normas legales que por una parte regulan la propiedad de las cosas y por otra obligan al contratante a cumplir lo convenido en el pacto de confianza; en todo caso, sin dotar al negocio de una protección jurídica enérgica cuando el fiduciario no se conduce de la manera acordada para el cumplimiento de los fines perseguidos al concertar el negocio de confianza. Tal es el caso de las representaciones indirectas como medio de realizar la fiducia de administración; o el de las cesiones legitimadoras para el ejercicio por los Bancos del derecho de voto de las acciones depositadas; o el de la designación de un síndico fiduciario en el caso de los llamados Voting trust; o el de los endosos plenos de títulos-valores con fines limitados a la cobranza; o el de las transmisiones fiduciarias para excluir bienes de la masa de una quiebra inmediata, etc.

En el campo de la contratación mercantil son frequentísimas las operaciones a través de personas interpuestas. El comercio es mediación abierta y pública. Pero el comerciante, como mediador, se vale, para multiplicar su actividad, de otros mediadores, visibles unas veces y ocultos otras, en los que deposita su confianza. Cuando esta confianza alcanza su grado máximo aparece la relación fiduciaria. Tal ocurre cuando la persona interpuesta oculta el nombre del verdadero interesado, cosa que permite a éste aprovechar el crédito y el nombre ajenos, singularmente cuando ha de actuar en el extranjero. Este es el origen del comercio de comisión, cuya licitud no es discutible.

Mas otras veces la interposición se hace con fines inconfesables, en fraude de la ley. No olvidemos que los romanos utilizaban el fideicomiso para hacer llegar la herencia o el legado a personas que legalmente no podían ser hereederas o legatarias y que los ingleses dicen que los padres del trust fueron fraud and fear. Este aforismo renueva su actualidad en los negocios mediante persona interpuesta en los tiempos que vivimos, dominados por la auri sacra fames, por ese hambre del oro que impulsa a veloz carrera tras de las riquezas. Surge entonces por doquier en el mundo de los negocios la figura de la persona interpuesta, y el viejo remedio de la fiducia cum amico resuelve la dificultad de quien quiera hacer negocios a pesar de estar incurso en alguna incompatibilidad legal o puramente moral. Será su persona de confianza la que aparezca como fundadora de la sociedad anónima la que compre el inmueble o el paquete de acciones... Todas estas operaciones caen dentro del campo del derecho de los negocios, es decir, del Derecho Mercantil, que ha visto así engrosar en estos últimos tiempos el número de los que—empleando el lenguaje académico que aquí conviene—llamaríamos sus novísimos cultivadores.»

Navarro Martorell cita como casos de variedades actuales de negocios fiduciarios la aceptación de una letra de cambio acompañada de un documento privado en el que el aceptante declare haberla efectuado sólo para complacer a otra persona o favorecerla; la transmisión de resguardos de depósito; los casos de titularidades indistintas de depósitos, libretas de ahorro o cuentas corrientes para el exclusivo fin de mandato dispositivo; y, en fin, la contratación de opciones como garantía.

La propiedad fiduciaria y el Registro de la Propiedad.—La propiedad fiduciaria presenta dos puntos de vista, dos vertientes en relación con el Registro de la Propiedad.

De un lado, la fiducia, la confianza, el pacto íntimo, la promesa de devoción, de carácter personal, la situación, por ejemplo, que ha sido objeto de la sentencia que estudiamos. No tiene por qué garantizarse con el Registro. En cuanto lo intente está dejando de ser fiducia para encajarse en otra figura jurídica. Como pacto personal no debe tener acceso al Registro.

De otro, nos encontramos con determinadas situaciones estimadas como fiduciarias que diríamos más externas, más tipificadas, impropias, que están, incluso, expresamente recogidas en la Ley Hipotecaria. Son las aludidas por el artículo 2.º, caso 3.º de esta Ley (se inscribirán los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado), o en el 45 (adjudicación para pago de deudas). Claro está que éstas son inscribibles.

Lo que no hay duda, habida cuenta de lo sentado por la jurisprudencia y de lo que se infiere de la propia naturaleza de la propiedad fiduciaria, es que las transmisiones efectuadas por el fiduciario prevalecerán frente a las reclamaciones del fiduciante, incluso aunque los adquirentes conocieran la fiducia, pues transmitió quien era dueño, quien tenía facultad para ello, quien sólo se encontraba frente al fiduciante con obligaciones personales.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad.

Abogado del I. C., de Madrid y otros.

Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1963.—*Resolución del contrato por cesión de vivienda legalmente no autorizada. Hechos que demuestran la interferencia que ha tenido el cesionario en el piso de que se trata y justifican la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), art. 114, causa 5.ª*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados contra la de la Audiencia territorial, que, estimando la apelación interpuesta por el actor contra la del Juzgado de Primera Instancia, declaró la Resolución del contrato de arrendamiento, pues entiende «correctamente el juzgador que la presencia de un tercero en el local arrendado, ya que usa y aprovecha su emplazamiento y situación para hacer constar que en él tiene su despacho y oficinas, consignándolo así en la Guía Oficial de los Gestores Administrativos incorporados a los Colegios de España, haciéndolo constar en la relación de los (Gestores administrativos) que están adscritos al (Colegio) Provincial de Granada, y es el que resulta en la Guía de Teléfonos de la capital, todo ello demuestra la interferencia que ha tenido en el piso de que se trata y justifica» la aplicación de tal causa de resolución de contrato

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1963.—*Resolución de contrato por cesión (1). subarriendo parcial o traspaso de local de negocio legalmente no autorizados. Hechos de los que se infieren correctamente y justifican la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), artículo 114, causas números 2 y 5; el subarriendo está prohibido por la Ley, por lo que es irrelevante no esté recogida su prohibición en el contrato.*

Desestima (con imposición de costas al recurrente) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados contra la de la Audiencia territorial, que, confirmando la del juzgado de Primera Instancia, declaró la resolución del contrato de arrendamiento, pues entiende:

1. Que son ciertas las premisas de hecho en que la sentencia impugnada basa su presunción de que la tenida como cesionaria es empresaria autónoma y no factor o dependiente de los arrendatarios («existencia en el local arrendado y al frente de la peluquería femenina en él establecida de una persona extraña a la relación arrendaticia», sin que aparezca acreditado «el carácter con que esta tercera persona ocupa el dicho local... el ser titular fiscal del negocio, el figurar como propietaria en el censo sindical del ramo, el no hallarse incluida en los seguros sociales obligatorios y el figurar a su nombre el teléfono de la peluquería ... la profesión de cada uno de los arrendatarios, carente de competencia para trabajar personalmente como peluqueros»). no contradictorias ni incompatibles con los alegados hechos «de que los arrendatarios sigan pagando las rentas del arrendamiento y el importe de los servicios

de gas y electricidad» y «de que uno de los arrendatarios no haya dejado de ocupar con su familia la vivienda aneja», y sin que la circunstancia «de que el marido (de la tenida como «cesionaria») autorizare a su mujer para administrar negocios mercantiles ajenos» signifique «que en el caso de autos lo fueran».

2. Correcta, pues, la presunción establecida e incólumes los hechos mediante ella sentados, procede aplicar la Ley de Arrendamientos Urbanos, citada, artículo 114, causas 2.^a y 5.^a, pues, «si bien es cierto que en el contrato están expresamente prohibidos la cesión (1) y el traspaso y no lo está el subarriendo, este último lo está por la Ley, por lo que no hacía falta consignarlo expresamente más que para autorizarlo».

SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1965.—*Arrendamiento de industria.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial en apelación, que, revocando la pronunciada por el Juzgado de primera instancia y estimando la demanda, declaró resuelto el contrato de arrendamiento de los locales de negocio.

«Considerando (único) ... cuando ... se arriendan los inmuebles sin aquellos elementos (muebles, enseres y artefactos) o con algunos de éstos desarticulados no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporte y organice para el negocio que vaya a crear, la relación jurídica establecida será la de un arrendamiento de local de negocio, comprendido en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y no la de (arrendamiento de) una industria, desde el momento que no se está en presencia de una unidad patrimonial con vida propia creada por el arrendador, organizada con los elementos precisos para la obtención de un producto económico y susceptible de explotación inmediata o pendiente (para serlo) de meras formalidades administrativas, en el modo y forma prescritos en el párrafo 1.º del artículo 3.º de aquella Ley especial citada...»

SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1965.—*Resolución de contrato por realización de obras por el arrendatario; consentimiento del arrendador y prescripción extintiva de la acción.*

Desestima (con costas, por temerario) el recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada en apelación (por ellos también interpuesta) por la Audiencia territorial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la demanda al arrendatario demandado.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida fundamenta su fallo ... en dos premisas de hecho perfectamente diferenciadas e independientes la una de la otra, a saber:

Que las obras ... se llevaron a cabo poco tiempo después de haberse celebrado el primer contrato de arrendamiento, de 11 de marzo de 1946, con el consentimiento de la usufructuaria arrendadora, la cual lo ratificó al otorgarse, en 1 de mayo de 1953, el nuevo contrato renovatorio del anterior, y

Que dichas obras se efectuaron en el periodo de tiempo comprendido entre finales de 1946 y principio de 1947, estando prescrita la acción resolutoria ejer-

citada, es decir, que la sentencia establece la existencia de un conocimiento de las obras y, en su caso, la prescripción.

«Considerando (2.º) que, al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), se articula el motivo primero del recurso, con la pretensión de demostrar que las obras del segundo piso, que, según los recurrentes, ha pasado de ser unas «golfas» compuestas de dos habitaciones a piso habitable de siete, se han realizado, unas veces dicen que no más allá de la década anterior a la demanda (la cual tiene fecha de 8 de noviembre de 1962), y otras que con posterioridad al contrato renovatorio de 1 de mayo de 1953, alternativa de trascendencia, por cuanto que el primer supuesto permite situar tales obras como ejecutadas en noviembre de 1952 y, por tanto, convalidadas por el consentimiento ratificado en el contrato de 1 de mayo de 1963 ..., mas, en todo caso, es lo cierto que en ninguna de las dos instancias dirigidas por el arrendatario a la Dirección General de Turismo ni en el acta notarial, que son los documentos que se citan para acreditar el error en la apreciación de la prueba, se dice nada que textualmente se oponga a lo que la sentencia impugnada afirma, no conteniéndose en ellos referencia expresa alguna en orden a la fecha o época de ejecución de tales obras, lo que obliga a desestimar el motivo estudiado...»

SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1965.—*Recurso de casación por quebrantamiento de forma: falta de recibimiento a prueba en segunda instancia (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 1.693, 3.º)*

Desestima el recurso interpuesto por el demandado contra la dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimó la demanda de «interdicto de recobrar la posesión».

«Considerando (único) que el recurso ..., que se ampara en el número 3 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda en haber sido denegado el recibimiento a prueba en segunda instancia, que el hoy recurrente (demandado apelante) pretendió al efecto de proceder al examen de los testigos que había propuesto, los cuales no comparecieron ante el Juzgado de Primera Instancia el día señalado al efecto ni el día nuevamente fijado a petición del (hoy) recurrente, previo ofrecimiento de presentarlos en dicho acto; mas la procedencia de otorgar el recibimiento a prueba denegados tiene como preciso fundamento, conforme al artículo 862 de la Ley Procesal Civil, que aparezca que la prueba propuesta no hubiera podido practicarse ante el Juzgado por causa no imputable a quien la solicitó, circunstancia que no cabe admitir en este caso, dado el ofrecimiento formulado para la presentación de los testigos, sin que la limitación del plazo establecido en la Ley para la proposición y práctica de la prueba, que obliga en su caso a gestionar en el momento oportuno lo preciso para que ésta pueda llevarse a efecto por la parte que la propuso, pueda servir de fundamento para suplir aquella limitación legal mediante el extraordinario remedio de practicar en segunda instancia la prueba omitida...»

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1965.—*Resolución del contrato por subarriendo: conocimiento y consentimiento del arrendador.*

Desestima el recurso de injusticia notoria interpuesto por la actora contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado) por la Audiencia territorial, revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que estimó la demanda de resolución de contrato por subarriendo) y desestimando la demanda.

«Considerando (1º) que la sentencia recurrida, si bien reconoce que parte del local arrendado fué ocupado por ... (A), extraño a la relación arrendaticia, declara que la ocupación tuvo por causa la necesidad, provocada por el imprevisto derrumbamiento del edificio donde tenía aquél instalada su industria de carpintería; causa y hecho de la ocupación conocidos y humana y lógicamente consentidos por el arrendatario (demandado) y la arrendadora (demandante), no sólo a efecto de una situación de necesidad (*sic*), sino claramente aceptados, por el cumplimiento del más leve deber de solidaridad humana, y ... el consentimiento, otorgado por la arrendadora (demandante), de la ocupación, por ... (A), de parte del local arrendado al demandado no ha sido impugnado con eficacia, pues, aunque se han formulado al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956) los motivos segundo y cuarto del presente recurso, por error de hecho en la apreciación de la prueba, ninguno de los documentos señalados en los mismos prueban por sí la inexistencia del mencionado consentimiento reconocido por la Sala de instancia...»

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1965.—*Contrato de arrendamiento de local de negocio: resolución por obras (Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa séptima): presunción de su realización (Código civil, artículo 1.253).*

Desestima (con costas) el recurso de injusticia notoria interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que, estimando la demanda, decretara la resolución del contrato.

«Considerando (único) que, si con fecha posterior, aunque prácticamente coetánea, al contrato de arrendamiento, se describe en escritura pública de compraventa el local de autos especificando su configuración y los departamentos que lo integran, hay que aceptar en principio que la descripción coincide con la realidad objetiva mientras no se demuestre lo contrario, pues nada autoriza a pensar que la conducta normal de los contratantes no esté inspirada en la veracidad y la buena fe, que deben presumirse siempre, según el criterio establecido por el artículo 434 del Código civil, válido para todas las relaciones humanas; y, si años más tarde (los transcurridos desde mayo de 1957 al 20 de septiembre de 1961) se acredita por otro documento público que los seis departamentos que inicialmente tenía al ser ocupado el local por el arrendatario se han reducido a tres, es lógico presumir que en ese período se han realizado obras por el ocupante único, con mayor motivo cuando en el último de dichos documentos se manifiesta por un dependiente que dice ser el encargado, con

quien se entendió el acta notarial de presencia, que con motivo del cambio de actividad mercantil allí ejercida se llevaron a cabo algunas reformas en el citado local, y, en su virtud, al declararlo así la sentencia recurrida, no infringió el artículo 1.253 del Código civil, y ha de desestimarse el motivo único del recurso, que se apoya únicamente en la mera posibilidad de que la descripción, en la que (el arrendatario recurrente) no intervino, hubiera podido hacerse deliberadamente para defraudar en su caso al arrendatario, sospecha no sólo infundada, sino arbitraria, si se tiene en cuenta el momento en que aquel acto se produjo, lo que obliga a considerar temerario el recurso a efectos de costas.»

SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1965.—*«Excepciones a la prórroga legal»: contrato pactado «por tiempo indefinido».*

Confirma (con costas) la dictada por la Audiencia territorial, que confirmó la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio basada en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 11 («denegación de la prórroga forzosa del contrato por no uso», art. 62, caso «tercero»).

«Considerando (1.º) que se mantiene en el motivo primero del recurso la tesis de que, estipulada 'por tiempo indefinido' la duración del contrato y no habiéndose dado por ultimado por ninguna de las partes, se halla el controvertido en vigencia contractual y, por ende, no le afecta el artículo 62 de la Ley especial, que se refiere a los que se encuentran en 'prórroga legal', criterio inaceptable, porque, aunque sea cierto que se fija 'por plazo indefinido', hay que partir de la base de que el contrato de arrendamiento es por naturaleza de carácter temporal, y así ha de entenderse conforme a la definición que da el artículo 1.543 del Código civil: «goce o uso de una cosa por tiempo determinado», y lo corrobora el precepto 1.581, al prevenir que «si no se hubiese fijado plazo ..., se entiende hecho por años», meses o días según el señalamiento de la renta, todo lo cual quiere decir que la temporalidad es consustancial al contrato de arrendamiento, contra cuya esencia va el término 'indefinido' empleado en el pacto, que en el orden gramatical significa 'indeterminado', 'ilimitado', y al no haberlo señalado las partes, entra en función la norma del 1.581, antes citado...»

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1965.—*«Locales de negocio»: subrogación de la sociedad absorbente en lugar de la sociedad arrendataria absorbida y traspaso.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores contra la de la Audiencia territorial de Barcelona, que estimando la apelación interpuesta por las sociedades demandadas contra la del Juzgado de Primera Instancia, absolvió a los apelantes de la demanda de resolución de determinados contratos de arrendamiento de inmueble urbano destinado a «local de negocio» basado en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), artículo 114, causa segunda y quinta (subarriendo, cesión o traspaso).

«Considerando (3.º) ... que, apreciado por la Sala que todos los locales lo

son de 'negocio', no cabe distinguir si lo son por sí o por asimilación (Ley de Arrendamientos Urbanos, citada, artículo 5.º, apartado 2.º), toda vez que la subrogación del artículo 60 no es 'traspaso', pues no hay analogía entre las dos situaciones, sino distinción y aun oposición de supuestos, pues la razón de la Ley para conceder la subrogación es distinta a la del 'traspaso', y, como en la concesión del derecho de subrogación no se distingue entre 'locales de negocio' por sí y por asimilación, no se puede hacer distinción entre ellos...»

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1965.—*Apreciación de la prueba: Interpretación de los contratos.*

«Considerando (1.º) que ... la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es función privativa del Tribunal de instancia y ha de ser respetada ... mientras resulta lógico y no desorbitado el texto que se interpreta con deducciones atentatorias a su letra y espíritu, según reiterada doctrina de esta Sala en sentencias, entre otras, de 20 de octubre de 1960 y 17, 25 y 30 de septiembre de 1961...»

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1965.—*Arrendamiento urbano de Derecho común («solar»): desahucio por transcurso del plazo contractual: concepto de «solar», distinto del de «industria o negocio de espectáculos».*

Desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial, confirmando en apelación por él también interpuesta la del Juzgado de Primera Instancia, que, estimando la demanda, decretó el desahucio por extinción del plazo contractual.

«Considerando (1.º) que ... la sentencia dictada por la Sala ... sienta categóricamente «que lo arrendado es un solar, ya que casi su total espacio está al aire libre, sin que en él exista edificación abierta ni habitable, y si sólo cabina para poder instalar aparato y proyector de películas, bar y saneamiento», cuyas características ..., conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, son las determinantes de la concepción ('solar', excluido del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos especial) del Tribunal *a quo*...

«Considerando (2.º) que ... por el Tribunal *a quo* no ha sido admitido en modo alguno que se haya arrendado una industria o negocio de espectáculos, excepción de los arrendamientos excluidos de su (de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956) ámbito protector a que el apartado 1.º del artículo 3.º hace referencia, sino simplemente un solar situado en la zona urbana de la ciudad, cuyo arrendamiento, cualquiera que fuese el destino que le diese el arrendatario, por estar excluido del carácter de los que el artículo 1.º de la repetida Ley regula, para nada le afecta la «especie» contemplada por el apartado 3 del artículo 3, que presupone se encuentra incluido lo arrendado en el concepto genérico definido por el artículo 1 de la Ley especial.»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965.—*Excepciones a la prórroga legal del contrato de arrendamiento; derribo de la finca y reedificación de otra (Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 62, caso segundo): derecho de retorno del arrendatario; superficie del nuevo local; incumplimiento de tal obligación del arrendador (Ley de Arrendamientos Urbanos, citada, arts. 83 y 85).*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial, en apelación por él interpuesta contra la del Juzgado de Primera Instancia, que, confirmando en parte la impugnada, condenó al arrendador a entregar en arrendamiento más locales de los asignados a la actora en el nuevo edificio.

«Considerando (único) que la sentencia recurrida, sobre la base de que en el edificio reconstruido se ha puesto a disposición de la parte actora (arrendataria del local de negocio que radicaba en el derribado) superficie inferior al límite autorizado por el artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por la exclusiva voluntad de la parte demandada (arrendador), declaró la obligación del demandado ... (arrendador) a proporcionar a la actora (arrendataria) en el inmueble de autos, y como complemento de la planta baja (a ella asignada por el arrendador) que ésta disfruta en régimen de arrendamiento, 6'695 metros cuadrados, con la consiguiente condena a verificar su entrega, contra la cual sentencia se interpuso por la parte demandada (arrendador) el presente recurso, cuyo motivo único se ampara en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y se basa en inaplicación e interpretación errónea del artículo 85 de la misma Ley, pero es el caso que este artículo no debe interpretarse en el sentido de que deja al arbitrio del arrendador el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 83 de la citada Ley sin otras consecuencias que el sometimiento a las sanciones impuestas por aquel precepto, sino que hay que entender que el artículo 83, citado, es para el arrendador de rigurosa observancia, salvo que causas ajenas a su voluntad le impidan su cumplimiento, y, como tal circunstancia no se da en el caso presente y, no obstante, por exclusiva voluntad de la parte demandada (arrendador) se han dejado de entregar a la actora (arrendataria), al poner a su disposición un local en el edificio reconstruido, 6'695 metros cuadrados de superficie, según declara la sentencia recurrida, ... procede desestimar el presente recurso.. »

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965.—*Resolución de contrato de arrendamiento de inmueble urbano destinado a vivienda (consulta de Médico): subarriendo (Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa segunda), prueba mediante presunción (Código civil, artículo 1.253).*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial en apelación interpuesta por la actora revocando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda, y declarando resuelto el contrato de arrendamiento por subarriendo inconsentido.

«Considerando (2.º) que, con respecto a los (motivos) tercero y cuarto, amparados en la causa tercera (de la Ley de Arrendamientos Urbanos, citada, artículo 136, primer párrafo), por error de Derecho en la apreciación de la prueba y aplicación indebida de los artículos 10 y 114, segunda, de la Ley (de Arrendamientos Urbanos, citada) y 1.253 del Código (civil) y jurisprudencia que cita, tampoco es posible aceptarlos, porque la fijación del hecho de la Sala (*a quo*) de que varias personas han ocupado el piso discutido es antecedente apto a la deducción del subarriendo, pues, si bien dice la sentencia recurrida, que cada introducción podía no ser subarriendo de ser sola, el hecho de que sean varias demuestra la habitualidad de una conducta contraria a la prohibición de la Ley, por lo que la estima (la sentencia recurrida) determinante de la resolución del contrato, y ello no es absurdo ni falta de lógica, pues, afirma (la sentencia recurrida que, si el alojar temporalmente a un pariente o amigo en casa puede no ser subarriendo, el admitir a varias personas simultánea o sucesivamente rebasa los límites de lo tolerado y entraña el subarriendo prohibido...»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965.—*Retracto de inquilino. Existe tal derecho aun cuando dimane de contrato de compra y venta convenido y consumado por compradora casada sin licencia de su marido y éste ejercite con éxito la acción de nulidad («anulación»), así como en los casos en que sean objeto de la compra y venta, además del piso arrendado por el retrayente, otro u otros conjuntamente, «ya se vendan por precio distinto para cada uno o por un solo precio para todos ellos».*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores contra la de la Audiencia territorial de La Coruña que, estimando la apelación interpuesta por la compradora demandada contra la del Juzgado de Primer Instancia, desestimó y absolvió de las demandas de retracto de dos inquilinos.

«Considerando (2.º) que la sentencia recurrida desestima el retracto pretendido por don A. G. V. ... por entender que, promovido pleito por el marido de la compradora, aquí demandada y recurrida impugnando el contrato de compraventa celebrado por la mujer sin su licencia y habiendo recaído sentencia en la que se acoge su pretensión, tal sentencia hace inviable el derecho de retracto ejercitado, con lo cual incide en las infracciones que se denuncian en el motivo tercero del recurso, que debe ser estimado, porque la acción de retracto tiene por objeto que se declare por el juzgador el derecho del retrayente a hacer suya la finca subrogándose en el lugar del que la adquirió y que, como medio para hacerlo efectivo, se le otorgue el correspondiente título, siendo la base del pleito de retracto la situación existente al tiempo que el derecho fué ejercitado, y, en el presente caso, tal situación era que la demandada había comprado dicho piso a doña A. A. G. en negocio jurídico eficaz, ya que la falta de licencia marital no es un defecto que determine la inexistencia o nulidad radical del contrato, sino solamente causa de su anulación o rescisión (*sic*) a instancia precisamente del marido o de los herederos de éste, los cuales están facultados para reclamar su invalidez o para convalidarlo mediante confirmación expresa o tácita, y, nacido el derecho a retraer el piso en cuestión en el momento de consumarse la venta por el otorgamiento de la escritura pública, conforme previene el artículo 1.462 del Código civil, y ejercitado en acto de conciliación y después mediante la presentación de la demanda inicial de estos

autos tal derecho, no puede quedar enervado porque con posterioridad a la presentación de tal demanda el marido de la compradora haya promovido pleito reclamando la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la mujer sin su licencia y obtenido sentencia favorable a su pretensión, actos voluntarios y posteriores del marido y subsiguiente resolución judicial que no obstan a la existencia del derecho de retracto ejercitado.

«Considerando (3.º) que, en cuanto al otro retrayente, don F. M. P., la Sala sentenciadora basa su fallo absolutorio de la demanda en razón a que, si efectivamente ha sido vendido el segundo piso derecha, del cual es aquél inquilino, no lo ha sido exclusivamente, sino que lo fué en conjunto con la mitad de la primera planta y el desván de la finca, por un precio único, y entender que tal circunstancia no puede ser subsanada por dictamen pericial que señale precio concreto a lo exclusivamente arrendado, tesis que infringe los preceptos (Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículos 47 y 48) y la doctrina legal (sentencias de 21 de marzo de 1962 y 25 de abril de 1963) que se invocan en el motivo séptimo del recurso, que igualmente debe ser estimado, porque el retracto procede también cuando se vende un piso agrupado con otro u otros del inmueble, ya se vendan por precio distinto para cada uno o por un solo precio para todos ellos, en cuyo último supuesto se ha de otorgar el retracto por el precio que realmente corresponda al piso objeto del mismo dentro del global fijado en la escritura para todos los vendidos; sin que, por otra parte, la sentencia contenga declaración, ni en el pleito se haya planteado cuestión alguna, en torno a si lo vendido ... era o no todo lo que en la finca pertenecía a la vendedora.

«Considerando (4.º) que ... es obligado el dejar sin efecto la sentencia recurrida, y, actuando esta Sala como Tribunal de instancia el decidir sobre la procedencia de los retractos intentados, siendo la respuesta afirmativa, y ello por cuanto se deja dicho ... y, además, porque el hecho de que los intervinientes en la escritura de 28 de marzo de 1959 hayan convenido en acto de conciliación celebrado con posterioridad al ejercicio de las acciones de retracto que el contrato en dicha escritura reflejado no es de compraventa, sino una donación, no impide el éxito de aquéllas, ya que entender lo contrario conduciría al absurdo de dejar el derecho a retraer del inquilino ... a merced de una con-fabulación de quienes celebran el contrato que dió lugar al nacimiento de su derecho, los cuales contratantes, en este caso, se autocalifican de coautores de la supuesta simulación, que uno de ellos pretende utilizar en perjuicio de tercero.»

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965.—Resolución de contrato de local de negocio: la condena a la devolución de los bienes muebles arrendados con el inmueble implícita en la de devolución del inmueble y la resolución de los subarrendados implícita en la del arrendamiento.

Estima el recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado) por la Audiencia territorial, confirmando, excepto la condena en costas, la del Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar a la Resolución del contrato por subarriendo.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida en su penúltimo Considerando, que hay que tener presente como aclaratorio del fallo, declara que, no habiéndose hecho pronunciamiento expreso en la sentencia apelada respecto a la entrega por los demandados a los actores de las máquinas y herramientas relacionadas en el hecho primero de la demanda, solicitada en ésta, ha de entender que los peticionarios han renunciado a que se verifique, porque, habiendo consentido tal resolución sin apelar ni haberse adherido a la apelación formulada por uno de sus adversarios, no hay manera de ocuparse ahora de este extremo, respecto al cual es inalterable dicha resolución; pero en la sentencia de primera instancia hay que considerar implícitamente estimada la devolución de las maquinarias y herramientas de referencia como consecuencia obligada de la resolución del contrato de arrendamiento, del mismo modo que, como secuela de esta resolución, se entiende estimado el pedimento de resolución de los contratos de subarriendo derivados del arrendamiento de autos, aunque explícitamente no se contenga su estimación en el fallo de primera instancia; y, al no entenderlo así la sentencia recurrida, por cuanto, si bien dice confirmar la sentencia apelada excepto su pronunciamiento sobre costas, precisamente revoca éste (que fué de expresa imposición al demandado comparecido, por haberse rechazado todas sus peticiones y estimado todas las de la parte actora) . . por entender que no se estiman en su totalidad las pretensiones de los demandantes, infringe con ello la doctrina legal en relación con el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea, y los artículos 1.561 y 1582 del Código civil, por violación...»

SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965.—*Excepción a la prórroga legal del contrato de arrendamiento de local de negocio por continuada permanencia del mismo cerrado (Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 62, caso tercero): «justa causa» del cierre.*

Desestima el recurso de injusticia notoria interpuesto por los actores contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda de resolución de contrato.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida acepta los 'Considerandos' de la de primer grado, y en su propio 'Considerando' segundo se atiende, por lo que a la enfermedad del demandado (arrendatario) respecta, a lo que resulta acreditado por el certificado médico, de donde se ve que la sentencia impugnada no dice que el tiempo de duración de dicha enfermedad coincide con el período de tiempo a que se contrae la demanda inicial, sino que lo que en realidad afirma es que tal enfermedad ha consistido en un proceso finico-infiltricio bilateral, a consecuencia de lo cual estuvo impedido de ejercer actividad de negocio desde el 8 de febrero de 1961 al 13 de julio de 1962, y, apreciando tales hechos, los estima constitutivos de 'justa causa' del cierre del local de negocio discutido durante el tiempo a que se contrae la demanda inicial, esto es, el comprendido entre el 6 de septiembre de 1960 y el 26 de junio de 1962; y, siendo así que los documentos que se invocan en el motivo primero del recurso, amparado en la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no contradicen la realidad de la enfermedad, su duración ni su influencia en la aptitud, o capacidad, del arrendatario demandado para ejercer en el

local actividad de negocio alguna, que son las premisas de hecho en que se basa la sentencia, procede su desestimación».

«Considerando (2.º) que igual pronunciamiento desestimatorio se ha de adoptar en cuanto al segundo ... motivo, porque la Ley deja al arbitrio del Juzgador el determinar si, en vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, existe en favor del arrendatario una 'justa causa' de cierre, cuyo juicio ha de ser respetado siempre que haga uso de tal facultad de un modo prudente y razonable cual aquí acontece, ya que no puede estimarse imputable al arrendatario esa pasajera inactividad negocial que le fué impuesta por enfermedad padecida durante la mayor parte del tiempo a que se extiende el cierre denunciado en la demanda, sino, por el contrario, debida a una causa extraña y superior a su voluntad y, por tanto, justificativa de tal cierre.»

SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965.—*Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio: segunda transmisión «mortis causa» de la cualidad de arrendatario (texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, disposiciones transitorias 11 y 12).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que había declarado la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por causa de segunda subrogación *mortis causa* del arrendatario.

«Considerando (1.º) que, conforme a lo dispuesto en el artículo 60. disposiciones transitorias 11 y 12 y disposición final primera del hoy vigente texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, y a lo prevenido en sus concordantes de la Ley de 11 de junio anterior, las dos subrogaciones a que se refiere el número 3 del citado artículo 60 serán aplicables a los contratos de arrendamiento de locales de negocio actualmente vigentes, cualquiera que hubiere sido el número de las subrogaciones anteriores, y ello con efecto retroactivo, salvo que en la fecha 1 de julio del mismo año (1964) hubiere recaído sentencia firme que declare resuelto el contrato, supuesto este último que no es el de autos, ya que en dicha fecha el proceso estaba pendiente del presente 'recurso de injusticia notoria'.

Considerando (2.º) que esa nueva legalidad aplicable al caso debatido obliga a rechazar el recurso interpuesto contra sentencia que .. desestima la pretensión resolutoria fundada en la existencia de una segunda subrogación que se dice operada en el año 1962 ..»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ

M E R C A N T I L

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965.—*Sociedad mercantil: Constando en el contrato social (que por cierto era un documento privado, es decir, se trataba de una Sociedad irregular) que en caso de muerte de uno de los socios podrían los sobrevivientes optar por la continuación con los herederos del premuerto los negocios sociales, o liquidar en cuanto a los tales herederos la Sociedad, sin expresar plazo para efectuar la opción, al ocurrir el óbito de uno de los socios, si siguieron los sobrevivientes los negocios sociales con los herederos del fallecido sin hacer ninguna manifestación oral ni escrita acerca de su opción, ha de estimarse que tácitamente eligieron continuar la Sociedad con los herederos del premuerto, por exigirlo el principio de la buena fe que debe presidir en los contratos* (Ponente: E. Aguado González).

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965.—*Sociedad Anónima: Constando en los Estatutos que las dos personas que se designan administradoras de la Sociedad precisan concurrir, tanto para representarla como para usar de la firma social, los actos realizados por uno solo de los administradores sin el concurso del otro, «son nulos de pleno derecho», aun cuando su nombramiento se hubiese inscrito en el Registro mercantil* (Ponente: D. de la Cruz Díaz).

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1965.—*Sociedad Anónima: Juntas de accionistas. Valor de las normas estatutarias que exigen para la segunda convocatoria iguales requisitos que para la primera* (Ponente: F. Rodríguez Solano).

Contiene esta interesante sentencia tres apreciaciones: Una de índole procesal, otra de Derecho mercantil, y la otra de carácter registral. Veámoslas:

1.ª Los Estatutos de la Sociedad no son cauce hábil para instar el recurso de casación al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues sólo lo son las normas que tengan el carácter de Leyes del Reino, definidoras de los derechos civiles, como indicó la sentencia de 19 de junio de 1964.

2.ª La segunda convocatoria tiene por finalidad facilitar el desenvolvimiento de la vida social y evitar que la inasistencia de determinado grupo de accionistas minoritarios imposibilite la solución de los problemas que el ente mercantil tenga pendientes, lo que no se conseguiría de no someterse a un régimen de asistencia y votación más benévolo que el requerido para la primitiva asamblea, según se desprende de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 1956, es evidente que la autorización concedida por el artículo 51 (se refiere a la Ley de Sociedades Anónimas) a los Estatutos sociales para aumentar los requisitos a que ha de ajustarse la celebración de las Juntas de accionistas, no puede entenderse en el sentido de que se les permita

suprimir la segunda convocatoria o equipararla a la primera en cuanto a las mayorías que deben concurrir para la efectividad de sus acuerdos, puesto que ello no sólo se opondría a la práctica mercantil, sino incluso a los términos en que está redactado el artículo 58 (se entiende de la Ley de Sociedades Anónimas).

3.ª La circunstancia de que determinado artículo de los Estatutos, que exige iguales formalidades para la segunda convocatoria que para la primera, se inscribiera en el Registro mercantil correspondiente, después de su adaptación a la Ley, no es obstáculo a lo declarado en el párrafo anterior, porque los asientos registrales de tales Oficinas no pueden sanar los vicios invalidatorios de los títulos a que se refieren, según el artículo 3.º de su Reglamento.

III.—TÍTULOS VALORES

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1964.—*Letra de cambio: El convenio celebrado entre el actor y demás acreedores del aceptante de la letra, constituye un auténtico pago, y, como tal, oponible eficazmente, no sólo en el proceso ordinario en que se excepciona, sino, conforme al artículo 1.464 de la Ley Procesal, aun en el ejecutivo a que las letras, adornadas de la totalidad de los requisitos legales, pueden dar origen* (Ponente: D. de la Cruz Díaz).

IV.—CONTRATOS.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1964.—*Sociedad regular colectiva: Siendo la Sociedad arrendataria de un local de negocio, cuando los dos socios únicos ceden a un tercero parte del capital social, se produce un cambio en la organización interna de la Sociedad arrendataria, que implica un traspaso ilegal del goce o uso del local, determinando la resolución del contrato de arrendamiento* (Ponente: G. Díez Canseco y de la Puerta).

NOTA.—La sentencia no acoge la aguda argumentación del recurrente de que la Sociedad tiene personalidad distinta de la de sus socios, lo que imposibilita a éstos para ceder el contrato de arrendamiento que a aquélla correspondía en calidad de arrendataria.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965.—*Mandato; comisión mercantil: Actuando el comisionista en nombre propio (aunque por cuenta del comitente), sin poner en conocimiento del otro contratante la representación que ostenta, queda el primero vinculado con el tercero, frente a quien debe responder directa y personalmente de las obligaciones contraídas, de conformidad con los artículos 246 y 245 del Código de comercio y 1.717 del Código civil* (Ponente: F. Solano y Espín).

ALGO MAS ACERCA DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES
EN LA COMPRAVENTA MERCANTIL

En el número anterior (pág. 125) decíamos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de determinar el «lugar de cumplimiento de la obligación» para determinar la competencia de la compraventa mercantil (y singularmente en cuanto a la reclamación del precio por parte del vendedor se refiere) cuando vendedor y comprador tienen domicilio distinto y no existe sumisión expresa. Entonces poníamos de relieve que nuestro Alto Tribunal se había decidido por designar como lugar de cumplimiento de la obligación de estos casos el del domicilio del vendedor, en donde se estima se entregaron los géneros vendidos.

Pero esta regla actúa sólo cuando los objetos vendidos son transportados por cuenta del comprador, ya sea porque así se diga expresamente en alguna de las sentencias citadas en el lugar indicado (a las que añadimos las de 22 y 27 de enero de 1965), ya sea porque no se diga nada acerca de si se remitieron a porte debido o a porte pagado (como ocurre en la sentencia de 9 de diciembre de 1964).

En cambio, el Tribunal Supremo ha entendido que si las mercaderías vendidas viajan por cuenta del vendedor—y tal ocurre cuando se pacta el contrato «franco porte»—, la entrega se entiende realizada en el domicilio del comprador, cuyos Tribunales son los competentes (así, sentencia de 20 de enero de 1965, que ratifica otras anteriores).

Finalmente, se nos ocurre preguntar: ¿Debe regir el mismo criterio para determinar quién soporta los riesgos en el caso de que se deteriore o pierda durante el viaje la cosa vendida?

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

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL DERECHO

1. FUENTES DEL DERECHO.

A) *Normas no publicadas en el «Boletín Oficial del Estado»: sus efectos.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., 4.723).

«Como quiera que dicha Circular no consta fuese publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, y desde luego no se publicó en el de la provincia de Salamanca, es evidente que tal disposición de carácter general, válida y operante para la actuación interna del Servicio, no puede producir efectos jurídicos en perjuicio de los administrados que la ignorasen, a tenor de lo dispuesto en los artículos 46 y 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuya virtud, para enjuiciar el caso litigioso, ha de estarse estrictamente a la normativa reglamentaria.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1964.

«En cuanto a la supuesta vulneración de las Ordenes que se mencionan por la parte actora al producir el segundo de los motivos de pretendida nulidad del procedimiento administrativo, que quedan relacionados, no es posible admitirlo como eficiente al efecto. En primer lugar, porque dichas disposiciones ministeriales ni constan en el expediente, ni aunque constasen no tendrían fuerza de obligar al no haber sido publicadas. Podría ser de aplicación a los casos particulares lo que disponen y para los que serían dictadas; y ahí que hayan recaído en expedientes determinados—según se deduce de la cita que de las mismas hace la demandante—; pero nunca, por consiguiente, con carácter general, y por eso no aparecen promulgadas.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.586).

«Lo que ha sido expresado claramente, según razona la Resolución combatida en la Circular de 21 de mayo de 1960, que ciertamente no fué publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, pero que por la especialidad profesional del recurrente no puede suponersele extraña.»

B) *Principio de jerarquía de normas.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.233).

«... el sentido de esa Orden de 26 de marzo de 1954 no puede ser de obligar a los Ayuntamientos a cumplir obligaciones de que claramente les ha eximido

la Ley de 17 de julio de 1945, y el Decreto-Ley de 18 de diciembre de 1953, que traspasaba al Estado la obligación de suministrar casas a los maestros; y si se interpretara en el sentido de que a pesar de lo dispuesto en la Ley la Orden disponía que se siguieran suministrando esas casas sería ineficaz o nula por el principio de jerarquía de las normas reconocido por nuestras Leyes y jurisprudencia...»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.468).

«Una Orden de 25 de mayo de 1959, que, aun en el supuesto de que cupiera darla la interpretación que se pretende carecería de fuerza de obligar, al contravenir preceptos de rango superior, conforme a los artículos 23 y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de fecha 26 de julio de 1957.»

C) *Principios generales del Derecho.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.431).

«... es doctrina reiteradamente declarada por esta Sala y lo es además como principio universal la de que nadie puede ir contra sus propios actos, salvo que se tachen de fraudulentos, involuntarios o contrarios a derecho...»

D) *Precedentes. No son fuente de Derecho.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.303).

«Los precedentes administrativos al margen de la normatividad aplicable no vinculan a la Jurisdicción Contencioso-administrativa ni alteran la norma aplicable.»

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) *Naturaleza administrativa de los actos.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.990).

«El otorgamiento o denegación del permiso para derribar y construir, atribuido a los Gobernadores civiles por los artículos 78 y 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956, es un acto administrativo, corolario o manifestación de la política estatal de aliento a la construcción de viviendas, con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez; sin que la circunstancia de que tal licencia gubernativa esté encajada en la Ley de Arrendamientos Urbanos borre la naturaleza de acto administrativo de tal

permiso; el cual, en este aspecto, es algo destacado y distinto de las repercusiones y derivaciones que la utilización y puesta en práctica de dicho permiso, si es concedido, determina en las relaciones jurídico-civiles derivadas del contrato de arrendamiento entre el arrendador y los inquilinos.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.990).

«El hecho de que Resoluciones administrativas puedan influir en el régimen de prórroga legal de los contratos de arrendamiento, no las hace civiles ni las sustrae al Derecho administrativo, tanto en su aspecto objetivo o de tramitación como en el sustantivo, dichas Resoluciones gubernativas.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.590).

«Es patente—y la jurisprudencia de esta Sala lo ha declarado con reiteración—el sentido preciso y restrictivo que debe darse a la expresión 'actos políticos del Gobierno' contenida en el citado apartado b) del artículo 2.º de la Ley; tanto en el aspecto formal, por el que solamente serán tales actos los del Gobierno en su conjunto y no los del titular de un determinado Departamento ministerial exclusivamente, como en el aspecto sustancial, porque sólo lo serán los que se refieran a los fundamentos mismos del Estado en cuanto tal, su seguridad, su defensa y sus principios básicos, característica claramente indicada en la enumeración que hace el citado apartado b), la cual, aunque no sea exhaustiva, refleja, no obstante, como ejemplificadora de modo suficiente, un criterio homogéneo de agrupación; del que la exégesis del precepto no debe salirse; pues una interpretación como la pretendida por el representante procesal de la Administración—postura que ésta en la tramitación gubernativa no ha adoptado en ningún momento—llevaría a cerrar el acceso a la impugnación judicial contra actos que se entendiese eran actuaciones de una llamada 'política docente', 'política comercial' o expresiones semejantes; lo que conduciría—contra lo que es una de las notas esenciales de un Estado de Derecho—a eliminar casi por completo la Jurisdicción Contencioso-administrativa; por lo cual no debe acogerse la alegación de inadmisibilidad aducida por la Abogacía del Estado.»

B) *Inexistencia de acto administrativo.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.838).

«... no cabe se conozca jurisdiccionalmente en cuanto a extremos sobre los cuales no se ha pronunciado la Administración, por no haber sido sometidos a la misma, ya que no existe declaración o negativa de derecho y, por tanto, Resolución alguna, contra la que pudiera plantearse la acción en esta vía.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.479).

«La naturaleza revisora de la función jurisdiccional impide a los Organos que la ejercen conocer de cuestiones que, por no haber sido planteadas ante

la Administración en el momento oportuno, quedaron sin estudio y pronunciamiento por parte de ella.»

C) *Efectos del silencio administrativo.*

a) *En vía de petición.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.297).

«No es suficiente la tardanza en resolver para que la petición se entienda desestimada por la doctrina del silencio administrativo, ya que es indispensable la denuncia de la mora.»

b) *En el recurso de alzada.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.993).

«El artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, específicamente referido a la desestimación presunta del recurso de alzada, establece que se entenderá producida de modo automático, cuando transcurran tres meses desde la fecha de su interposición, quedando entonces expedita la vía procedente, en cuya virtud don Diego R. B. pudo utilizar la contenciosa a partir del 24 de mayo de 1962, en que venció el aludido plazo trimestral, y si no lo efectuó permaneciendo inactivo hasta el 28 de noviembre del propio año en que formuló ante la Administración una innecesaria denuncia de la mora, acaso para cubrir la caducidad del plazo de igual duración fijado para interponer el recurso contencioso-administrativo, las consecuencias procesales de su pasividad se concretan en la inadmisibilidad del mismo, pues resulta a todas luces improcedente provocar la emanación de un nuevo acto tácito como el recurrente pretende, a los artículos 94 de la Ley procedimental y 38 de la jurisdiccional, que contemplan el supuesto diferente de que la interpelación del particular se verifique por vía de petición y no por vía de recurso jerárquico.»

c) *En el recurso de reposición.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1965 (Arz., número 5.522).

«... La ficción jurídica de existencia de un acto administrativo, tácitamente denegatorio por silencio, no adquiere firmeza hasta que transcurre el año, durante el cual ese acto tácito es impugnabile en vía jurisdiccional, y si dentro de este año, como ocurre en el caso litigioso, la Administración se pronuncia expresamente, aun cuando sea desestimando la reposición, no puede decirse que con ello confirma un acto anterior firme e irrecurrible, sino que se pronuncia expresamente en resolución impugnabile ante esta vía, según lo establecido en el número 1 del artículo 58, ya citado.»

d) *Efectos especiales del silencio positivo.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 4.835).

«Que conforme a los artículos 165 y 166 de la Ley del Suelo y 8.º y 9.º, número 7, apartado a), del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, armonizados por lo que respecta a la construcción de viviendas de protección estatal con el artículo 7.º de la Orden de 1 de febrero de 1958, tal como quedó redactado a virtud de la de 28 de febrero de 1962, estarán sujetas a previa licencia las obras de nueva planta y la modificación de estructuras y aspecto exterior de las existentes, siendo competente para expedirle el Ayuntamiento de la localidad, que habrá de concederla o denegarla, con indicación de motivos en este último supuesto, en el plazo de dos meses, transcurrido el cual sin que se hubiera notificado Resolución expresa, podrá el peticionario acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo, y si en el término de otro mes no recayera acuerdo, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo; debiendo los promotores que hubiesen obtenido la cédula de calificación provisional de viviendas subvencionadas presentar en plazo de cuatro meses ante la Delegación provincial del Ministerio del Ramo la licencia expedida o justificar que concurren las circunstancias para que la autorización se entienda concedida tácita y automáticamente.

Que el relacionar tales preceptos con el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que admite por vía de excepción el efecto positivo del silencio en materia de autorizaciones, y con el 369 de la Ley de Régimen Local, enunciador del principio de irrevocabilidad de los acuerdos municipales declaratorios de derechos subjetivos, se evidencia que al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede en ninguna de sus esferas desconocer, contradecir ni alterar, mediante la emanación de un acto posterior expreso, la situación jurídica consolidada al amparo del tácito originario, ya que el conjunto de las autorizaciones *ex lege* que el mismo implica, gozan de idénticas garantías de estabilidad y permanencia que si hubieran sido otorgadas de modo expícito, como declararon las sentencias de la Sala de 29 de enero de 1958, 8 de junio de 1961 y 23 de noviembre de 1962, siempre que no se rebasen las normas de ordenanza según enseña la de 31 de octubre de 1963.»

D) *Irrevocabilidad* (véase la sentencia anterior).

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.433).

«Que la Administración, salvo los excepcionales supuestos previstos en las Leyes y mediante los procedimientos especiales en ellas establecidos, no puede anular sus actos declaratorios de derechos de los administrados, ya que de otro modo se atentaría a elementales principios de seguridad jurídica de los mismos, debiendo la Administración sufrir las consecuencias de su propia actuación...»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.523).

«Que es principio fundamental de nuestro régimen jurídico el de que la Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, y así figura expresamente consignado en el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en el 110 de la de Procedimiento Administrativo, en cuyos preceptos aparecen las únicas excepciones establecidas a esa norma general, que han venido a ampliar las facultades administrativas para llevar a cabo la revisión de oficio contenida ya en el artículo 56 de la Ley de la jurisdicción, siguiendo nuestro Derecho tradicional expresivo de que cuando la Administración autora de algún acto pretendiese demandar ante aquélla su anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años a contar de la fecha en que hubiese sido dictado, admitiendo las Leyes primeramente citadas la posibilidad de que la revisión se realice por la propia Administración sin limitación de plazo cuando se trate de errores materiales o de hecho, según señalan los indicados artículos 37 y 110, e incluso cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley según dictamen del Consejo de Estado y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados.

Que al aplicar los expresados preceptos legales al caso que se contempla en el recurso, se aprecia que el Órgano administrativo que emitió en 20 de marzo de 1962 el acuerdo de actualización de haberes pasivos del recurrente y por el cual reconoció, acertada o erróneamente, a aquél el sueldo del empleo de capitán para integrarle en el regulador que sirvió de base para dicha actualización, ha vuelto de su referido acto propio y, por sí mismo ha negado el derecho al indicado sueldo de empleo militar, atribuyéndole en su lugar el del empleo de teniente, y en vez de operar en la actualización con el 90 por 100 del regulador del empleo superior, lo realizó con el 66 por 100 del inferior, en función de los años de servicios computables, en el acuerdo de 22 de febrero de 1963, y al verificarlo así, no tratándose de un error material o de hecho, sino de estimación de concepto que afecta a la existencia del derecho primeramente reconocido y después negado, sin haberse solicitado en forma adecuada el dictamen del Consejo de Estado sobre la posible infracción manifiesta de Ley cometida al realizar dicho reconocimiento de derechos, no se está en ninguno de los dos casos de excepción establecidos en el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico, por lo que la Administración debió haber acudido a esta vía jurisdiccional, previa declaración de lesividad, para obtener su anulación si fuere procedente y no desconocer por sí un derecho que había declarado, recurriendo al singular motivo de haberse cometido error involuntario en el acto administrativo, sin reparar en que la posibilidad de rectificación sólo le corresponde cuando los errores son de índole material y de hecho, pero no cuando, según sucede en el presente caso, lo son de concepto o de criterio en la aplicación de normas legales a sus condiciones y circunstancias personales, como se evidencia ante los dos actos indicados, tan diferentes en cuanto a los derechos en ellos reconocidos.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.866).

«... Según el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, la Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derecho, salvo cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados, y según el número 2, en los demás casos, para conseguir la anulación de sus actos, la Administración ha de declararlos previamente lesivos para el interés público e impugnarlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y por ello si se estima que la señora C, o cualquier otro funcionario del Patronato «Juan de la Cierva», percibe cantidades superiores a las que le han debido ser reconocidas, deberá procederse en la forma indicada, sin que sea dable corregir el error que haya podido existir en la clasificación realizada por una decisión que indudablemente lesiona los derechos que le hayan sido reconocidos por las disposiciones que se comentan...»

3. ACTOS DISCRECIONALES.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.894).

«La Corporación estaba dotada, para resolver el concurso, de una facultad de apreciación discrecional, dentro de los motivos legales de preferencia; entendiéndose la discrecionalidad en el único sentido admisible tras la precisión conceptual iniciada por el Preámbulo de la Ley Jurisdiccional, y desarrollada por la doctrina de este Tribunal, es decir, el de conceder a las entidades o autoridades encargadas de la gestión de los asuntos públicos cierto mínimo de crédito en orden a su favorable situación para conocer directamente motivos y circunstancias menos perceptibles a través de ulteriores procesos revisores, ya jerárquicos, ya jurisdiccionales; pero nunca hasta el extremo de prescindir de la adopción de un criterio razonable y expresado, que pueda ser conocido ulteriormente cuando tenga realidad alguno de los procesos revisorios; ni tampoco equiparando insensible o tácitamente la discrecionalidad que actualmente subsiste, con la vieja noción equivalente a arbitrariedad o libre Resolución exenta de cualquier deber justificatorio.»

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) *Presentación de escritos a la Administración.*

a) *Forma y efectos.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.311).

«... Los recurrentes pretenden fundar el indicado error padecido en que ha de entenderse como fecha de presentación del mentado escrito la de su depósito en la Oficina de Correos de Gandía, en conformidad con lo que esta-

blece el párrafo 4.º del artículo 66 de la misma Ley de Procedimiento en relación con su párrafo 3. Pero inconcluso resulta que la condición que para la debida autenticidad de la fecha impone este precepto (concordado con el párrafo 3 del artículo 1.º de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 20 de octubre de 1958) no aparece cumplida por los interesados recurrentes, pues de aquel expediente sólo aparece que, bajo el número 21, fué registrado en la Oficina Postal en envío certificado (carta) dirigido al Ministerio de referencia anterior, mas no consta que la correspondiente plica contuviese el indicado escrito, al faltar en el registrado en el Departamento ministerial el requisito de fecha y sello por el funcionario de Correos; omisión que en ningún modo puede tenerse por subranada con lo que expresa la certificación del Administrador de la Estafeta acompañada con el escrito de recurso de reposición interpuesto contra el de inadmisión del de alzada, asegurando aquel documento que el que lo suscribe selló los cuatro folios del escrito que se remitía certificado, porque en el que aparece registrado en el Ministerio y que obra en el repetido expediente gubernativo no consta tal sello y no se compone más que de dos hojas; por lo que no puede tenerse como auténtica otra fecha de presentación más que la de entrada en el Ministerio.. »

b) Naturaleza y calificación de los escritos.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.854).

«... Como según el artículo 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo, los escritos tienen la naturaleza y deben ser tramitados conforme a lo que se deduce de su propia esencia, cualquiera que sea la denominación que se les dé por quienes los suscriben, no es difícil concluir que la petición de rectificación de una Orden por la propia autoridad que la dictó para que se incluyera en ella, o entre los beneficiados directamente por ella, al actor, debe ser calificada como recurso de reposición...»

B) Audiencia de los interesados.

a) Supuestos de necesidad y consecuencias de su omisión.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.852).

«... No pudiendo, por otra parte, sostenerse que en el caso presente no pueda estimarse necesaria la audiencia del recurrente por ser graciable por parte del señor Ministro del Ejército la admisión del interesado como Mutilado Permanente D., ya que la graciabilidad o discrecionalidad de la Resolución no significa en modo alguno decisión arbitraria, y es evidente que el uso racional y fundado de la facultad graciable debe apoyarse en las mismas garantías de defensa de los derechos de los administrados que, con carácter general, ha establecido el legislador al adecuar el procedimiento administrativo.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.026).

«Al no habérsele comunicado el expediente, como inequívocamente ordenan los artículos 23 y 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se incidió en

un vicio de procedimiento que causaba la nulidad radical y de pleno derecho del expediente administrativo a partir de las diligencias posteriores a la presentación de los escritos.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.043).

«Como en el expediente de revisión no se cita ni oye al tercer adquirente, a pesar de que sus derechos podían resultar directamente afectados por la decisión que se adoptare en aquel expediente, es obvio que por la Administración se incidió en un vicio de procedimiento que determinaba, por ministerio del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la nulidad radical y de pleno derecho del expediente administrativo.»

b) Supuestos de innecesariedad.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.487).

«Si bien el artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958 no enumera entre las disposiciones reguladoras de procedimientos especiales subsistentes según la disposición final primera, párrafo 3 de la repetida Ley de Procedimiento, el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, relativo a concesiones por interés público, ha de entenderse que continúa su vigencia, en cuanto a la obligatoriedad de la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas en los Registros establecidos por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, por cuanto se refiere al Reglamento de la Ley Hipotecaria, para los efectos de esta clase de inscripciones necesarias cuando se contrae a los requisitos necesarios cuando se funden en la prescripción; y no hay que olvidar que en la actualidad la información posesoria a la que hace referencia dicho artículo 3.º del expresado Real Decreto es sustituida por el Acta notarial de notoriedad. Y como en dicho procedimiento especial (cuya vigencia a los efectos que se examina es reconocida por jurisprudencia de esta Sala, que aparece, entre otras, en sentencias de 14 de marzo y 7 de mayo de 1960) no se exige el trámite que se pretende omitido (que ha de entenderse cumplido con la citación y presencia de los interesados en el Acta notarial y en la confrontación de terreno por el técnico correspondiente), es evidente que el defecto denunciado no se ha producido.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.365).

«Sin que tampoco pueda ser admitida la nulidad alegada, por estimar que no ha cumplimentado debidamente el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, toda vez que dicha Ley es de aplicación a la Administración General del Estado y únicamente tiene el carácter de supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las corporaciones locales cuyas disposiciones orgánicas y reglamentos desenvuelven en cada caso los trámites a efectuar en los expedientes que tramiten conforme asimismo reconoce la disposición final cuarta de la Ley que se comenta.»

5. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ILEGAL.

A) *Actos consentidos, cuya revisión no puede provocarse.*

a) *Supuestos de actos consentidos.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.908).

«El hecho de que la Administración haya dictado una Resolución a esta segunda instancia del interesado de 1962, proveyendo de nuevo sobre una de las peticiones ya deducidas en la primera por el mismo, casi cinco años antes, concretamente sobre la de su ascenso a coronel, con la antigüedad que pretendía, denegándola otra vez, no puede privar a la anterior Resolución de 27 de enero de 1959 del carácter de firmeza que había adquirido, por no haber recurrido contra ella el actor en ningún momento, sino que al haber dictado otra Resolución, idéntica sobre la misma petición anterior es evidente un acto graciable que no tenía obligación de llevar a cabo, y por todo ello éste debe ser declarado inadmisibile.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.913).

«Se invoca como fundamento de la inadmisibilidad la concurrencia de la causa prevista en el apartado c) del artículo 82 en relación con el apartado a) del 40 de la Ley jurisdiccional, por entender que las antigüedades escalafonables que al recurrente corresponden en los empleos de alférez y teniente fueron las señaladas oportunamente de 21 de marzo de 1938 y 22 de marzo de 1939, respectivamente, por Resoluciones anteriormente dictadas que son firmes y consentidas y que las dos recaídas en febrero y en marzo de 1963, que ahora se impugnan, constituyen actos que son reproducción y confirmación de aquellos acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma y como del examen del expediente administrativo resulta, y el propio impugnante reconoce que las expresadas Resoluciones que fijaron su antigüedad en los dos indicados empleos fueron por él consentidos al no haber promovido recurso contra las mismas, es obligado acoger el motivo de inadmisión.»

b) *Inexistencia de acto consentido.*

a') *Supuestos de inexistencia de acto impugnabile previo.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.067).

«Hasta la reclamación de créditos ahora controvertida no se ha planteado formalmente por los interesados ninguna otra anterior que haya sido concretamente denegada; sin que sea lícito estimar que la percepción parcial de haberes suponga una renuncia a los dejados de percibir, en relación con los cuales tiene siempre expedita su acción el funcionario, sin otra limitación que la establecida, en cuanto al tiempo, en el artículo 25 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública al señalar el plazo de cinco años para la prescripción de créditos contra el Estado.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.070).

«El hecho de no haberse recurrido el escalafón provisional no impide entablar recurso contra el definitivo, puesto que sólo éste es el recusable, según dispone el artículo 121 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

b') *El consentimiento y la notificación correcta del acto.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.697).

«La interposición de un recurso improcedente no puede servir para prorrogar los plazos en que debió ser impugnada una Resolución, a no ser que el interesado fuera inducido a error por una indicación de la Administración.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.828).

«Al notificarse esta Resolución se le dió el texto íntegro de la misma, pero se omitió la indicación del recurso procedente, la notificación fué defectuosa, por incompleta, y por tanto, conforme al párrafo 3 del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sólo surtirá efecto a los seis meses, estando mientras tanto viva la posibilidad de ejercitar cualquier recurso procedente.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.983).

«Que al indicar la Dirección General de Previsión una vía administrativa errónea, infringió el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual, toda notificación debe contener la expresión de los recursos procedentes contra la Resolución notificada, requisito que según jurisprudencia de esta Sala reiterada en sentencias de 10 de junio de 1959 y 29 y 16 de noviembre de 1963, no se cumple si se consignan los que no son utilizables y se omiten los pertinentes en Derecho.

Que el artículo 59 de la Ley reguladora de esta jurisdicción prevé y sanciona el incumplimiento de aquellas normas administrativas, estableciendo que no se tendrán por válidas ni producirán efectos legales ante la jurisdicción contencioso-administrativa las notificaciones mal practicadas, salvo si los interesados, dándose por enterados, utilizaren en tiempo y forma el recurso contencioso-administrativo, circunstancias que no concurren en el caso que se está estudiando y resolviendo, ya que el interesado, al acudir en alzada al órgano indicado en la notificación, dejó firme y consentida la Resolución por no recurrir en tiempo y forma en la vía competente y jurisdiccional, imponiéndose reparar el agravio y situación de indefensión manifiesta en que se colocó al demandante, y mandar que se practique de nuevo la diligencia de notificación, sin estimar el motivo de inadmisibilidad alegado por la Administración demandada, con invocación y cita del apartado c) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional pretendiendo que ganó firmeza el acuerdo de la Dirección General de Previsión de 28 de enero de 1963, porque la Administración, según doctrina de esta Sala, reiterada en sentencias de 14 de octubre y 7 y 9 de diciembre de 1963, no puede

invocar ni aprovechar, en perjuicio del particular, errores imputables a la misma en la tramitación de los expedientes, incumbiendo a estos Tribunales anular las transgresiones formales que perjudiquen gravemente la defensa de los derechos o intereses reclamados o discutidos en aquellos expedientes por los particulares.»

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.830).

«El plazo para recurrir en vía administrativa o contenciosa se abre a partir del momento en que se notifica el acto posterior expreso, criterio ya sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—sentencias de 19 de noviembre de 1962 y 23 del mismo mes y año y 25 de marzo de 1963—, sin que pueda pretender que el acto posterior sea confirmatorio del anterior no expreso, pues en virtud del principio de la garantía que el silencio administrativo supone en beneficio exclusivo del administrado, éste, aunque se haya producido una denegación presunta de sus peticiones, puede esperar a que la Administración, cumpliendo su obligación, dicte acto expreso y recurrirlo.»

SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.508).

«La predicha notificación demuestra que fué practicada con error al señalar como recurso procedente contra aquella Resolución la demanda ante la Magistratura del Trabajo, con lo cual se vicia la validez de ella, por lo que al admitir a trámite al Ministerio de la Vivienda el recurso de alzada interpuesto contra lo resuelto por la expresada Comisión, indudable que obró con acierto, dado que el cómputo del plazo para dicho recurso hubo de contarse a partir de la fecha en que por la parte se hizo manifestación expresa en tal sentido y se interpuso el recurso pertinente, conforme preceptúa el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.832).

«... Las Resoluciones de los Subsecretarios y Directores generales relativas al personal ponen fin a la vía administrativa, y por tanto, la dictada en el caso que se contempla por la Dirección General de previsión en 5 de marzo de 1962, por la que se denegó al actor la pretensión de que se le conceda el nombramiento de cirujano del Seguro Obligatorio de Enfermedad en España por llevar desempeñando dicho cargo con carácter interino durante más de diez años, agota la vía gubernativa, no siendo susceptible de nuevo recurso de alzada ante el Ministerio, sino del contencioso-administrativo; por lo que al notificar la Dirección General de Previsión la indicada Resolución previniendo al interesado de su derecho a recurrir en alzada ante el señor Ministro, se indujo a error al recurrente, quien, al dar cumplimiento a lo que se le indicaba como recurso procedente, incidió en una desviación procesal, cuyas consecuencias, según ha declarado reiteradamente este Tribunal, no le son imputables, ni pueden depurarle perjuicio por haber interpuesto el recurso contencioso después de transcurridos más de dos meses desde que se le notificó la Resolución del Centro directivo recurrida, debido al tiempo empleado para la tramitación del improcedente recurso de alzada; por todo lo cual, y toda vez que la materia de procedimiento

es de orden público, procede anular las actuaciones administrativas a partir de la notificación errónea de la Resolución de dicho Centro de 5 de marzo de 1962, para que se practique nuevamente dicha notificación, haciendo saber al interesado los recursos procedentes y puedan así continuarse las actuaciones administrativas con arreglo a derecho.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.048).

«Las Resoluciones impugnadas en este recurso contencioso-administrativo no pueden ser estimadas como firmes y consentidas por la interesada por no haber interpuesto contra las mismas los recursos procedentes en el momento procesal oportuno, ya que esta circunstancia se debió a causas que no pueden ser imputadas a la misma.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.070).

«La circunstancia de haber recurrido el actor en reposición la desestimación de su primera petición, se debió a que así se lo indicó la propia Administración al notificarle 'que contra esta Resolución podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, previa reposición en el plazo de un mes', sin que este error en que pudo incidir el demandante, inducido por la Administración, pueda ser utilizado por ésta para privarle del ejercicio legítimo de un derecho.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.468).

«Al estar incumplido lo preceptuado en los párrafos 1 y 2 del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, del 17 de julio de 1958, según el contenido de su párrafo 3, sólo cabe dar por notificado al actor, cuando éste, al tener conocimiento de la precitada Orden y saber de su existencia, por la referencia de su contenido que se hacía en Resolución ulterior, se dió por enterado de ello, interponiendo contra la misma el recurso pertinente, cual es el presente »

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.299).

«Que aunque el Instituto Español de Moneda Extranjera sea una entidad paraestatal autónoma e inserta en el sistema de la Administración indirecta del Estado, cuyos procedimientos bancarios y demás operaciones técnicas quedan al margen de la normativa procesal común en materia administrativa—según el Decreto de 10 de octubre de 1958 y el artículo 5.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958—, es lo cierto que en sus actuaciones cuando declara derechos e impone deberes a los particulares afectados por su competencia funcional, queda obligado a respetar y observar dos principios fundamentales de los actos propios de las relaciones administrativas, a saber: motivar o razonar el mandato o prohibición que contengan, y señalar a los interesados las consecuencias procesales

que revistan en orden a su impugnación, ya gubernativa, ya jurisdiccional; y ello partiendo de dos clases de motivación jurídicopositiva: una, la de que las normas de la Ley de 17 de julio de 1958—en los aspectos señalados en sus artículos 43 y 79—alcanzan por vía supletoria al Instituto, cuando sus actividades rebasen el ámbito puramente interno, de cálculo y liquidación bancarios o de cualquier otra operación técnica y se exteriorizan con relación a otros sujetos de derechos, como son los administrados, y la otra, que al reconocerse la impugnabilidad de las decisiones sustanciales y finales del Instituto, por el juego de los artículos 1.º y 37 de la Ley de 27 de diciembre de 1956—extremo no controvertido en autos—, resulta aplicable la exigencia del artículo 59 de la misma, en orden a los requisitos de inexcusable cumplimiento por las notificaciones, bajo la sanción de invalidez o privación de efectos legales que establece el segundo número del citado artículo, de no subsanarse la tacha por el acertado ejercicio del recurso contencioso-administrativo, precisamente el supuesto contrario del producido en autos.»

B) Cómputo de los plazos de interposición del recurso de reposición (un mes) y del contencioso-administrativo.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 4.591).

«El mencionado plazo ha de computarse por meses de treinta días naturales, con arreglo al artículo 7.º del Código civil, sin prórroga, según el artículo 121 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, cuya expresa disposición impide que pueda aplicarse como supletorio el artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 5.246).

«Es unánime y reiteradísima la jurisprudencia de que los dos meses a que la Ley alude han de entenderse de 30 días, a tenor de lo dispuesto en el Código civil, sin que pueda aplicarse en esta materia la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisamente por su naturaleza supletoria, que sólo entra en juego a falta de previsión de la Ley especial, y en este caso estatuyó que el término es de dos meses, y éstos son de treinta días; pese a la reiterada jurisprudencia, no es ocioso afirmar una vez más que no estamos en presencia de un trámite procesal propiamente dicho, ni ante un recurso jerárquico, sino ante la iniciación de una instancia jurisdiccional para el ejercicio de la acción impugnatoria, que si no se despliega a tiempo, caduca la acción de impugnación, siquiera justifique el confusiónismo, el que, por respeto a una tradición, la Ley conserva, como dice su motivación, la terminología antigua de recurso. Con referencia al Sindicato Nacional ya se aludió el especial motivo que concurre en la presentación al ser festivo el último día de los dos meses. Este supuesto no está tan claramente previsto en la Ley jurisdiccional, y por ello la jurisprudencia ha solido hacer entrar en juego la supletoria Ley de Enjuiciamiento descontando el último día si era inhábil, y la Sala, percatada del espíritu generoso de la Ley en materia de acceso a la jurisdicción, se decide a seguir ese criterio, tanto más que no se le escapan las dificultades de orden práctico que el administrado tenía

que vencer en muchos casos como éste, y por ello no acoge el motivo de inadmisibilidad afectante a dicho recurrente el Sindicato Nacional del Metal.»

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.832).

«De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.º del Código civil, que ordena que 'si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderán que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas y las noches desde que se pone hasta que sale el sol', es evidente que el recurso contencioso-administrativo ha sido interpuesto fuera del plazo de sesenta días, o sea, de dos meses.»

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.033).

«Que lo dispuesto en el artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que aparece en la Sección 6.ª del libro primero, título 6.º, y bajo la rúbrica «de los términos judiciales...», carece de aplicación, a los efectos de computar el plazo establecido en el artículo 58 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, sin duda porque el título preliminar del Código civil es de validez general para todo el orden jurídico, salvo los supuestos en que leyes especiales dispongan distinta regulación, y las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo son aplicables, en lo que a términos respecta, a los judiciales, sin que pueda ser calificado de esta suerte el de interposición del recurso contencioso-administrativo, porque la denominación 'recurso', como se dice en la Exposición de Motivos de la referida Ley, no significa otra cosa que el respeto a la tradición, pero su naturaleza jurídica es la de pretensión o acción contencioso-administrativa, y el plazo de interposición es el que condiciona la decadencia del derecho a revisar o controlar jurisdiccionalmente los actos y disposiciones de la Administración y, por consiguiente, su firmeza.

Que independientemente del carácter general del artículo 7.º del Código civil, es conforme a este Cuerpo legal la regulación de los plazos de prescripción de acciones que no se computan conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, como es lógico, y sin que se oponga a esta tesis el carácter supletorio de la misma, en relación a la Ley de esta jurisdicción, sin duda porque nada hay que suplir, sino aplicar pura y simplemente la norma que regula el cómputo de los plazos establecidos en las Leyes con carácter general.»

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.274).

«Que conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º del Código civil, armonizado con los artículos 303 y 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cómputo del término de dos meses contados desde el día siguiente a la publicación que para interponer el recurso contencioso-administrativo en el caso de no ser preceptivo el de reposición establece el artículo 58, párrafo 3, apartado b), de la Ley jurisdiccional, ha de efectuarse entendiendo que los meses son de

treinta días sin excluir los inhábiles e incluyendo el de vencimiento, pues así lo ha declarado con reiteración la jurisprudencia de la Sala en sus sentencias de 9 de marzo de 1959, 20 de abril de 1960, 11 de octubre, y, coincidente con las demás de la jurisdicción en el Tribunal Supremo y en concordancia con el acuerdo de la de Gobierno de 18 de octubre de 1957, siendo por tanto, ya regla básica y criterio uniforme en la materia que el plazo de dos meses no designados nominalmente equivale a sesenta días, y que dentro de ellos ha de acudirse necesariamente a la vía contenciosa, ya que una vez transcurridos se tendrá por caducado el recurso procediendo estimar la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82, párrafo f), del precitado ordenamiento legal.»

C) Recurso de reposición.

a) *Su necesidad como requisito previo al contencioso administrativo. (Caso de impugnación indirecta de una norma general).*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.525).

«... El recurrente, al solicitar en el suplico de su demanda que se le releve del cumplimiento de la Orden recurrida, pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, por lo que se encuentra en el caso previsto en el número 2 del propio artículo 53 del texto legal precitado, que enumera taxativamente los casos que están exceptuados del recurso de reposición, como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, no comprende en ninguno de sus apartados al que tiene por objeto impugnar disposiciones de carácter general, excepto en el supuesto previsto en el número 1 del artículo 39, que no es el que constituye este recurso, habremos de concluir que la falta del recurso de reposición mencionado es inexcusable en el caso objeto de este pleito...»

b) *Imposibilidad de subsanar, fuera de plazo, su omisión.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1964.

«La facultad de subsanación comprendida en el artículo 129 número 3 de la Ley, requiere que el Tribunal habilite a la parte un plazo de diez días para hacerlo, pero no autoriza que espontánea y extemporáneamente pueda ésta, aun sin haber sido alegada o acusada la falta por la Administración demandada, interponer el recurso de reposición fuera del término que para hacerlo señala el ya citado artículo 53 de la Ley.»

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.304).

«Si bien la vigente Ley jurisdiccional, en el artículo 129 establece la posibilidad de que se subsanen los defectos en que hayan podido incurrir las partes, no es menos cierto que el demandante no ha hecho uso de esta posibilidad, pues nada ha alegado en el plazo de diez días siguientes a aquel en

que se le notificó el escrito de la Abogacía del Estado, que contenía la alegación de falta del requisito de que se trata, sin que el Tribunal pueda, en este caso, señalar el plazo para la subsanación del aludido defecto, puesto que la falta no la ha apreciado la Sala de oficio, sino la Administración demandada; y por ende, es de aplicación el párrafo 1 y no el 2 del citado artículo 129 de la Ley jurisdiccional, y es obligado acoger la alegación de la Abogacía del Estado, sin que ello implique apreciación de temeridad o mala fe a efectos de costas.»

D) *Legitimación del recurrente.*

a) *Efectos de su reconocimiento en la vía administrativa.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.305).

«La Administración le ha reconocido en todo momento como parte legítima, y en tales circunstancias la personalidad admitida reiteradamente y sin objeción en vía gubernativa no puede ser válidamente negada al reclamar después en la contenciosa.»

b) *Legitimación necesaria para impugnación de disposiciones normativas de la Administración Central.*

a') *Sólo la tienen las Entidades representativas de intereses colectivos.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.045).

«La impugnada Orden ministerial no es una Resolución que singularmente afecte al recurrente, sino una Resolución de carácter general que él no está legitimado para impugnar hasta que de ella no se le haga aplicación individualizada, negándole, si lo pidiera, un ascenso a esos cursos de capacitación, y como tal disposición de carácter general no puede estimarse comprendida, con relación al demandante en el apartado 3.º del artículo 39 de la Ley reguladora de esa jurisdicción, es evidente la falta de legitimación.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.525).

«Que teniendo por objeto el presente recurso la impugnación de una disposición de carácter general, como lo es sin duda alguna la Orden del Ministerio de Justicia de 26 de julio de 1963, es evidente que de conformidad con lo dispuesto en la primera parte del apartado b) del número 1 del artículo 28 de la Ley rectora de esta jurisdicción antes citada, el recurrente carece de legitimación para ello, puesto que no se encuentra comprendido entre quienes allí se enumeran como facultados al efecto, teniendo en cuenta además que el objeto de dicha Resolución es la interpretación de otra disposición también de carác-

ter general, para lo que esta última contiene la autorización al efecto y que no viene en modo alguno a derogarla; mas del contenido del inciso final del propio apartado b), que se contempla, se observa que tal precepto admite una excepción, que es la del supuesto previsto en el párrafo 3.º del artículo 39 de la misma Ley, según el cual bastará tener interés directo en el acto administrativo para estar legitimado y cuyo supuesto es el del caso en que las disposiciones de carácter general hubiesen de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, en cuyo caso ciertamente se encuentra el recurrente, quien en el ejercicio de su cargo de Secretario de Sala tendrá que dar cumplimiento a lo que la disposición impugnada ordena, al referirse a la percepción de unos derechos arancelarios que se verá obligado a aplicar en todo caso»

b') *Y, dentro de ellas, las de ámbito nacional.*

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 5.246).

«Que para resolver sobre el segundo motivo es bueno distinguir dos grupos de recurrentes: de una parte el Consejo Superior de las Cámaras y Sindicato Nacional, y de otro, Cámara de la provincia de Madrid y Standar, si bien admitido el motivo de extemporaneidad con relación a esta última ya no es preciso decidir sobre ella en este aspecto, las dos primeras Corporaciones, tienen una evidente legitimación, son Organismos nacionales, de ámbito también nacional, representan y defienden intereses de igual rango y extensión con la debida adecuación entre interés y posible agravio general, y por ello la Ley les legitima en estos especiales procesos contra disposiciones de la naturaleza de la impugnada en virtud de lo que establece el artículo 39 y a través del 28. apartado b) Este mismo razonamiento puede servir para, por el contrario, rechazar en este caso la legitimación de la Cámara de la provincia de Madrid, ya que su interés está subsumido y representado por el que ostenta el Consejo Superior de Cámaras, de la que es parte y a este Consejo, afluye todo interés y toda la representación para combatir una Orden afectante a todas las Cámaras que agrupa como acuerdos del interés provincial de ámbito limitado, que se adecuaría más con el generalmente presunto agraviado, lo que determina a acoger el motivo de inadmisibilidad en este proceso de la citada Cámara.»

E) *Representación. Requisitos del poder.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.304).

«Para que el poder de que se trata pudiera producir efecto en España, a tenor del artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 17, 24 y concordantes del Anexo III del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944 (Rep. 1.944 y Rep. 1.945, 57 y Dic. 3.194), regulador del ejercicio de la fe pública por los Agentes diplomáticos y Consulares de España en el extranjero, debía reunir los requisitos necesarios para su autenticidad en nuestra Patria, y, por tanto, era necesario que la firma del Cónsul general adjunto fuese legalizada, por de

pronto por el Ministerio de Asuntos Exteriores, sin lo cual el documento no podía tener eficacia ante los Tribunales españoles»

F) *Objeto del recurso.*

a) *Requisitos del acto impugnado. Ha de ser un acto definitivo.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.987).

«Los acuerdos aprobatorios que, previa información pública del proyecto y con vista de las reclamaciones presentadas adopten los Ayuntamientos, tienen mero carácter provisional y están subordinados a los que en definitiva dicte el Ministerio de la Vivienda, al que fueron transferidas las facultades de la Comisión Central de Urbanismo, a virtud de los Decretos de 28 de junio de 1957 y 26 de noviembre de 1939, que son los verdaderos y únicos actos en vía contenciosa recurribles.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.508).

«... Los actos provisionales, no definitivos o de trámite, no son susceptibles de recurso jurisdiccional independiente, sin perjuicio, como es lógico, de alegarse los motivos de queja o reparación al utilizarse los procedentes contra la Resolución principal...»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.544).

«Que la simple lectura de la comunicación cursada en 23 de enero de 1963 por el Secretario perpetuo de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando al recurrente don Antonio B. Ll., evidencia que ella no es un acto administrativo que concede o niega derechos, sino una exposición de opiniones, acertadas o no, de la Comisión administrativa de dicha Corporación, sobre las pretensiones del señor B., que ni se aceptan ni se rechazan; comunicación que además no emana precisamente de la Autoridad corporativa a la que el demandante dirigió su pedimento; aparece con ello claro que este recurso se ha interpuesto contra un acto administrativo que no decide, ni directa ni indirectamente, el fondo del asunto controvertido y que por tanto no es susceptible de impugnación en esta vía jurisdiccional, a tenor del número 1.º del artículo 37 de la Ley reguladora de 27 de diciembre de 1956, por lo que es obligado declarar su inadmisibilidad, según previene la letra c) del artículo 82 de la Ley citada.»

b) *Su delimitación precisa.*

a') *En relación con la vía administrativa.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.613).

«Si en verdad el artículo 69 de la Ley de la jurisdicción ofrece gran amplitud para alegar motivos ante ella, han de ser congruentes con los propios actos de obligado antecedente.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1965 (Ar., número 4.978).

«Si en buenos principios jurídicos a nadie es lícito ir contra sus propios actos, y así está declarado reiteradamente por la jurisprudencia, no les es dable tampoco a los recurrentes producir peticiones contradictorias de las que inicialmente hubieran formulado, y como en el caso presente se interesó de la Administración, la rescisión de sus relaciones de prestación de servicios en ella, y la indemnización correspondiente, le es obligado a estar a las consecuencias de tal solicitud.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.365).

«La Ley jurisdiccional, [que] si bien autoriza a que en la demanda o en la contestación se puedan alegar cuantos motivos procedan aunque no se hubiera expuesto en el previo recurso de reposición, o con anterioridad a él, ello, conforme tiene declarado repetidamente esta Sala en sentencias, entre otras, de 17 de junio, 4 de julio y 31 de octubre de 1959, faculta solamente para alegar nuevas motivaciones con el fin de fundamentar las pretensiones oportunamente articuladas, pero no para variar éstas de modo radical, deduciendo peticiones sobre las que la Administración no pudo pronunciarse.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.838).

«Que si en buenos principios jurídicos a nadie es lícito ir contra sus actos propios y así está declarado reiteradamente por la jurisprudencia—entre otras en sentencias de 26 de febrero, 6 de julio y 16 de noviembre de 1948 y 8 de noviembre de 1963—, no les es dable a los accionantes producir peticiones contradictorias de las que inicialmente hubieren formulado...»

b') *En relación con el escrito de interposición del recurso.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.831).

«Que los actos administrativos objeto de los recursos jurisdiccionales quedan determinados con el escrito de interposición sin que puedan alterarse

después y, por tanto, que no puede impugnarse en la demanda un acto que no fué objeto de impugnación en el expresado escrito inicial de interposición.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.255).

«Los Tribunales deben resolver solamente aquellas cuestiones que se sometan a su decisión, que son las interesadas en el suplico de sus escritos iniciales, pero no otras.»

c') Efectos de la desviación posterior.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.408).

«Tampoco puede prosperar el segundo motivo de inadmisibilidad que se esgrime por el representante de la Administración al amparo del artículo 82, apartado c) de la Ley jurisdiccional, por entender que no es posible variar en la demanda las peticiones que formularon en el expediente administrativo, pues aun en la hipótesis de que lo pedido en la súplica de la demanda no hubiere de reputarse implícito en la fórmula de reposición del recurrente en su puesto de trabajo con abono de los emolumentos correspondientes con que se postula en el recurso de alzada, no podría ser la diferencia resultante motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo cuando éste se dirige contra los actos administrativos que resolvieron el caso, sino que sus efectos procesales pueden ser únicamente determinantes de que el Tribunal se abstenga de entrar a razonar y resolver acerca de las pretensiones que constituyan una cuestión nueva no discutida en vía administrativa y ajena, por tanto, al recurso jurisdiccional, conforme tiene declarado con reiteración la doctrina jurisprudencial.»

G) Terminación del proceso.

a) Por desistimiento. No implica la condena en costas.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—AUTO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.266).

«El artículo 88 de la Ley de esta jurisdicción establece en su apartado 5.º que 'el desistimiento no implicará la condena en costas', lo cual no impide que el Tribunal puede imponerlas cuando estime temeridad o mala fe en el recurrente.»

b) Sentencia. Concepto de desviación de poder.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 4.894).

«Debe cuidarse de circunscribir el concepto de desviación de poder, repetidamente alegado en la presente litis, a los límites que le asigna el artículo 83

de la Ley jurisdiccional, evitando el fácil error de desorbitar su extensión hasta confundirla con la concurrencia de cualquier infracción sustancial del Ordenamiento jurídico observable, mediante la gratuita invocación de una supuesta violación teleológica del propósito consagrado en la norma.»

II. EL DOMINIO DE LA ADMINISTRACION

1. DOMINIO PÚBLICO.

La Administración no puede declarar por sí la propiedad pública o privada de unos bienes, que es cuestión reservada a los Tribunales ordinarios.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.198).

«Que postulándose por la parte actora la nulidad del acta y plano del deslinde verificado por la Administración, fundándose en no habersele reconocido los incuestionables derechos que alega poseer sobre la zona delimitada, no puede admitirse la alegación de inadmisibilidad de dicha demanda por falta de jurisdicción—art. 82. a), de la Ley reguladora de lo contencioso-administrativo—, ya que lo discutido, cual es la corrección del deslinde verificado, es netamente administrativo, y, por tanto, de la competencia de esta jurisdicción. Asimismo tampoco debe ser acogida la segunda excepción, referida a la falta de legitimación de la recurrente, puesto que no puede negarse que posee un claro derecho a defender el interés legítimo que invocó en el expediente y repite en el presente recurso, para justificar su pretensión y por tanto poseer la titularidad a ser admitida como parte legítima en la presentación de la demanda.

Que de cuanto queda expuesto resulta patente, y así lo reconoce la propia Administración en la Resolución recurrida de 20 de julio de 1963, que si bien es cierto que el deslinde realizado afecta al terreno que la actora reclama como propio, ya la misma Resolución declara que dicho deslinde no prejuzga otra cosa que la posesión natural de la zona marítimo-terrestre en favor del Estado, tal como se reconoce implícitamente en el artículo 1.º de la Ley de Puertos al decir que dicha zona es de 'dominio nacional y uso público'; pero no porque dicha zona posea sus límites indeterminados antes de su deslinde, puesto que depende del movimiento de las aguas del mar, deja de ser legalmente poseída por la Administración, puesto que así se deduce expresamente de la Ley. Por tanto, lo único que hace la operación de deslinde es precisar exactamente los límites, inciertos antes, de la misma, sin prejuzgar, como ocurre en este caso, los derechos que aleguen y posean los particulares sobre ella, por cuanto no resultan perfectamente acreditados, por lo que necesariamente hay que acudir, si se trata de derechos de naturaleza privada o civil, como son incuestionablemente los que se invocan en la demanda, apoyados en citas posesorias del Código civil, a la jurisdicción competente, en este caso la común ordinaria, pues expresamente declara la Resolución citada que al no haberse demostrado la titularidad registral de la finca en el expediente, a juicio de la Adminis-

tración, los presuntos derechos invocados por la actora deben ser resueltos en la indicada vía, con lo cual resulta forzoso llegar a la confirmación de la Resolución recurrida, por estimarla que se ajusta a derecho.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.273).

«Que la alegación en la que se basa el Ayuntamiento de Mollina para impugnar tanto la Orden del Ministerio de Agricultura de 15 de marzo de 1963 como la de 15 de octubre del mismo año, confirmatoria de la anterior, en trámite de reposición, consiste en atribuir al Ministerio la extralimitación en la que dicha Corporación había incurrido en los acuerdos que por tal motivo fueron anulados por la sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo de Málaga de 9 de febrero de 1963; extralimitación consistente en decidir por sí el carácter público o privado de las aguas del llamado Abrevadero o Fuente de San Millán, irrogándose así atribuciones propias de los Tribunales ordinarios, que son los llamados a resolver las cuestiones de dominio; por lo que el objeto de esta litis se reduce a dilucidar si es o no exacta la imputación que el Ayuntamiento de Mollina hace ahora al Ministerio de Agricultura de que en las citadas Ordenes viene a reconocer un derecho de propiedad privada y un dominio sobre las mencionadas aguas, para lo que el Ministerio carece de jurisdicción.

Que al examinar, sin embargo, tanto las Ordenes recurridas como el expediente de clasificación de vías pecuarias, precedente y causa de tales Resoluciones, en ningún momento se aprecia la alegada extralimitación, y especialmente ni en los atinados informes del Abogado Jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio, ni en el texto de las Ordenes impugnadas que a ellos se atienen se formula declaración sobre el dominio de las aguas en cuestión.

Que tan evidente como tal ausencia de declaración expresa sobre el dominio que se pone de manifiesto con la simple lectura de las disposiciones ministeriales recurridas, es también la inexistencia de lo que el Ayuntamiento pretende tildar como un reconocimiento implícito del carácter dominical privado de las aguas aludidas, pues es preciso tener en cuenta el alcance y finalidad de los expedientes de clasificación de vías pecuarias y de las normas que regulan la actividad de la Administración en tales tramitaciones; porque el artículo 2.º del Reglamento de Vías Pecuarias de 23 de diciembre de 1944 impide a la Administración reivindicar por sí una vía pecuaria—en todo o en parte de la misma como lo es un abrevadero—cuando la ocupación de ella se haya legitimado haciéndose la adquisición irreivindicable; es decir, irreivindicable por la propia Administración, y esto es lo que ateniéndose correctamente a la norma indicada ha hecho el Ministerio, que, al encontrarse con una situación posesoria de las especiales características que presenta la de don Manuel B. L., se ha abstenido de incluir la Fuente de San Millán como abrevadero parte de una vía pecuaria; el Ministerio no declara con ello ningún derecho dominical, sino que se limita a reconocer una situación posesoria, que, a la Administración, le impide reivindicar por sí, gubernativamente, la fuente mencionada como parte de una vía pecuaria, y la excluye, por tanto, de la clasificación.

Que esta exclusión no implica apreciación o declaración alguna respecto a quién pertenezca el dominio de las aguas, sino que se limita a sacar la obli-

gatoria consecuencia que se deriva de un estado de tenencia efectiva, de posesión, que impide el que el Ministerio incluya, sin más y por sí, tales aguas como parte de una vía pecuaria; pero abteniéndose al mismo tiempo de reconocer o declarar quién pueda ostentar—coincidente o no con la aludida situación fáctica de posesión continuada y pacífica—el título jurídico de dueño de las aguas; cuestión relativa al dominio; respecto a la cual en estas Resoluciones administrativas hoy impugnadas, como en tantas otras decisiones referentes a una situación de tenencia efectiva con ciertas características, no se prejuzga quién sea el titular dominical, aunque sí se produzca la consecuencia de que, en una futura e hipotética acción reivindicatoria en que el tema del dominio se ventile ante los Tribunales ordinarios, se quede señalado quién habría de ostentar el procesalmente más cómodo papel de demandado y quién tendría que ser el que desempeñase el más difícil, en cuanto lleva consigo la carga de la prueba del dominio, papel de demandante.»

2. PATRIMONIO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La Administración no puede denegar una licencia de obras pretendiendo que el terreno en que han de efectuarse, sobre el que un particular ejerce posesión a título de dueño, es un bien patrimonial de aquélla; tal cuestión sólo puede plantearse en otra esfera distinta.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.725).

«Que al estar probado en autos que el apelado, D. S. C. y de S., posee actualmente y desde hace muchos años en concepto de dueño la casa denominada «Torre Llobeta», que perteneció a una antigua masía y hoy constituye la finca número 20 del Paseo de Maragall, en B Satisfaciendo los recibos de contribución territorial y arbitrio municipal sobre la riqueza urbana correspondiente al inmueble que tiene a su entera disposición, basta dicho estado posesorio, cualquiera que sean las deficiencias y oscuridades de que adolezca el título de dominio a su favor inscrito en el Registro de la Propiedad, para amparar en principio la solicitud de licencia de obras de reparación de cubierta elevada por el poseedor real y propietario presunto al Ayuntamiento de V., pues es doctrina jurisprudencial reiterada que la actividad municipal en la materia no es de carácter discrecional, sino reglado, y que por tanto la autorización debe concederse conforme al artículo 137 de la Ley de Régimen Local cuando la obra se ajuste las alineaciones y condiciones establecidas por el Plan de Ordenación Urbana y las Ordenanzas en vigor, sin que sea lícito ponderar otros motivos o circunstancias ajenos al ámbito urbanístico, ni aun siquiera el eventual conflicto entre la titularidad del peticionario respecto de la finca y el carácter de bien patrimonial que el Ayuntamiento le atribuye, pese a carecer de declaración judicial en tal sentido, pues de otro modo la Corporación municipal, al denegar la licencia, utiliza una potestad que le está concedida por modo exclusivo para la gestión urbanística como medio de defensa de su patrimonio, involucrando competencias encuadradas en diferentes apartados, cuales son los a) y b) del artículo 101 de la Ley precitada.

Que conforme a los artículos 1.º, números 3, 5, apartado b), 6, 8, 9 y 12 del

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la intervención de los Ayuntamientos en la actividad de sus administrados en orden al urbanismo, consistente en el sometimiento a previa licencia, será congruente con los motivos y fines que la justifiquen y se entenderá otorgada aquélla, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, teniendo en cuenta para expedirla o denegarla, si la obra se ajusta o no a los Planes de Ordenación Urbana y sus correspondientes Ordenanzas, marco dispositivo dentro del cual ha de producirse el acto administrativo suscitado por la petición si éste ha de acomodarse al Ordenamiento jurídico como condición esencial de validez y eficacia.

Que los medios instrumentales de que disponen los Ayuntamientos en orden a la conservación y rescate de los bienes integrantes de su patrimonio están determinados en el artículo 404 de la Ley de Régimen Local en relación con los artículos 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y 55, párrafo 2. del de Bienes de las mismas, y son el recobro directo en vía administrativa cuando la posesión contradictoria del detentador no excede de un año, o el ejercicio de la acción reivindicatoria entre los Tribunales de la jurisdicción civil, transcurrido que sea dicho lapso posesorio, y siendo esto así, no puede legalmente plantear el Ayuntamiento de B. ni aun por vía de excepción, la cuestión de propiedad al socaire de un expediente de concesión de licencia de obras que aparece objetivamente justificada, ni aun siquiera utilizando el habilidoso efugio de que el doble acuerdo denegatorio se funda en la infracción del precepto de las Ordenanzas municipales de la edificación que exige que la solicitud de documentos complementarios estén firmadas por propietario, pues al negar tal condición a D. S. C. A. se incide en petición de principio, dando por existente una titularidad dominical corporativa que sólo puede ser probada y reconocida en el juicio declarativo correspondiente.»

III. LA ADMINISTRACION Y EL DOMINIO PRIVADO

1. SERVIDUMBRES PÚBLICAS.

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.186).

«Que incluidas las obras para las que se pidió autorización y cuya negativa constituye la materia del acto administrativo recurrido—acuerdo del Ministerio del Aire de 14 de mayo de 1963 y desestimación del recurso de reposición contra éste en 12 de julio de igual año—en la zona señalada en el apartado c) del artículo 4.º del Decreto de 21 de diciembre de 1956, por estar enclavados los bloques cuya construcción se pretende dentro de los trescientos metros asignados a la zona de seguridad del centro de emisoras de Vicálvaro, huelgan en realidad otras consideraciones para apreciar cómo la Resolución administrativa obró acorde con lo preceptuado y resulta por ende ajustada a Derecho, puesto que es requisito previo para construir la autorización oportuna, ya que se trata de una limitación del derecho, atemperada a la finalidad constituida

por el objetivo de público interés de no interferir las comunicaciones mediante la estricta aplicación de unas normas reglamentarias, perfectamente definidas y que independientemente del obligatorio conocimiento genérico de la Ley lo eran perfectamente del recurrente: cuya insistencia no es posible dejar de calificar como temeridad, dados los términos del planteamiento del recurso contencioso-administrativo en relación con la argumentación solidísima contenida en la Resolución recurrida y lo dispuesto en los artículos 81 y 131 de la Ley jurisdiccional.»

2. URBANISMO.

A) *Concepto de solar.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1965.

«El concepto de solar alcanza a toda la superficie del suelo urbano que comprende la finca cuando la vía a que dé frente tenga pavimentada su calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios sanitarios de agua y desagüe y alumbrado público, sin que exista precepto alguno que limite tal concepción a una faja de terreno de una profundidad determinada en relación con dicho frente»

b) *Finalidad y limitación de las potestades urbanísticas.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.157).

«Que la apelación interpuesta a nombre del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria contra la sentencia que dictó con fecha de 6 de mayo de 1963 la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia del Territorio anulando el Decreto de la Alcaldía de 7 de abril de 1962, denegatorio de licencia para vallar cuatro solares sitos en la calle de León y Castillo, solicitada por sus propietarios proindiviso, doña María Luisa, don Julián y don Luis O. B., doña María del Carmen H. O., doña Alfonso y doña Cristina O. G. B. y doña Blanca A. S., reproduce íntegramente en esta segunda instancia el tema decisorio propuesto en la primera consistente en determinar si al haber acreditado de modo fehaciente los peticionarios sus títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad estaba la Administración municipal obligada a conceder la licencia, o, por el contrario, podía el Ayuntamiento denegarla ponderando otros factores, principalmente de carácter urbanístico, y apoyarse en ellos para dictar el acuerdo impugnado.

Que el Decreto de la Alcaldía, que de conformidad con el dictamen del Arquitecto municipal denegó la autorización para vallar los cuatro solares de que se ha hecho mérito, se funda exclusivamente en razones de carácter urbanístico, sin que en el expediente se suscitara la cuestión de propiedad como determinante de la decisión administrativa; en cuya virtud, si la revisión jurisdiccional ha de ser congruente, habrá de realizarse con vista de la motivación concreta y la finalidad específica del acto, de acuerdo con lo prevenido en el

artículo 4.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, dejando al margen las alegaciones deducidas en el proceso acerca de la deficiente titularidad dominical y efectiva situación posesoria de los predios, pues como acertadamente consigna el primer Considerando de la sentencia apelada, no corresponde a esta jurisdicción, sino a la ordinaria, conocer de las cuestiones de carácter civil, ni por ende pronunciarse en materias de propiedad, posesión, usucapión y calificación de un bien como de dominio público o privado; principio cuya indiscutibilidad es notoria, pero que el Tribunal *a quo* aplica indebidamente al deducir la conclusión de que la Corporación municipal apelante causó acto contrario a Derecho, por basar su negativa en premisas que implican decisión sobre materias ajenas a su competencia, ya que los alegatos deducidos en el pleito para señalar la falta de coincidencia de los títulos de propiedad con el plano de situación de los solares, la ocupación de parte de éstos por vía pública y la valla preexistente en uno de ellos, se refieren a circunstancias adicionales de hecho que podían justificar *a posteriori* el acuerdo denegatorio, pero sin que alterasen en lo más mínimo la motivación y contenido del acto, cuyo alcance nunca podía estimarse resolutorio de aquellas cuestiones, toda vez que según el artículo 12 de dicho Reglamento las licencias se entienden otorgadas, y con idéntica razón negadas, dejando a salvo el derecho de propiedad.

Que la protección que al titular inscrito otorga el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el conjunto de facultades que el Código civil reconoce al propietario, y en especial las que mencionan sus artículos 348, 349, 350 y 388 no son tan omnimodas que puedan desarrollarse al margen de las regulaciones administrativas que en áreas predominantemente influidas por el interés público pautan sus ejercicios, como acontece con la normativa urbanística concretada en los artículos 165 de la Ley del Suelo, y 1.º, 5.º, 8.º, 9.º, 10, 12, 15 y 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en cuanto somete a previa licencia determinadas actividades del administrado relativas a la utilización del suelo urbano, entre las que está incluida la colocación de vallas, y siendo esto así, resulta patente que la Administración municipal, al examinar la petición que se le dirigió, estaba obligada a poner no sólo el contenido y eficacia del título inscrito, sino también otras realidades extrarregistrales, como eran la situación de los solares su parcial ocupación por vía pública, la extensión superficial efectiva no coincidente con la consignada en los asientos, el vallado preexistente de parte de los terrenos y las alineaciones del Plan de Ordenación Urbana de la ciudad que estaba a la sazón en trámite y que fué aprobado definitivamente tres meses más tarde; factores todos que justificaron la Resolución denegatoria mantenida dentro del límite correcto de la competencia municipal, que al juzgar de momento inoportuna la autorización no desconocía ni vulneraba derechos dominicales, puesto que éstos, con vallado o sin él, se conservaban indemnes y en aptitud potencial de ser actuados en momento oportuno y ante la jurisdicción competente, como en casos análogos de tangencia, que no de interferencia, entre los órdenes administrativo y civil declararon las sentencias de esta Sala de 7 de marzo de 1961 y 10 de diciembre de 1963.

Que si bien es cierto que la actividad de la Administración municipal en materia de licencias es reglada, lo que supone que deben concretarse normalmente cuando no existe precepto legal o reglamentario que lo impida no lo es menos que se dan supuestos en que aquélla debe considerar la oportunidad de la concesión frente a determinadas situaciones obstativas, pues como enun-

cia el artículo 6.º del Reglamento de Servicios, el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen, y en este caso el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, al rehusar el permiso de vallado para solares parcialmente afectados por vías públicas en uso y cuya extensión superficial, pertenencia efectiva y delimitación precisa no era de momento determinable, se atuvo prudentemente a tales dictados de congruencia evitando que al socaire de una mera colocación de vallas pudiera estimarse reconocido un derecho de propiedad en posible conflicto con el patrimonio municipal confiado a su defensa a virtud del artículo 101, apartado b) de la Ley de Régimen Local.

Por otra parte, que el Plan de Ordenación Urbana de Las Palmas fué aprobado inicialmente por el Ayuntamiento el 29 de diciembre de 1961 y sometido a información pública, a la que acudieron los propietarios apelados, formulando oposición porque la proyectada Avenida del Mar ocupaba los expresados solares en una anchura de 18 metros en toda su extensión paralela a la calle de León y Castillo y dejaba el resto inedificable, siendo de notar que el escrito correspondiente es de fecha de 20 de enero de 1962, la misma en que se solicitó la licencia de vallas, con lo que se produjo una dualidad de peticiones que habian de ser resueltas en idéntico sentido, por lo que el Alcalde hubo de rehusar la autorización del mismo modo que el Pleno rechazó la reclamación, y por ello que la denegación de la licencia se fundó en la circunstancia veraz y objetiva de hallarse la cuestión pendiente del estudio urbanístico de la zona, y comoquiera que el mencionado Plan obtuvo aprobación definitiva del Ministerio de la Vivienda el 19 de julio siguiente, es visto que aunque su ejecutividad no puede retrotraerse a período anterior a la publicación a tenor de los artículos 44 y 45 de la Ley del Suelo, el acuerdo municipal dictado durante su tramitación es irreversible, pues no podría ahora dejarse sin efecto mediante la expedición de una licencia de vallas que estaría ya en contradicción con las normas de carácter obligatorio en la actualidad vigentes.»

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz. número 4.885).

Tercer Considerando. Sentencia apelada: Adquirida por el señor R., en 28 de julio de 1960, ante el Notario señor O. (folio 47 vuelto), la franja de terreno referida en el anterior Considerando, lindante con su antigua propiedad, y otorgada en el mismo instrumento público la agrupación de ambas fincas, resultando en definitiva, la nueva finca que se describe al folio 51, y que causó en el Registro de la Propiedad la inscripción primera que se detalla en la certificación obrante al folio 58, es evidente, conforme a lo estipulado en el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria y en los 44 y 45 de su Reglamento, que, cumplidos los requisitos señalados en el artículo 50 del mismo, el señor R., con arreglo a lo preceptuado en el artículo 348 del Código civil, tiene en toda su extensión el derecho de propiedad sobre la finca total resultante de la agrupación de las dos primitivas, y por ende, el más amplio derecho de señorío sobre tal fundo, que solamente puede ser limitado por las Leyes, conforme establece el citado artículo 348; de ello se sigue que no puede estimarse pueda ser cercenado tal derecho pleno, por imperio de normas urbanísticas, cuya finalidad se refiere a policía de régimen local y común, porque ni el rango de disposiciones ni el objeto de las ordenanzas policiales pueden afectar a lo que

constituye un derecho garantizado por el Estado a través de las normas de derecho hipotecario y registral, como es el de transformar dos fincas limitrofes en una sola, causativa de nueva inscripción, porque los efectos de la agrupación única y exclusivamente pueden ser, a todos los efectos, los de dar nacimiento y entidad jurídica a una nueva finca, mayor en extensión y distinta en linderos, a las que constituían unidades del todo resultante después; de todo ello se sigue que no puede argüirse con éxito, como pretende la parte del Ayuntamiento, que la unidad de la finca no sea plena y absoluta, y a todos los efectos, y quepa entender que urbanísticamente tal unidad pueda desvanecerse para considerar aisladamente uno de los solares primitivos y cimentar sobre tal consideración circunstancias que en definitiva afectan y aún niegan aquel señorío, cercenando así los derechos de la propiedad, que no es lícito menoscabar si no es en virtud de lo expresamente estatuido en las Leyes, pero, aun cuando fuera atendible la tesis separatoria mantenida por la Corporación municipal y se tratara de edificar el solar que antes fue camino al que se concediera entidad por sí, por su situación y las medidas que tiene (cinco metros por cuarenta y cinco y medio) estaría incluido en el caso previsto en el artículo 35 del capítulo 3.º de las Ordenanzas municipales vigentes, que determinan la inaplicación de los 3.º y 5.º (hoy 29 y 31, folio 126), y por tanto sería también edificable en toda su extensión.

Primer Considerando del Tribunal Supremo: Que dada la ausencia de un Plan de Urbanización respecto a la zona donde está enclavada la finca «Villa Argentina», a que este pleito en grado de apelación se refiere, y la ausencia de una reparcelación, por elemental que fuera, respecto a dicha zona, no es posible enervar los sólidos razonamientos contenidos en los Considerandos de la sentencia apelada, que se aceptan, puesto que, producida una agregación civil con todas sus consecuencias y sin premisa que pueda apoyar una significación de aplicabilidad especial de norma administrativa que constituya limitación, queda ceñida ésta a la general disposición de la Ordenanza municipal en cuanto no haya sido modificada por el Plan de Ordenación Urbanística.

c) *Inmuebles de edificación forzosa.*

Calificación: su vinculación a variables circunstancias fácticas.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.616).

«En primer lugar, que para nada afecta al contenido y sustancia del acto administrativo recurrido la pretérita existencia de un acuerdo en el año 1959, respecto a expediente incoado en 1957, por el que se denegara una anterior petición de inclusión en el Registro, pues los actos administrativos que obedecen a situaciones fácticas poseen lógicamente la capacidad de remoción de cuanto a la naturaleza humana y su variación sustancial afecta, ya que lo contrario constituiría el anquilosamiento inmovilizador de la vida administrativa misma; por lo que sin que ello en nada afecte a la entidad del artículo 60 de la Ley, la definición del concepto de solar, como el de ruina o como en su caso las posibles licencias de apertura o decisiones administrativas similares, ha de situarse en el ámbito urbano y casuístico lógico con perfecta identificación cronológica, y tal es, sin duda, la de estimar cuándo es inadecuado lo que pudo antes no

serlo; de manera que, aun prescindiendo de que ya en el informe del expediente anterior se dijera por la Dirección de Urbanismo, que si bien entonces opina que la finca no debe incluirse en el Registro de Solares, por el momento 'con el transcurso del tiempo es probable que nuevas edificaciones hagan cambiar la valoración relativa, de esta finca en comparación con las restantes de la zona'—dato éste revelador sin duda de una apreciación de positivo interés—; aun prescindiendo de ello, es preciso contemplar el nuevo expediente en orden a la aparición de un hecho fundamental, como es la Ordenanza municipal de 1960 y el importantísimo cambio de la edificación mínima, que era antes de dos plantas, con lo que la casa en litigio desmerece ya de la regulación municipal y ostensiblemente, según se prueba con clarividencia, de las casas circundantes de seis y de siete plantas, en zona cuyo rápido desarrollo urbanístico constituye un hecho palmario en el desarrollo de la ciudad en los términos que recoge y expone entre otras sentencias de esta Sala la de 18 de abril de 1964, recurso número 6.246 de 1963, plenamente ratificado por la amplia información constituida por los dictámenes de la Junta Técnica de Valoraciones donde se precisa cómo por su estado, condición y clase desmerece la finca de las de la zona.

Que como ya tiene ampliamente declarado la Sala en las sentencias citadas en los Vistos, el Reglamento de 23 de mayo de 1947 rige en cuanto no se oponen a los preceptos de aquélla, y mientras no se aprueba nueva disposición reglamentaria; y ha de servir, como dice la sentencia de 29 de septiembre de 1960, así como la anteriormente citada, pues comoquiera que la Ley del Suelo autoriza al Gobierno para que determine cuál sean las disposiciones vigentes que continúan en vigor sobre materias reguladas por la Ley, ha de sostenerse que el Reglamento antes dicho continuará en vigor en cuanto la Ley no se oponga a ello, para evitar así los perjuicios que causaría el normal funcionamiento de los servicios de falta de reglamentación; y así, bien sea como criterio legal y aun criterio lógico, cabe aplicar cuáles son las edificaciones inadecuadas de que el artículo 142 de la Ley del Suelo habla, y por tanto, en cuanto, como aquí ocurre, no se oponga a la Ley, puede estimarse en vigor aquel criterio mientras no se haga uso de la facultad que la disposición final segunda confiere.

Que el segundo pedimento contenido en la súplica de la demanda interesando una declaración favorable al derecho de retorno de los recurrentes está en plena contradicción con la doctrina sentada insistentemente por esta Sala y por la Sala 1.ª en sentencias de 24 de septiembre de 1960, 29 de septiembre de 1960, 13 de marzo de 1961, 21 de marzo de 1959 y 7 de enero de 1960, por constituir materia de competencia en materia de derecho de locación privado, impropio de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que no es de acceder a lo a tal fin interesado; y sin que dados los términos de planteamiento de esta litis haya lugar a hacer expresa imposición de costas, con arreglo a los artículos 81 y 131 de la Ley jurisdiccional.»

3. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

A) *Ámbito de la Ley.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5 476).

«La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 ampara con gran amplitud en su artículo 1.º, obligando incluso a indemnizar al ocupante y al precarista, amplitud más señalada aún por el Reglamento de dicha Ley de 26 de abril de 1957, al decir en el artículo 1.º que la enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos e intereses patrimoniales legítimos que hace el artículo 1.º de la Ley tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, o sea, que lo que tales artículos y sus concordantes pretenden es que no quede sin justa indemnización ningún derecho o interés expropiado.»

B) *Determinación de la superficie expropiada.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4 436).

«Que respecto al primer problema que plantean las partes, relativo a la extensión de la superficie expropiada al actor, que la Administración fija en 10.855 metros cuadrados, en tanto que el recurrente la asigna la de 11.040 metros cuadrados, aparece claro del expediente y de las actuaciones del recurso la procedencia de estimar esta última medida, ya que responde a los títulos de propiedad de la misma y la propia representación de la Administración reconoce que la diferencia ha de ser debida a haber descontado ésta la extensión de un camino abierto para prolongación de una calle: la Travesía de la Fuente del Prado, pero apareciendo asimismo que tal faja de terreno no ha sido expropiada ni se le ha satisfecho a su propietario por el Ayuntamiento cantidad alguna como precio de la misma, es vista la improcedencia de descontarla de la mención total y real de la finca.»

C) *Justiprecio.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5 409).

«La circunstancia de haber sido aceptada por otros propietarios la valoración fijada por la Administración a las fincas a ellos expropiadas, no puede ser tomada por sí sola, como base bastante para fundamentar otras valoraciones de la misma expropiada, toda vez que la diversidad de situaciones puramente subjetivas, de necesidad o de conveniencia o de otro orden, pueden determinar dicha aceptación unas veces y otras la adopción de actuaciones distintas.»

IV. FUNCIONARIOS

1. OPOSICIONES Y CONCURSOS

Modificación de las bases de la convocatoria. Posibilidad. Derechos de los concursantes.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.069).

«Lo que el artículo 4.º del Reglamento de Oposiciones y Concursos veda a la Administración es que por sí y espontáneamente varíe los términos de la convocatoria, pero no que lo haga para dar cumplimiento a lo establecido al resolver las reclamaciones o recursos promovidos por los interesados en el concurso, al ejercitar el derecho que les otorga el número 1 del artículo 3.º de la misma disposición legal.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.069).

«Modificadas sustancialmente las condiciones de la convocatoria efectuada por la citada Orden de 16 de octubre de 1962, por la que resulta aquella redactada de manera totalmente distinta a la formulada primitivamente, no es evidentemente la Orden de 1962 la que impugna en su primera redacción, que evidentemente consintió e incluso solicitó tomar parte en el concurso con sujeción a sus preceptos, sino en la que le dió, modificándola sustancialmente, la de 1963, de tal forma que al incorporarse a la primera de dichas Ordenes las modificaciones establecidas por la segunda, la impugnación ha de ser de ambas, siendo consecuencia de la nulidad que se pretende de la Orden de 1963, la de la normativa de la primera, tal como por esta última resultaba modificada pues la lesión de sus derechos que invoca el actor no nace de aquella primera redacción que consiente y voluntariamente consintió, pero cuya aquiescencia no puede implicar la de la misma Orden, cuando modificada se introducen en ella preceptos distintos y aun contradictorios de tal forma que precisamente al haber consentido la Orden de 1962, e incluso haber solicitado tomar parte en el concurso con sujeción a la misma es lo que legitima al actor para impugnarla, cuando es modificada y derogada la normativa del concurso en virtud de Orden posterior también impugnada»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.069).

«Modificándose tan sustancialmente la primera convocatoria resultaba inexcusable en aras de un mínimo de respeto a los derechos de los concursantes, bien concederles un nuevo plazo para acomodar sus instancias a las nuevas

bases de la convocatoria, bien anular aquélla, dado que la nueva Orden, por su importante modificación realmente anula la anterior y formula una nueva convocatoria ajustando sus bases a la Orden de 14 de mayo de 1963 y la Administración no hizo ni una cosa ni otra.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.069).

«Si en modo alguno puede estimarse que el recurrente y los demás concursantes que se hallen en situaciones análogas puedan exigir que se mantengan unas bases que el Ministerio estimó contrarias a derecho, si lo tienen a poder acomodar sus solicitudes a las nuevas bases o condiciones que la Administración estima más ajustados al procedimiento jurídico y a no resultar indirecta, pero plenamente eliminados del concurso, con un manifiesto desconocimiento de los derechos que como concursantes les asistían.»

2. POTESTAD ORGANIZATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.047).

«La Administración goza del derecho discrecional de reorganizar en cualquier momento sus servicios en la forma que estime conveniente y adecuada a la satisfacción de los intereses y necesidades públicas, sin más límite que los derechos adquiridos por los funcionarios que sirven aquellas funciones. Estos derechos que necesariamente han de ser respetados, están constituidos por la retribución, por la inamovilidad en el empleo (que no puede confundirse con la permanencia en una plaza o cargo específico) con la jubilación, etc. Esto es, con aquellos derechos que se refieren al empleo en general, pero no a los de ejercer la función de una forma concreta, específica y particular. De admitir otra opinión o teoría se llegaría inmediatamente al inmovilismo y anquilosamiento de los servicios públicos, y a la conclusión de que la función sirve al funcionario y no el funcionario a la función.»

3. SITUACIONES.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Ar., número 5.468).

«Los funcionarios españoles que pasen a prestar servicios a otros Estados extranjeros, como norma general, han de quedar en la situación de excedencia especial, y transcurrido el plazo que se les fijara o el determinado legalmente en excedencia voluntaria con los derechos que atribuye a ambas situaciones la Ley que regula las distintas que pueden comprender a aquéllos, del 15 de julio de 1954, en ninguno de cuyos preceptos y más concretamente en sus artículos 13

y 15 se reconoce el derecho a percibir el sueldo de su Cuerpo o Carrera, compatibilizándolo con el que tenga asignado el empleo, en virtud del cual se les coloca en dichas situaciones, pues al contrario, el último de estos preceptos dice que los excedentes voluntarios lo serán 'no percibiendo sueldo, ni otra clase de haberes', y el primer indicado artículo sólo permite a los excedentes especiales 'percibir el sueldo de su categoría y clase si renuncia al de expresado cargo', y siendo excepción a esta regla general la establecida para los funcionarios que sirvan al Gobierno marroquí, que los estima 'en activo', pero con la salvedad de los efectos económicos, por lo que expresamente los excluye de los percibos derivados de su situación, sin que quepa en tal materia seguir la norma general estatuida, ya que existe precepto legal concreto, más más fuerza de obligar en la especialidad que regula»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.831).

«Para que los funcionarios de la Administración puedan pasar a la situación de supernumerario por servir cargos no incluidos en la plantilla orgánica de su escala y dependientes de Organismos del Movimiento o autónomos de la propia Administración, se requiere la previa autorización del Ministro de que dependan, la que podrá ser revocada discrecionalmente, cuya autorización no figura, en el caso a resolver, concedida al recurrente, ni puede ser omitida en ningún supuesto, dado lo terminante del precepto, que no establece excepción alguna, y mucho menos, como pretende el actor, por la circunstancia de que las dos funciones por él desempeñadas sean compatibles sin necesidad de autorización previa, pues si bien es cierta esa compatibilidad conforme a los precedentes reglamentarios y a las disposiciones transitorias segunda y cuarta de la misma Ley que se estudia, ella sólo faculta para seguir simultaneando los cargos, sin otro requisito, en la misma situación en que venían haciéndolo, pero no da derecho alguno al cese por conveniencia propia en el servicio activo de un cargo para pasar a una situación de privilegio, cual debe estimarse la de supernumerario, establecida más bien para los supuestos en que la simultaneidad no pueda tener lugar, bien sea por verdadera incompatibilidad de funciones o bien por apreciarlo de manera expresa el Ministro de quien dependa el funcionario respectivo, que es lo que constituye la razón de ser de la autorización de que se trata.»

4. POTESTAD DISCIPLINARIA.

A) *Principio de legalidad.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.622).

«En materia correctora, idénticamente que en la penal, no procede la interpretación extensiva ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.817).

«En la materia administrativa, lo mismo que en la penal, rige el principio de la legalidad, según el que sólo cabe castigar un hecho cuando esté previamente definido de sancionable y tenga marcado a la vez la penalidad, y aquí el artículo 31 citado enumera obligaciones de los colegiados, pero no se enuncia después que la vulneración de las mismas constituya falta que lleve aparejada determinada corrección, por lo que la inobservancia de ellas, en cuanto no se halle configurada en las modalidades de los artículos 43 y 44 del Reglamento, no son corregibles y únicamente darán lugar a que el Colegio pueda exigir el cumplimiento de tales obligaciones con arreglo a los artículos 4.º y 5.º del propio Reglamento.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.524).

«... La potestad disciplinaria sancionadora sobre los funcionarios corresponde a la Administración, y a la vía jurisdiccional sólo la potestad revisora del acto administrativo para decidir si es o no ajustado al Ordenamiento jurídico; la facultad de elegir entre las medidas sancionadoras señaladas en los reglamentos para el actor disciplinario enjuiciado corresponde por tanto a la Administración y no a las Salas de Justicia...»

B) Potestad de los Colegios.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar., número 4.817).

«Una cosa es que se atribuya al Colegio y a su Junta de Gobierno la potestad correctora dentro de la organización colegiada y otra que no pueda juzgarse por los órganos superiores de cómo haya usado de aquella discrecionalidad y precisamente para ello se abre la vía de recurso»

C) Prescripción.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.503).

«... Después de la incoación del expediente, la demora en los trámites y resolución no entrañan la prescripción de la falta aunque puedan engendrar responsabilidad de los funcionarios que intervinieron en las diligencias...»

D) Procedimiento.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.524).

«... La nulidad por defectos procesales en los expedientes administrativos disciplinarios sólo procede cuando la supuesta infracción implique indefensión del inculcado...»

E) Recusación del instructor.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1965 (Arz., número 5.524).

«... La recusación del instructor es un derecho del expedientado; pero es atribución de la Administración estimarla o no, como es facultad de los Tribunales de lo Contencioso, en su función revisora, enjuiciar si esa recusación se rechazó debidamente...»

V REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Registradores. Jubilación.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.416).

«Que por el recurrente se piden en el suplico de la demanda las declaraciones siguientes: 1.^a, que es nulo de pleno derecho el Decreto de 8 de febrero de 1946 en lo que se refiere a la edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad, y, por tanto, que es igualmente nulo el artículo 291 del llamado 'texto refundido' de la vigente Ley Hipotecaria y el artículo 542 del Reglamento de dicha Ley en cuanto establecen que la jubilación será forzosa para el Registrador que hubiese cumplido los setenta años; 2.^a, que la edad de jubilación de los Registradores es de setenta y cinco años, por su asimilación al Notariado, o cuando menos de setenta y dos años, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 22 de junio de 1926, actualmente vigente en este punto; 3.^a, que, en consecuencia, no son conformes a derecho la Resolución de 22 de junio de 1963, por la que se declaró jubilado en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad a don Manuel V. P., ni la Orden de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 1963, que la confirma, las cuales deben ser declaradas nulas de pleno derecho, como lo es el artículo del texto refundido de la Ley en que se funda, y 4.^a, que don Manuel V. P. tiene derecho a continuar desempeñando el Registro de la Propiedad número 7 de Madrid, que venía sirviendo, hasta su legítima jubilación, que ha de fijarse a la edad de setenta y cinco o a la de setenta y dos años, y a la indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, todo ello con imposición de costas a la parte contraria.

Que alegadas por el Abogado del Estado como causas de inadmisibilidad del recurso las establecidas en los apartados a) y c) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional, con invocación de la segunda de ellas en cuanto afecta al Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se publicó el texto refundido de la Ley Hipotecaria y apoyó en lo prescrito en la disposición transitoria quinta de dicha Ley, toda vez que a la fecha de publicación del citado Decreto no cabía la interposición de recursos contra Resoluciones de carácter general y aduciendo también sobre el indicado extremo las causas señaladas en ambos apartados

por excluirse en el artículo 1.º de la mentada Ley de la competencia de esta jurisdicción las disposiciones con rango de Ley, han de examinarse preferentemente tales alegaciones en atención a su índole procesal preclusiva, y a tal efecto es de poner de manifiesto que el recurrente, sin reparar en la naturaleza de esta jurisdicción, impugna expresamente tanto el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se publicó el 'texto refundido' de la Ley Hipotecaria como el artículo 291 del citado texto, y en relación con ello es preciso tener en cuenta que según declara la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional en ésta se configura la jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetas al Derecho administrativo y le asigna los límites que están determinados normalmente por la esencia de esta rama del Derecho en cuanto parte del Ordenamiento jurídico, en armonía con lo cual establece el párrafo 1.º de la Ley que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan respecto a los actos antes indicados 'y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley', por lo cual es visto que no cabe el recurso contencioso-administrativo contra las disposiciones con categoría de Ley como lo es el mencionado artículo 291 de la Ley Hipotecaria, debiendo tenerse presente que en la denominación de Ley hay que entender comprendidas no sólo las que así lo sean de modo propiamente formal con arreglo a lo establecido en la Ley de 17 de julio de 1942, de creación de las Cortes españolas y concordantes posteriormente dictadas sobre las mismas, sino también las disposiciones del Gobierno con fuerza de Ley, dada la expresión empleada en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 13 de la Ley de Cortes, en caso de urgencia o necesidad, los cuales tienen valor de Ley, como así tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias en las de 13 de enero y 16 de junio de 1958, ya que el Tribunal carece de jurisdicción, y también los llamados Decretos legislativos, como lo es el de 8 de febrero de 1964, cuya fuerza arranca de la delegación expresamente otorgada por una Ley formal, en este caso la de Reforma de la legislación hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, ya que tales Decretos aprobatorios del texto articulado sobre desarrollo de una Ley de Bases o de una refundición legislativa tienen la jerarquía de la Ley que los autoriza según confirma la jurisprudencia de este Tribunal contenida, entre otras, en sentencias de 15 de marzo de 1949, en la que se declara que las determinaciones del Poder ejecutivo para cumplir las del legislativo no son reclamables en vía contenciosa; la de 26 de octubre de 1961, según la cual las autorizaciones que se conceden al Gobierno para efectuar una refundición legal por la que se reúnan en un solo texto disposiciones relativas a una determinada materia se hallan investidas siempre de la consideración y valor de Ley; y la de 16 de junio de 1954, referente al propio Decreto de 8 de febrero de 1946, impugnado en el presente recurso, conforme a la cual tales autorizaciones conceden al Poder ejecutivo potestad legal para que pueda llevar a cabo, como en el caso de que se trata hizo la Ley de 30 de diciembre de 1944 en sus disposiciones adicionales, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria en la que había de procederse a armonizar los textos legales vigentes y en las que se facultaba al Ministerio de Justicia, entre otras cuestiones, para reformar y poner en concordancia con las disposiciones vigentes lo relativo al ingreso, ascensos, separación y jubilación de los Registradores de la Propiedad, de todo lo cual se obtiene clara y concluyentemente la conclusión de resultar procedente respecto a la pretensión examinada, acoger la causa de inadmisibilidad

comprendida en el apartado a) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional por carecer el Tribunal de jurisdicción, dada la naturaleza, evidentemente legal de los preceptos impugnados, lo que veda entrar a examinar la pretensión de anulación de tales disposiciones legales formulada, en primer término, por el recurrente.

Que la pretensión articulada en segundo lugar en el suplico de la demanda de que se declare que la edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad es la de setenta y cinco años, por su asimilación al Notariado, o cuando menos la de setenta y dos años, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 22 de junio de 1926, que estima actualmente vigente en este punto, carece de consistencia jurídica, puesto que en cuanto al primer extremo olvida que en la vigente legislación hipotecaria existe precepto específico regulador de la jubilación de los Registradores de la Propiedad como lo había también en la Ley anterior de 1909, y ello veda la aplicación a los mismos, por asimilación, de norma relativa a jubilación de personal de otro Cuerpo, como se aduce respecto al del Notariado, ya que si esto se realizase, cualesquiera que fueran los motivos de dicha índole que por analogía se invocasen, se incurriría en nulidad de pleno derecho por efectuarse en contrario de lo dispuesto en la Ley según preceptúan los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y en lo que se refiere al segundo pedimento, concretado en que se le aplique para su jubilación la edad de setenta y dos años, por entender se halla vigente en ese extremo el Real Decreto-Ley que antes se cita, se echa de ver asimismo, la falta de fundamento, pues si bien es cierto que hallándose en vigor el artículo 297 de la Ley Hipotecaria de 1909, conforme al cual la jubilación sería forzosa para el Registrador que hubiese cumplido los setenta años, se promulgó el mencionado Real Decreto-Ley por el que se estableció con carácter general el aumento en dos años a la edad de jubilación de todos los funcionarios civiles del Estado de todas las clases y categorías, incluso en los Cuerpos facultativos o especiales, no es menos exacto que tal precepto fué derogado por disposiciones posteriores, entre las que figuró en primer término el Decreto de 22 de abril de 1931, que estableció para la jubilación en las distintas carreras del Estado los límites de edad fijados por la respectiva legislación orgánica anterior al 13 de septiembre de 1923, y si esta disposición puede estimarse ineficaz por el recurrente, al entender que un Decreto no puede derogar otra norma jurídica de rango superior, como es un Decreto-Ley, es de señalar que tal derogación habría de entenderse producida por la Ley de 27 de diciembre de 1934, que fijó como edad de jubilación para todos los funcionarios civiles del Estado la de setenta años, con las excepciones que determina, ninguna de las cuales se refiere a los Registradores de la Propiedad, Ley que fué dictada con el propósito expresado en su Exposición de Motivos, de que se generalizase así la disposición que por una Ley anterior del propio año había señalado aquella edad para el personal del Tribunal de Cuentas, y que, por igual razón fué en el supuesto anterior, no podrá considerarse derogada por el Decreto de 1 de noviembre de 1936, pero aunque se estimase sin base suficiente y no obstante su declarada generalidad que dicha Ley de 1934 no comprendía a los Registradores de la Propiedad por el argumento aducido de que fué dada únicamente para elevar a la expresada edad la inferior que para la jubilación tenían señalada los funcionarios de la Administración civil del Estado habría, en último término, que entender derogada la norma del referido Decreto-Ley por la que se fijó de modo general en la Ley de 21 de junio de 1941, cuyo artículo 1º dispuso lo siguiente: 'La jubilación de los funcionarios civiles del Estado de todas clases y categorías, incluso los de los Cuerpos facultativos o especiales, será forzosa

a los setenta años, salvo que la Administración la imponga en cualquier momento después de que aquéllos cumplieran los sesenta y cinco años, y con arreglo a los artículos siguientes', que regulan la que puede acordarse por falta de aptitud, y tal efecto derogatorio no sólo se produciría por tratarse de Ley posterior y aplicación de lo preceptuado en el artículo 5.º del Código civil, sino por virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º de la propia Ley, según el cual 'quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en los artículos anteriores, pero continuarán en vigor las excepciones señaladas en los números 1, 2 y 3 del artículo único de la Ley de 27 de diciembre de 1934', refiriéndose tales excepciones determinada y respectivamente al Cuerpo de Vigilancia y Seguridad, a los Carteros urbanos y a los Guardas forestales, pero no a los Registradores de la Propiedad, de todo lo cual se infiere que la tesis del impugnante por la que estima la vigencia actual del Decreto-Ley de 22 de febrero de 1926 ha de rechazarse por infundada, y con ella consiguientemente, desestimarse la petición de que su edad de jubilación forzosa debe ser la de setenta y dos años, pues la aplicable es la de setenta años, que era la realmente vigente y la contenida en el artículo 291 de la Ley Hipotecaria.

«Que la aplicación de la edad de setenta años a dicha jubilación se ha impugnado también por el actor sobre la base de la vigencia del citado Decreto-Ley de 22 de febrero de 1926, entendiendo que si bien la disposición adicional primera de la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre reforma hipotecaria autorizó al Gobierno para publicar en el plazo que señalaba una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procedería a armonizar debidamente los textos legales vigentes, al hacer uso de esa facultad en el Decreto de 8 de febrero de 1946, lejos de llevar a cabo dicha armonización de las disposiciones en vigor las vulneró, puesto que la norma del texto refundido en que señaló la edad de setenta años contrariaba aquel precepto del mencionado Decreto-Ley que fijó como edad general de jubilación la de setenta y dos años, y con ello dejó de estar la indicada norma investida de la autoridad jerárquica de Ley que sólo se le concedió en cuanto armonizase los textos legales vigentes, mas no para derogarlos o modificarlos, quedando, por tanto, en cuanto a este extremo, reducida al rango jurídico de Decreto administrativo, sujeto, por consiguiente, a la revisión jurisdiccional; mas el punto de partida que toma para la argumentación es totalmente erróneo, ya que, según ha quedado cumplidamente demostrado en el Considerando anterior, no tiene consistencia la pretensión de vigencia en cuanto a ese punto del Decreto-Ley de 22 de febrero de 1926, por lo que ha de concluirse que no se produjo la indicada degradación de rango jurídico en el Decreto legislativo que, según su tesis, pudiese determinar el acceso a la revisión jurisdiccional, sino que existió perfecta adecuación y armonía entre la disposición vigente sobre jubilación de los Registradores de la Propiedad al promulgarse la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que facultó al Ministro de Justicia, entre otros particulares, para reformar y poner en concordancia con las disposiciones vigentes lo referente al ingreso, ascenso, separación y jubilación de los Registradores, pues si, según sostiene erróneamente, la edad de jubilación entonces vigente para ese personal hubiese sido la de setenta y dos años, y en el texto se consignó la de setenta pudo entenderse que con ello se puso en ejercicio la facultad de reformar, y si, como sucedía, la edad que estaba realmente en vigor era la última citada, y así se consignó en el nuevo texto, es indudable que éste se puso, acerca de ese extremo, en concordancia con las disposiciones vigentes conforme a lo

prevenido, ya que en modo alguno existía el deber de reformar, sino la facultad de hacerlo, que, dado este carácter, no puede entenderse que obligaba a efectuarlo sobre todos y cada uno de los extremos en la autorización comprendidos, sino tan sólo con relación a aquellos respecto de los cuales lo estimase así aconsejable la Autoridad ministerial delegada a tal efecto principal, de poner en concordancia con las disposiciones vigentes, no existiendo, por tanto, base alguna para entender que le imponía el deber de reformar concretamente la edad de jubilación en el sentido de aumentarla.

Que en cuanto a la súplica de nulidad del artículo 542 del Reglamento para ejecución de la Ley Hipotecaria, es de poner de relieve que si bien por tratarse de una disposición de carácter general con simple rango de Decreto sería viable el acceso a la revisión jurisdiccional, no estaría el actor legitimado, con arreglo al artículo 28 de la Ley jurisdiccional, para impugnarlo directamente como disposición general, sino a través del acto administrativo por el que se le declaró jubilado, cuya anulación también ha solicitado; mas debe ser desestimado en ambos extremos, toda vez que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1963, que acordó la jubilación forzosa del recurrente, Registrador de la Propiedad, don Manuel V. P., por tener cumplida la edad de setenta años, y la del propio Centro directivo de 23 de julio siguiente, que la confirmó, así como también el citado artículo 542 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, son conformes a derecho y no han incurrido en infracción del Ordenamiento jurídico vigente acerca de la expresada materia, hallándose ajustados a lo dispuesto en el artículo 291 del Decreto legislativo de 8 de febrero de 1946, que aprobó el texto refundido de la Ley Hipotecaria en cumplimiento de lo autorizado en la Ley de 30 de diciembre de 1944, sobre reforma hipotecaria, por lo que, en consecuencia, y a tenor de lo establecido en los artículos 81, 1, b), y 83, 1), de la Ley jurisdiccional, procede acordar la desestimación del recurso en cuanto a aquéllos, sin que por ello haya lugar al reconocimiento del derecho que se pide en el apartado 4.º del suplico de la demanda ni a indemnización de daños y perjuicios que en aquél también se solicita, absolviendo de la demanda a la Administración General del Estado.

Que por el actor se aduce que, además de las infracciones directas del Ordenamiento jurídico que han quedado analizadas y debidamente consideradas anteriormente, se ha cometido desviación de poder por la Administración pública, y en concreto por el Ministerio de Justicia, al citar el antes mencionado Decreto de 8 de febrero de 1946, y luego la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Ordenes contra las que recurre, entendiendo el impugnante que la aplicación que dicho Decreto hace de la Ley de 30 de diciembre de 1944, por lo que se refiere a la edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad, entraña aquel vicio, porque el acto de aplicación, o sea, el Decreto legislativo, está en notoria inadecuación con el texto básico—disposición adicional 3.ª, párrafo 1.º—, en el que se preceptúa que se armonicen las disposiciones vigentes en materia de jubilación, y ésa y no otra es la finalidad de la delegación concedida a la Administración por el legislador, lo que, a su juicio, vicia de nulidad no sólo el Decreto expresado, sino también a las citadas Resoluciones del Centro directivo que traen de aquél su origen y causa, consistiendo, según el actor, tal desviación de poder en que el legislador de 1944 quiso, según la citada disposición adicional 3.ª, que se corrigiese la disonancia existente entre las edades de jubilación de los Registradores y las del Notariado y Jueces y Magistrados, y al no hacerlo así el referido Decreto incurrió en dicha desviación de poder, pero si se examina tal apreciación en relación con

lo establecido en la mencionada disposición adicional 3.ª de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y lo preceptuó en materia de jubilación forzosa en el artículo 291 del Decreto legislativo de 8 de febrero de 1946, dado en aplicación de la misma, se llega a la conclusión de que no ha existido la alegada desviación de poder, pues definida sintéticamente ésta, en el párrafo 3.º del artículo 83 de la Ley jurisdiccional, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, se ha precisado su concepto por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 9 de octubre de 1959 y 28 de diciembre de 1960, señalando que dicha figura de infracción supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder a su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, orientada a la promoción de interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad y añadiendo que para que pueda alegarse con éxito es preciso acreditar con seguridad el apartamiento del órgano causante de la desviación del cauce jurídico, ético o moral que está obligado a seguir, sin atender a otras intenciones que las inspiradoras de la norma legal aplicada, por lo que reviste decisiva importancia la indagación de los objetivos reales perseguidos por la misma, y como de una parte la disposición adicional 2.ª de la Ley de 30 de diciembre de 1944 autorizó al Gobierno para publicar una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procedería a armonizar debidamente los textos legales vigentes, y, de otra, en la tercera adicional se facultó al Ministerio de Justicia, entre otros extremos, para reformar y poner en concordancia con las disposiciones vigentes lo referente al ingreso, ascenso, separación y jubilación de los Registradores de la Propiedad a la edad de setenta años, se efectuó conservando la que estaba vigente acerca de la materia al promulgarse la citada Ley, sin que corresponda, por otra parte, a la realidad, la afirmación en que se funda el recurrente de que el mencionado Decreto está en notoria inadecuación con la indicada disposición adicional 3.ª, ya que del texto de la misma resulta de modo claro que está referido concretamente a los Registradores de la Propiedad y a las disposiciones vigentes en materia de ingreso, ascenso, separación y jubilación de los mismos y no existe base alguna para sostener que la finalidad pretendida por dicha disposición adicional era, como señala el actor, que al hacerlo se armonicen las disposiciones vigentes respecto a su jubilación con las que estuviesen en vigor para los otros Cuerpos o Carreras que indica, por todo lo cual es evidente que al incluir el precepto contenido en el artículo 291 no se apartó el Decreto del cauce jurídico que habría de seguir y siguió, adecuadamente a la norma legal aplicada, por lo que es de concluir que no aparece en modo alguno en el caso de que se trata el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los previstos en el Ordenamiento jurídico y sin que pueda tampoco aducirse como prueba de la desviación de poder el hecho de que en 1944 se hubiera propuesto en la Comisión de las Cortes el establecimiento de una edad de jubilación superior a setenta años, sin que la propuesta prosperase, pues con ello precisamente se justifica fué la medida adoptada por el Ministerio de Justicia en 1946 correspondía además a la opinión del Cuerpo legislativo, al que no compete la alegación de una propuesta verbal para que el Gobierno hiciera lo que precisamente no querían hacer las Cortes, y aparte, finalmente, de que la alegación de desviación de poder no cabe contra actividad legislativa y la norma impugnada—de la que son mera aplicación las Resoluciones también recurridas—lo es, aunque fuese elaborada por el Gobierno en delegación del órgano legislativo.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 4.465).

«Que el problema planteado en esta litis por el Registrador de la Propiedad jubilado don Francisco C. y J. A., pese a la fronda argumental de su demanda, queda reducido, en estrictos términos jurídicos, a determinar si la edad de jubilación de los Registradores, según la normativa actualmente vigente, es la de setenta años, como ha estimado la Dirección General de los Registros en sus recurridas Resoluciones, o la de setenta y cinco o setenta y dos años, como alternativamente postula el recurrente; ello con la obligada consecuencia de legalidad o ilegalidad del acto administrativo impugnado, a cuya apreciación han de quedar vinculados el éxito o el fracaso del presente recurso.

Que el artículo 291 de la Ley Hipotecaria y el 542 de su Reglamento vigentes, establece a los setenta años de edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad; por lo que, habiendo cumplido tal edad el señor C el día 19 de julio de 1963, la Dirección General de los Registros y del Notariado al jubilarle en 27 del mismo mes se limitó a cumplir literalmente dichos preceptos legales; mas reexpedido por el actor el problema jurídico a la legalidad o ilegalidad del texto refundido en la Ley Hipotecaria y consiguientemente de su Reglamento, en los que acusa desviación de poder por parte del Ministerio de Justicia, forzoso es contemplar esta importante faceta, ya planteada anteriormente ante esta Sala, a la que dieron solución jurisprudencial desestimatoria las sentencias de 17 de junio y 15 de octubre.

Que reiterando tal doctrina jurisprudencial, ha de afirmarse la inexistencia de esa pretendida desviación de poder; la Ley votada en Cortes y promulgada en 30 de diciembre de 1944 autorizó al Gobierno para publicar el texto refundido de la Ley Hipotecaria; lo que se cumplimentó por el Decreto legislativo del Ministerio de Justicia de 8 de febrero de 1946; disposición con rango de Ley, de la que no cabe revisión en vía contenciosa, por que de esta jurisdicción quedan excluidas, a tenor del artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, las disposiciones que tengan tal categoría en el Ordenamiento jurídico; mas prescindiendo de lo que pudiera ser causa de inadmisibilidad, ni pedida por el Abogado del Estado, ni planteada oficiosamente por la Sala y contemplada objetivamente esa alegada desviación de poder, ha de insistirse en que el Decreto de 8 de febrero de 1946, el Ministro de Justicia no abusó de poder, sino que usó acertadamente del que le concedieron las Cortes del Reino por Ley de 30 de diciembre de 1944 en sus disposiciones adicionales 2.ª y 3.ª, en las que entre otras cosas se faculta a dicho Ministerio para reformar y poner en concordancia con las disposiciones vigentes lo referente a ingreso, ascenso, separación y jubilación de los Registradores de la Propiedad.

Que al fijar el Gobierno en el artículo 291 del Decreto legislativo ya citado la edad de setenta años para la jubilación de los Registradores de la Propiedad no hizo otra cosa que atenerse a la legalidad vigente para todos los funcionarios del Estado, de la que no son excepción los Registradores de la Propiedad, porque ninguna Ley ni precepto legal ha creado para ellos la singular situación que en orden a jubilaciones se estableció para las Carreras Judicial, Fiscal y Notarial, a las que la asimilación de los Registradores no ha pasado de ser mera aspiración de un determinado sector de esta Carrera, que no ha cristalizado en disposición legal concreta e invocable en derecho.

Que el Decreto-Ley de 22 de junio de 1926, puntal fundamental en que

apoya sus pretendidos derechos el recurrente, perdió su carácter de Ley y su fuerza de obligar como tal Ley, por el Decreto-Ley de 15 de abril de 1931, por la Ley de 18 de agosto del mismo año, y específicamente en materia de edad de jubilaciones, por la Ley de 24 de julio de 1934, que estableció para todos los funcionarios del Estado, de todas clases y categorías, sin exclusión de los Registradores, la edad de setenta años; edad de jubilación que, con caracteres de generalidad, estatuye también la más reciente Ley de 24 de junio de 1941.

Que en atención a estos razonamientos, y estimándose como se estima que el Ministerio de Justicia usó correctamente de las atribuciones a él concedidas por el Legislador en las adicionales de la Ley de 30 de diciembre de 1944, al fijar en setenta años la edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad, y estimándose igualmente correcta y ajustada a derecho la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de junio de 1963, que jubiló al Registrador demandante, se impone la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo en cuanto a todos sus motivos y pedimentos, sin que se considere con la Sala procedente hacer especial imposición de costas.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.406).

«Que en el suplico de la demanda se articulan dos pretensiones de las que son mera consecuencia las obras dos también formuladas. Son aquéllas: 1.ª, que la sentencia declare que es nulo de pleno derecho el Decreto de 8 de febrero de 1946 en lo que se refiere a la edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad, y, por tanto, que es igualmente nulo el artículo 291 del llamado texto refundido de la vigente Ley Hipotecaria y el artículo 542 de su Reglamento en cuanto establece que la jubilación será forzosa para el Registrador que hubiere cumplido los setenta años; 2.ª, que la edad de jubilación de los Registradores de la Propiedad es la de setenta y cinco años, por su asimilación al Notariado, o cuando menos de setenta y dos años; consiguientemente, se pide: a) que se declare no ser conforme a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo y 22 de abril de 1963, que declararon la jubilación del recurrente; b) que el mismo tiene derecho a continuar desempeñando el Registro de la Propiedad, número 6 de Madrid, que venía sirviendo, hasta que cumpla la edad de setenta y cinco años y con derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía a determinar en ejecución de la sentencia.

Que como fundamento para pedir la declaración de nulidad del artículo 291 de la vigente Ley Hipotecaria y el 542 de su Reglamento, se alega por la representación del interesado que el Decreto de 8 de febrero de 1946, que aprobó el texto refundido de dicha Ley, no tiene en sí mismo el carácter de verdadera Ley, ni tampoco el de un Decreto legislativo por lo que se argumenta en la demanda y por el hecho, muy decisivo a juicio del actor, de que no se hubiera notificado a las Cortes; en orden a cuyos tres reparos es de notar, en cuanto al primero: que si bien es cierto que el Decreto que puso en vigor la Ley Hipotecaria, conforme a la redacción que el Ministerio de Justicia presentó al Gobierno, se produjo como resultado de una gestación distinta a la de la Ley, en cuanto que su articulado no fué sometido a las Cortes ni obtuvo de ellas su aprobación directa, no por ello deja de tener el rango de una verdadera Ley, porque fué dictado en virtud de la autorización que para ello otorgó al Go-

bierno la Ley de 30 de diciembre de 1944. Y así viene a reconocerlo el propio recurrente que, percatado de que el Decreto dictado en cumplimiento de una Ley tiene el mismo valor de los llamados Decretos legislativos, pero sin que se pueda reputar como tal el que puso en vigor la Ley Hipotecaria, y concretamente los artículos de la misma y su Reglamento, que establecen en setenta años de edad señalada para la jubilación de los Registradores. Y carece, en opinión del recurrente, el impugnado Decreto del valor que se ha de reconocer a los Decretos legislativos, porque toda la fuerza de obligar les viene de la Ley que los origina, y siendo así, claro es que ni pueden exceder los límites de la autorización concedida por la Ley, ni menos discurrir por cauces distintos a los prefijados por el legislador, so pena de incurrir en desviación de poder y en evidente causa de nulidad.

Que para poner de manifiesto esta misma nulidad de que adolece, en opinión del actor, el Decreto recurrido por el apartamiento del texto que aprobó, a lo imperado por la Ley, se alega que la disposición adicional 2.^a de la misma autorizó al Gobierno «para publicar... una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a armonizar debidamente los textos legales vigentes», autorización otorgada a condición de que lo hiciese al limitado fin claramente enunciado, y no para modificar los que estuvieran en vigor; pero es el propio recurrente quien a continuación de lo dicho invoca la disposición adicional 3.^a de la misma Ley que faculta textualmente al Ministerio de Justicia para 're-formar y poner en concordancia con las disposiciones vigentes lo referente al ingreso, ascenso, separación y jubilación de los Registradores'» lo que quiere decir que si la concordancia con las disposiciones en vigor a la fecha de la Ley exigía la reforma de lo que se hubiera establecido en cuanto a dichos particulares y por ende a la edad señalada para la jubilación de tales funcionarios habría de ser reformado, sin que en el caso de que así lo hiciera cupiese decir que con ello quedarán excedidos los límites concedidos por el Legislador.

Que el artículo 291 del Decreto legislativo tan repetidamente citado, lejos de reformar lo establecido respecto a la edad señalada para la jubilación de los Registradores, lo que hizo fué respetar la prevista por las disposiciones a la sazón vigentes, que no era, como pretende el actor, la de setenta y dos años, establecida por el Decreto-Ley de 22 de junio de 1926, porque ese decreto había sido ya derogado por Decreto-Ley de 22 de abril de 1931; por la Ley de 18 de agosto del mismo año, y muy señaladamente por la Ley de 27 de diciembre de 1934, que estableció para todos los funcionarios del Estado, sin excepción de los Registradores, la edad de setenta años mantenida por la Ley de 24 de junio de 1941, por lo que al hallarse acomodado a tales disposiciones el citado artículo 291 de la Ley Hipotecaria, no cabe admitir que el Decreto aprobatorio de la misma hubiera infringido el Ordenamiento jurídico ni, por ende, que el Ministerio de Justicia, al jubilar al recurrente por haber cumplido la edad de setenta años, hubiera incurrido en desviación de poder, de todo lo cual se sigue la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, en cuanto a todas las pretensiones deducidas en la demanda; sin especial declaración en cuanto a la imposición de costas.»

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
y SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1965.—«*Recurso de casación por quebrantamiento de forma*»: *Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.693, 1.º* (*«falta de emplazamiento»*) y *«litis consorcio pasivo necesario»*.

Desestima el recurso interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial en «juicio de mayor cuantía» confirmando en apelación (interpuesta por el mismo demandado) la del Juzgado de primera instancia, que estimara en parte la demanda. Extinguido el plazo de prueba, se personó en autos uno de los demandados (el luego recurrente) formulando incidente de nulidad de actuaciones por no haber sido emplazado en su domicilio. El Juzgado resolvió el incidente desestimando la demanda por estimar la excepción de falta de integración de la relación jurídico-procesal, al no haber sido dirigida la demanda incidental frente al otro co-demandado y sí sólo frente al actor principal. La Audiencia territorial confirmó tal sentencia.

«Considerando (1.º) que, según jurisprudencia constante de esta Sala, sólo es procedente el recurso de casación por quebrantamiento de forma en los casos taxativamente enumerados en el artículo 1.693 de la Ley procesal civil, doctrina que cierra el paso al examen y resolución por esta Sala de si existía o no litis consorcio pasivo necesario en el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente.

«Considerando (2.º) que, fundado el recurso en el número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de enjuiciamiento civil, por nulidad del emplazamiento, al no haberse hecho en el domicilio real del recurrente, basta para desestimarle tener en cuenta que el demandado (recurrente) tiene diversos domicilios, según resulta de las propias escrituras de poder con que ha comparecido en los autos..., y sobre todo tiene negocios indistintamente en Madrid. y en Talavera de la Reina, habiéndose verificado todas las notificaciones extrajudiciales y nada menos que cuatro diligencias judiciales en la calle de Fernán González, número 61, de esta capital, en cuyo domicilio también habita su hijo..., donde siempre se han admitido las citaciones y nunca se ha negado por las personas que las han recibido, tan allegadas como la hija política del recurrente, que éste tuviera allí su domicilio, promoviéndose el incidente de nulidad de actuaciones cuando había finiquitado el segundo período de prueba en los autos y estaban todas ellas practicadas y precisamente cuando se hace la entrega de la última citación a la persona menos allegada al demandado (recurrente), cual es una sirvienta, y si los familiares no le dieron noticia del procedimiento, ninguna culpa alcanza al actor, habiendo el recurrente formalizado el escrito de conclusiones y en segunda instancia se abstuvo de pedir el recibimiento a prueba, que le autorizaba el artículo 862, número 5, de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 767, y, según interpretación de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de 27 de febrero de 1935 y 12 de noviembre de 1945, el número 1 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a quienes, por ignorar la existencia del juicio, carecen de los medios adecuados para la defensa de sus derechos...»

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1965.—*Recurso de injusticia notoria: «interposición»; mención específica del «concepto» en que se estima cometida la «infracción» alegada como motivo (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, segundo párrafo).*

Desestima el recurso de injusticia notoria interpuesto por la actora contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (3.º) . . . que no se expresa el «concepto» por el que la «infracción» se supone cometida, cual previene el artículo 136 (segundo párrafo) de la citada Ley.»

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1965.—*Incongruencia: no incurre en tal vicio la sentencia que estima de oficio el defecto en la constitución de la relación jurídica procesal. Fallo con disposiciones contradictorias; lo son entre sí la estimación de excepciones procesales y la absolución del demandado.*

Desestima en parte (incongruencia) y estima el resto (disposición contradictoria) el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial, que confirmara la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (1.º) que los preceptos de los artículos 359 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen mandatos de tipo técnico dirigidos a los órganos jurisdiccionales, por señalarles cuál debe ser el contenido de la sentencia, pero al mismo tiempo marcan al Juzgador los límites positivos y negativos dentro de los cuales ha de usar su poder decisorio en el proceso civil, estableciendo un principio político que viene impuesto desde fuera por las características de los derechos subjetivos, reconocimiento y respeto de éstos en el ámbito del proceso, que exigen una adaptación a esas características, de las cuales la fundamental es su disponibilidad por el titular tanto en lo referente a la voluntad de hacerlos valer como en lo que atañe a la medida o amplitud del ejercicio.

«Considerando (2.º) que, condicionada la actuación del Juzgador a la existencia de los presupuestos procesales, no cabe plantear la «incongruencia» en los casos de defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal apreciada de oficio por los Tribunales, por quedar fuera del poder dispositivo de los particulares...

«Considerando (3.º) que la facultad de llevar el proceso como demandante (legitimación activa) es el efecto en el proceso de la facultad de ejercicio (disposición o administración) de los derechos subjetivos como exponente del poder dispositivo que sobre estos derechos poseen sus titulares, en cuanto obedecen al principio de que sólo a éstos ha de reconocerse autorizados para ejercitarlos, actuando como límite puesto al ejercicio incondicionado de la acción, sin base jurídica material.

Considerando (4.º) que en el caso de autos, según consta en ... los contratos contenidos en la carta ... dirigida por ... (la demandada recurrida) a los actores, hoy recurrentes, el precio ... se abonaría «al fabricante o representante

debidamente autorizado», y esta disyuntiva, que autoriza a la .. (demandada) a pagar a uno u otro, origina la falta de legitimación *ad causam* proclamada por la sentencia recurrida...

«Considerando (5.º) que esta admisión (de oficio por la sentencia impugnada de las excepciones procesales) y la absolución a la demandada hecha en el fallo envuelven las disposiciones contradictorias que se denuncian en el motivo segundo, que por ello debe ser estimado»

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*» por error de hecho en la apreciación de la prueba (*Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 136, causa 4.ª*).

Desestima (con costas) el recurso interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que dió lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por la causa 1.ª (necesidad) de denegación de la prórroga.

«Considerando (1.º) que ..., como los documentos que se citan en el motivo cuarto han sido tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo* para dictar su resolución, aunque con alcance y trascendencia distintos a los dados por el recurrente al no contradecir el fallo ... «ha de ser desestimado dicho motivo».

«Considerando (2.º) que ... ha de tenerse presente que contra el concepto jurídico de «necesidad» no puede invocarse la causa cuarta, máxime en este caso en el que el Tribunal *a quo* fundamenta su resolución teniendo en cuenta características distintas entre una y otra vivienda, cuya apreciación no es denunciada por el recurrente...»

SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1965.—«*Recurso de casación por quebrantamiento de forma*»: «*interposición*»; necesidad de citar la Ley o doctrina legal que se considera infringida.

Desestima el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por los demandados contra la sentencia «de remate» de la Audiencia territorial que, en apelación (interpuesta por las actoras), revocara la del Juzgado de Primera Instancia, que declaró la «nulidad» del «juicio ejecutivo» respecto de uno de los demandados.

«Considerando (único) que para el éxito de los recursos de casación por quebrantamiento de forma no es suficiente con que en el escrito de interposición se cite el número del artículo 1.693 de la Ley de enjuiciamiento civil en que el motivo se apoya, sino que es indispensable indicar además el precepto legal que se estima vulnerado y la resolución judicial que originó la infracción (*sic*) que se suponga cometida, según se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en sus sentencias de 15 de marzo de 1917, 18 de diciembre de 1926, 17 de mayo de 1951 y 12 de diciembre de 1964...»

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1965.—*Falta de acción* («*legitimatío ad causam*») y no falta de legitimación («*legitimatío ad processum*»): vicio «*in iudicando*» y no «*vicio in procedendo*».

Estima el recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial en apelación interpuesta por el actor, que revocara la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (2.º) que la cuestión planteada (falta de acción del apoderado administrador para instar en su propio nombre la resolución del contrato) no afecta a las condiciones y requisitos que 'para comparecer en juicio' se expresan en el número 2 del artículo 533 de la Ley procesal y que integran la *legitimatio ad processum*, sino a la falta de acción por defecto de los requisitos constitutivos de la misma, o *legitimatio ad causam*, que afectan a la sustantividad misma de la pretensión, por lo que su cauce adecuado, como tiene aclarado este Tribunal en numerosas sentencias cuya doctrina sintetiza la de 18 de mayo de 1962, no es el utilizado por el motivo primero del recurso (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, aprobada por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa segunda, por infracción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 533, número 2), sino el utilizado por el segundo, tercero, cuarto, quinto y décimo (*idem.*, por infracción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 1.564, y del Código civil, arts. 1.257, 1.717, 1.725, 1.727, 431, 432 y 1.546 y la Ley de Arrendamientos Urbanos, citada, art. 114), a los que hay que dar lugar, por haberse efectivamente infringido por la sentencia recurrida ... los preceptos citados ..., y, en su virtud procede dar lugar al recurso, aceptando la excepción previa de falta de acción, sin necesidad de considerar .. los restantes motivos del recurso.»

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1965.—*Resolución de contrato: falta de acción del apoderado-administrador para instarla (Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114 «in limine», y Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.564).*

Estima el recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial en apelación interpuesta por el actor, que revocara la dictada por el Juzgador de Primera Instancia y diera lugar a la resolución del contrato, al estimar la demanda.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida construye su razonamiento jurídico partiendo de las siguientes premisas:

«a) Que la finca objeto del pleito es propiedad de ... (A), cuyo apoderado administrador era ... (B), con amplias facultades administrativas, incluso para desahuciar inquilinos.

«b) Que, con tal carácter, el señor ... (B) suscribió con el demandado el contrato de arrendamiento cuya resolución se postula, los recibos de pagos de rentas y otros actos de administración relacionados con el contrato, habiendo sido siempre considerado por el arrendatario como tal administrador de la finca; y sobre esta base estima dicha sentencia que el demandante (B), que acciona en nombre propio, que no alega su condición de administrador al hacerlo ni dice que actúe por poder y que suplica del Juzgado que los demandados dejen libre y vacua a su disposición la vivienda arrendada, está legitimado para promover el juicio de desahucio, según la exigencia del artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, en virtud de su apoderamiento, obra con facultad y actividad de dueño.

«Considerando (2.º) que el artículo 1.564 de la Ley de enjuiciamiento civil legitima únicamente «para promover el juicio de desahucio» a «los que tengan la posesión real de la finca a título de dueño, de usufructuarios o cualquiera otro que les dé derecho a disfrutarla», y, con arreglo a dicho precepto es claro

que el apoderado administrador carece de la posesión real, porque no posee a título propio ni tiene derecho alguno para ello, y cuantas cosas haga o servicios preste como mandatario los debe hacer, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.710 del Código civil, por cuenta y encargo de su mandante, que es quien resulta vinculado por dichos actos, conforme al artículo 1.727 del propio cuerpo legal, lo que no ocurre en el caso de autos, en que el demandante (B) no invoca la representación del poseedor real (A), sino su propia personalidad y derecho, para desahuciar reclamando para sí la entrega de la cosa, para lo que, como queda dicho, carece de título, y no tiene por qué allanarse (*sic*) el demandado a una petición improcedente, ya que el apoderamiento en virtud del cual intervino el actor (B) en el contrato que se trata de resolver sólo le facultaba para concluir el negocio jurídico en nombre y representación del poderdante (A), por lo que es éste, y no el apoderado, el que tiene el carácter de arrendador, a quien *reserva* el derecho de instar la resolución el artículo 114 de la Ley de arrendamientos urbanos o de que otro lo inste por su mandato.»

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: por «error en la apreciación de la prueba» (*Ley de arrendamientos urbanos, artículo 136, causa cuarta*), por «infracción de precepto y de doctrina legal» (*ibidem, causa tercera*).

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial que, revocando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda, declaró resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio.

«Considerando (1.º) ... la parte recurrente cita una serie de documentos al objeto de demostrar, mediante ellos, la no certeza del que dimanante de la Delegación de Industria ... certifica el hecho de la introducción de nueva maquinaria en el local de autos ..., circunstancia ésta recogida en la sentencia recurrida, documentos ... que ... han sido tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora y no llevan en sí contradicción alguna con lo declarado en dicha Resolución, y es que la técnica de la causa cuarta, en cuanto va dirigida a demostrar el manifiesto error en la apreciación de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal *a quo*, resulta incompatible con la pretensión del recurrente consistente en que se adopte como supuesto de la cuestión el hecho deducido por éste mediante razonamiento sobre los mismos hechos concretos, cuando, precisamente, para acreditar la equivocación del Juzgador mediante el contenido de documentos, han de demostrar éstos por sí mismos dicha circunstancia, sin establecer deducciones, analogías, interpretaciones e hipótesis; contrarios al criterio de la Sala de instancia, máxime en el presente caso, en que ésta, para afirmar su convicción, tuvo en cuenta no sólo aquel documento, ya de por sí bastante, sino otros elementos probatorios...

«Considerando (2.º) ... exigiendo el artículo 1.720 de la Ley de enjuiciamiento civil, así como el último párrafo del 136 de la .. arrendaticia urbana que se cite con precisión y claridad, no sólo la Ley o doctrina legal que se crea infringida, sino también el «concepto» en que lo haya sido ... cuando ... al señalarse como infringidos por el Tribunal *a quo* determinados preceptos legales se olvida el recurrente de concretar si el motivo o causa de la infracción se debe a aplicación indebida, violación o interpretación errónea, habria incurrido con ello en un defecto procesal que implica una imprecisión y falta de claridad en los motivos ..., lo que lleva consigo su inadmisibilidad...»

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1965.—*Excepción dilatoria de «litis pendencia» (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 533); «documento auténtico»; incongruencia.*

Desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los actores) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolvió de la instancia estimando la excepción dilatoria de «litis pendencia».

«Considerando (1.º) que el estudio de los elementos de la acción sirve en todos los casos en que es necesario confrontar dos o más demandas para averiguar la existencia del fenómeno de la 'litis pendencia' como excepción excluyente de un proceso cuando se alega la pendencia simultánea de dos idénticos (número 5 del art. 533 de la Ley de enjuiciamiento civil), habiendo de acudir, con el fin de precisar la relación que debe existir entre el litigio excluyente y el actual, en primer lugar al artículo 1.252 del Código civil, sobre la «cosa juzgada» (puesto que uno de los fines de la excepción es evitar dos resoluciones de las cuales una fuera cosa juzgada para la otra), interpretado por la jurisprudencia, que enseña existen las razones que justifican la excepción cuando se dan entre los dos procesos las tres identidades de la demanda: respecto de las personas y su posición jurídica, o legitimación, de la causa, o título, y de la petición, u objeto, no siendo suficiente para excluir la «litis pendencia» la diferente calificación jurídica.

«Considerando (3.º) que ... como acertadamente proclama la Sala sentenciadora, los demandados en el pleito anterior lo son también en éste, parte de los actores en el anterior lo son también en éste, actuando en ambos litigios con base y en beneficio de la comunidad del monte 'Las Trapas', lo que lleva ineludiblemente a concluir que entre los dos procesos se manifiesta la identidad de las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, pues no puede reputarse diferencia sustancial en el aspecto subjetivo la circunstancia de incardinar en la segunda contienda judicial alguna persona distinta, cuya intervención es meramente secundaria y accesorio y sin duda con la finalidad de crear una apariencia al estar desligada de la realidad, pues la 'causa petendi' es la misma, invocando como soporte jurídico la escritura de 4 de diciembre de 1873.

«Considerando (2.º) que en el caso de autos, declarada corroborada por el Tribunal *a quo* la excepción de 'litis pendencia' con la prueba documental de la diligencia de compulsa del pleito anterior, pendiente de recurso de alzada a la sazón, el motivo primero del recurso, al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, que no puede prosperar por no tener el concepto de auténticos en casación los documentos que se invocan con tal carácter, al no hacer prueba por sí mismos sin necesidad de hipótesis, interpretaciones o analogías.

«Considerando (4.º) que ... es desestimable el motivo quinto, pues la consecuencia (estimación de la excepción de 'litis pendencia' con respecto a todos los demandados, incluso los allanados a la demanda) de la solidaridad procesal (entre todos los codemandados) no es causa de incongruencia »

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1965.—*Recurso de casación por infracción de Ley: «interposición»: precisión y claridad en la exposición del «concepto» de la «infracción» imputada al Tribunal «a quo»: motivo inadmisibles por alegación simultánea (en forma disyuntiva) de «conceptos» de infracción incompatibles entre sí (Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 1.720, primer párrafo, 1.728, primera, y 1.729, 4.º).*

Desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial confirmando en apelación por él, también interpuesta la del Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (2.º) que ... sería bastante para la desestimación del motivo ... su defectuosa formalización, ya que en él se invoca, como conceptos de infracción 'la violación o inaplicación o interpretación errónea' del artículo 3.º, apartado 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), en relación con el 57 de la misma, dejando al Tribunal, ante la disyuntiva forma en que son expresados conceptos de infracción de imposible compatibilidad, sin conocer cuál sea la infracción atribuida a la Sala sentenciadora, que el propio recurrente no precisa...»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965.—*Arrendamientos urbanos: «recurso de injusticia notoria», «formalización», «claridad y precisión».*

«Considerando (1.º) que tanto el artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos como el 1.720 de la Ley de enjuiciamiento civil, aplicable subsidiariamente en virtud de lo dispuesto en el 150 de aquélla, según ha repetido este Tribunal hasta la saciedad, ordenan que los recursos extraordinarios a que se refiere se formulen con claridad y precisión, expresando en párrafos separados y numerados los fundamentos o motivos del recurso cuando fuesen varios y se falta a esta prevención cuando se formula ... agrupando diversas causas, fundamentos e infracciones por conceptos heterogéneos, mezclando cuestiones variadas o utilizando causas inadecuadas; así, en el motivo segundo, en el que se agrupan las causas 'tercera' y 'cuarta', mezclando cuestiones de hecho y de derecho, faltando a la claridad y precisión exigidas por los citados preceptos legales, lo que obliga a proceder a su inadmisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, causa de inadmisión que en este trámite se convierte en causa de desestimación.»

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965.—*Congruencia: pronunciamientos implícitos en el fallo.*

Estima el recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado) por la Audiencia territorial, confirmando, excepto la condena en costas, la del Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida, en su penúltimo considerando, que hay que tener presente como aclaratorio del fallo, declara que, no habiéndose hecho pronunciamiento expreso en la sentencia apelada respecto a

la entrega por los demandados a los actores de las máquinas y herramientas relacionadas en el hecho primero de la demanda, solicitada en ésta, ha de entender que los peticionarios han renunciado a que se verifique, porque, habiendo consentido tal resolución sin apelar ni haberse adherido a la apelación formulada por uno de sus adversarios, no hay manera de ocuparse ahora de este extremo, respecto al cual es inalterable dicha resolución; pero en la sentencia de primera instancia hay que considerar implícitamente estimada la devolución de las maquinarias y herramientas de referencia como consecuencia obligada de la resolución del contrato de arrendamiento, del mismo modo que, como secuela de esta resolución, se entiende estimado el pedimento de resolución de los contratos de subarriendo derivados del arrendamiento de autos, aunque explícitamente no se contenga su estimación en el fallo de primera instancia; y, al no entenderlo así la sentencia recurrida, por cuanto, si bien dice confirmar la sentencia apelada excepto su pronunciamiento sobre costas, precisamente revoca éste (que fué de expresa imposición al demandado comparecido, por haberse rechazado todas sus peticiones y estimado todas las de la parte actora) . . . por entender que no se estiman en su totalidad las pretensiones de los demandantes, infringe con ello la doctrina legal en relación con el artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil, por interpretación errónea, y los artículos 1.561 y 1.582 del Código civil, por violación...»

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1965.—*Recurso de casación por quebrantamiento de forma: denegación de prueba (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 1.693, 5.º): confesión judicial en segunda instancia.*

Desestima el recurso interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial confirmatoria en apelación de la «de remate» pronunciada en «juicio ejecutivo» por el Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (único) que, según reiterada jurisprudencia, el criterio que debe imperar en la admisión y práctica de las pruebas en segunda instancia es restrictiva, por lo que no permite una interpretación analógica, y, concretamente, aunque el artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta a los litigantes para que, sin necesidad de recibir el pleito a prueba en segunda instancia desde que se les entreguen los autos para instrucción hasta la citación para sentencia, pidan se exija a la parte contraria confesión judicial por una sola vez con tal que fuese sobre hechos que no hayan sido objeto de posiciones en la primera instancia, tal facultad, según reiterada doctrina de esta Sala, no es extensiva a los juicios ejecutivos, siendo preciso presentar al solicitar las posiciones el oportuno interrogatorio, para evitar se reitere una confesión que ha tenido efecto, que es lo que prohíbe el precepto examinado, como asimismo que, decretada la citación para sentencia, pueda ejercitarse la indicada facultad... No basta citar el número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que (el recurso) se ampara, sino también el precepto legal infringido...»

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: «caución juratoria» del recurrente pobre y necesidad de estar al corriente en el pago de las rentas.

Desestima el recurso interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial, confirmando en apelación la del Juzgado de

Primera Instancia, que declaró resueltos los contratos de arrendamiento de inmueble urbano.

«Considerando (1.º) que los recurrentes, que están declarados pobres, se alzan contra sentencia que contiene pronunciamiento de desalojo sin haber prestado la caución juratoria exigida por el artículo 14, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni haber acreditado, al tiempo de formalizar el ... 'recurso de injusticia notoria', hallarse al corriente en el abono de la renta, por su pago o consignación, omisiones ambas que constituyen causa de inadmisión del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 y 148 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956) y concordantes de la Ley Procesal Civil, y que en este trámite se convierten en causas de desestimación, según conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala.»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ.

Jurisprudencia Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de abril de 1964.

LA EXENCIÓN CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DEL IMPUESTO, EN EL ARTÍCULO 3.º —A—, LETRA D), A LAS PRIMAS, ANTICIPOS Y PRESTACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA, SE EXTIENDE A LAS SUBVENCIONES, A PARTIR DE LA LEY DE 8 DE JULIO 1963, QUE REFORMÓ EL CONTENIDO DE DICHA EXENCIÓN.

Antecedentes.—Calificadas unas viviendas como de «renta limitada subvencionadas», construidas por una Sociedad inmobiliaria, el Ministerio de la Vivienda otorgó mandamiento de pago a su favor de la subvención otorgada, por un importe de 5.100.000 pesetas, cursado a la Delegación de Hacienda de Sevilla, y, presentado el mandamiento en la Abogacía del Estado, ésta practicó, a cargo de la Sociedad, la liquidación del impuesto por el concepto «muebles», número 46 de la Tarifa, al 3 por 100 sobre dicha cantidad.

La representación de la Sociedad interpuso recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo provincial, alegando la exención al amparo del artículo 3.º—A—de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, en el que expresamente se eximen del tributo las primas, anticipos y préstamos para la construcción de viviendas de renta limitada que conceda el Ministerio de la Vivienda, debiendo, dice la recurrente, entenderse en el concepto de «primas» las «subvenciones».

El Tribunal Provincial, en 15 de octubre de 1962, desestimó el recurso diciendo que la subvención como auxilio económico que se

entrega cuando ha recaído la calificación definitiva del grupo de viviendas de que se trate, es distinta de otros auxilios económicos, tales como primas, anticipos sin interés y préstamos, únicos conceptos a los que es aplicable la exención.

El acuerdo fue recurrido ante el Central, insistiendo en la similitud de los conceptos de «prima» y «subvención» y añadiendo que el caso está regido por el Decreto de 24 de junio de 1955.

Elevada, pues, la contienda al Tribunal Central, éste empieza por decir que la Ley de 13 de noviembre de 1957, que desarrolló la Ley de 13 del mismo mes, creadora de las viviendas subvencionadas, establece que las subvenciones gozarán de los beneficios concedidos a las viviendas de renta limitada del grupo primero por el Reglamento de 24 de junio de 1955.

El Central sienta primeramente que la Ley de 13 de noviembre de 1957, aprobatoria del plan de urgencia social de Madrid, encomendó al Ministerio del Ramo la construcción de un número de viviendas de las características que señala, y en su artículo 10 crea, bajo el nombre de viviendas subvencionadas, una nueva categoría dentro de las de renta limitada, establecidas en la Ley de 15 de julio de 1954, diciendo que tales viviendas tendrán, además de los beneficios que se determinen, una subvención a fondo perdido; y por ese Decreto de 22 de noviembre de 1957 se reguló esa nueva categoría de viviendas, disponiendo en el artículo 2.º que además de los beneficios del Decreto de 25 de junio de 1955 gozarán de una subvención a fondo perdido de 30.000 pesetas.

La reclamante, con apoyo en los preceptos citados de la Ley del Impuesto, que conceden la exención a la concesión de primas, anticipos y préstamos por el Ministerio de la Vivienda, combate la liquidación estimando que el concepto «prima» está comprendido en el de «subvención», a lo que replica el Central que, cualquiera que sea la sinonimia de ambos vocablos, la cuestión está resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1963, en el sentido de ser conceptos distintos y por tanto no asimilables a los efectos tributarios de la Ley del Impuesto, sin que éste comprenda tampoco las subvenciones comentadas cuando se conceden a entidades o empresas particulares en el apartado e) del mismo número 59, porque éste se refiere únicamente a Organismos de carácter público.

Todo ello con el aditamento de que la aludida sentencia se dictó

en un recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley y es, por tanto, doctrina legal de obligada observancia.

Plantea después el Central el problema de determinar si la Ley de 8 de julio de 1963, que amplió la exención para las subvenciones de que se trata, puesto que dice en su disposición transitoria que será aplicable a todas las subvenciones que no hayan sido objeto de liquidación definitiva en la fecha de su entrada en vigor, o sea el día de su publicación en el *Boletín Oficial* del día 10 de julio de 1963. Para ello, sigue diciendo la Resolución que nos ocupa, ha de partirse del análisis de la sentencia citada de 23 de octubre de 1963, es decir, si dada la doctrina entra o no a conocer del sentido y alcance de dicha transitoria, y dice que la doctrina en ella contenida sobre la no aplicación de la exención a las subvenciones no puede relacionarse con la transitoria, porque la sentencia habla de liquidaciones de los años del 60 al 63 y de subvenciones a entidades particulares, y el fallo del Tribunal Provincial enjuiciado era de octubre de 1962, o sea anterior a la Ley.

Ante esa doctrina legal, el Central plantea el problema de exégesis a que da lugar la Ley de 8 de julio de 1963, que amplió la exención para las subvenciones que no hayan sido objeto de liquidación definitiva en la fecha de la entrada en vigor de dicha Ley, que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de dicho mes y entró en vigor, según ella dispone, el mismo día.

Analiza este extremo razonando, en primer lugar, el por qué la sentencia de 23 de octubre de 1963 no pudo tener en cuenta dicha Ley, aun siendo posterior a la fecha de la misma Ley; y también cómo la liquidación impugnada no puede estimarse firme y consentida, de todo lo cual deduce que al acto liquidado e impugnado le es aplicable la exención y así lo acuerda la Resolución, anulando la liquidación recurrida.

Comentarios.—Aunque se trata de un problema de derecho transitorio, que no es de creer que se repita fácilmente, reconocemos que es interesante y de ahí que lo aireemos en la Revista, porque se da el caso singular de enfrentarse una sentencia, cual es la de 23 de octubre de 1963, con una Ley anterior, de 8 de julio del mismo año, sin que de hecho haya incompatibilidad entre ambas, y ello porque el acto estudiado en la sentencia es anterior a la vigencia de la Ley;

y, además, porque ésta prevé que la misma no es aplicable más que a las liquidaciones definitivas anteriores a la fecha de su entrada en vigor, lo cual da pie a la Resolución estudiada para discriminar cuáles son definitivas y cuáles no.

En concreto y en definitiva, en la exención del Impuesto contenida en el artículo 3.º, letra A), número 59, letra d), se comprenden las subvenciones concedidas por el Ministerio de la Vivienda a los promotores de viviendas de renta limitada, al amparo del artículo 10 del Decreto de 13 de noviembre de 1957 y del de 22 del mismo mes y año.

Con la misma fecha y en el mismo sentido el Tribunal Central dictó otras dos Resoluciones.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de abril de 1964.

EL HECHO DE HABER SIDO PRESENTADA A LIQUIDACIÓN UNA HERENCIA INTES-TADA POR UNO DE LOS VARIOS HERMANOS COHEREDEROS ES REGLAMEN-TARIAMENTE BASTANTE PARA CONSIDERARLOS A TODOS ELLOS COMO ACEP-TANTES DE LA HERENCIA.

Antecedentes.—Uno de los coherederos de cierta señora presentó en la Abogacía del Estado, en agosto de 1961, una instancia pidiendo la liquidación provisional de los bienes que relacionaba por fallecimiento de su madre, doña C. L., exponiendo que había fallecido abintestato en estado de viuda de don H. S., y manifestando que del matrimonio vivían tres hijos y tres nietos, hijos de una hermana fallecida.

Practicada la comprobación, con considerable aumento de los valores declarados, se giraron liquidaciones a cargo de los tres hermanos supervivientes y otra a cargo de los tres nietos, hijos de la hermana premuerta.

Declarados judicialmente herederos los aludidos tres hijos y los tres nietos, los interesados en la herencia otorgaron escritura notarial y después de reproducir el inventario que había originado la liquidación provisional aludida convinieron en que dos de los herma-

nos y los tres nietos renunciaban a la herencia, pura, simple y gratuitamente, para que recayera la parte renunciada en quien legalmente correspondiese, conforme al artículo 1.000 del Código Civil, quedando como única heredera e interesada en la herencia doña M. S. L., la cual aceptó la herencia pura y simplemente.

Se hizo constar, además, que la herencia había sido liquidada provisionalmente y pagado el Impuesto y que las liquidaciones provisionales se elevasen a definitivas.

La Oficina Liquidadora practicó las liquidaciones oportunas sin tener en cuenta las renunciaciones dichas y aquéllas fueron recurridas, alegando que fueron gratuitas y redundaron en beneficio de la hermana favorecida por derecho de acrecer, conforme al inciso tercero del artículo 1.000 del Código civil, sin que la presentación del documento inicial, firmado por don H. S. L., solicitando la liquidación provisional, pudiese suponer la aceptación de la herencia por el mismo, puesto que renunció a ella junto con su otro hermano y sus sobrinos tan pronto como estuvo cierto de su condición de heredero, sin haber realizado antes acto alguno que comportara la voluntad de aceptar; que el artículo 991 del mismo Código dice que nadie puede aceptar ni repudiar una herencia sin estar cierto de la muerte del causante y de su derecho a la herencia, del que no estuvieron enterados los renunciantes hasta que les fue comunicado el auto del Juzgado, el 17 de enero de 1962; que la solicitud de liquidación provisional fue un acto de conservación y administración de los bienes con el alcance del artículo 999 del Código civil y que el pago de una obligación puede hacerlo cualquiera en la forma y con los efectos prevenidos en el artículo 1.158 del mismo Código, todo ello para concluir que la renuncia de la herencia no encerraba la supuesta donación hecha por los renunciantes a favor de la heredera doña M. S. L.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso en amplios razonamientos, que no extractamos porque en la Resolución del Central, que a continuación reseñamos, aparecen confirmados sustancialmente.

El Tribunal Central, pues, empieza por sentar que el problema consiste en determinar si el hecho de haberse girado y pagado liquidaciones a cargo de los renunciantes de la herencia antes del otorgamiento de la escritura de renuncia puede significar la aceptación tácita de la misma, a tenor del artículo 999 del Código civil, al esti-

marlo así cuando el heredero realiza actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no tendría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Dicho eso, hace referencia en primer lugar a la numerosa jurisprudencia sobre el citado artículo y cita la sentencia de 22 de junio de 1925, que declaró que no implicaba aceptación de la herencia por mujer casada el hecho de que el marido hubiese firmado instancia colectiva dirigida al Delegado de Hacienda para evitar la imposición de multa por no pago del Impuesto, si bien, dice el Central, no se trataba de acto personal de un heredero y no podía entenderse que él había aceptado la herencia; y en segundo lugar se refiere a la de 23 de mayo de 1955, la que afirma que es acto de aceptación el gestionar la liquidación del Impuesto.

Seguidamente, la Resolución que acotamos se refiere a su propia doctrina en varias decisiones, tales como las de 21 de mayo de 1940 y 20 de junio de 1944, según la cual, mientras no se pruebe lo contrario se presume legalmente que las liquidaciones son pagadas por el obligado a hacerlo, o sea por el contribuyente a cuyo nombre aparecen giradas, y que es acto de aceptación de herencia el pago de las liquidaciones por la transmisión sucesoria.

En su consecuencia, frente a la referida presunción no pueden ser eficaces las manifestaciones del recurso, no confirmadas por prueba alguna, al afirmar que fue el hermano don H. quien pagó las liquidaciones como único firmante y presentador del documento solicitando las liquidaciones, puesto que aunque sería prudente moderar los efectos que puedan derivarse de la representación de los interesados, que atribuye al presentador el artículo 106 del Reglamento del Impuesto, cuando dicho documento, como en el caso ocurre, no lleva más firma que la de uno de aquéllos en su doble calidad de heredero y presentador, hay que notar que, con arreglo al artículo 129-3) del mismo texto, la notificación de las liquidaciones al presentador del documento surte los mismos efectos que si se hubiera hecho a cada uno de los contribuyentes; y estando aceptada por uno de los herederos la realidad del encargo representativo y no habiendo hecho uso este heredero de la facultad del artículo 125 para gestionar solamente el cumplimiento de su propia obligación, no se dan las circunstancias que podrían limitar la eficacia de las referidas presunciones y a falta de pruebas en contrario hay que

entender que los demás herederos conocieron y pagaron sus respectivas liquidaciones, en concordancia con la referencia a tales actos consignada en la escritura de renuncia.

En definitiva, la Resolución estima que las renunciaciones fueron hechas una vez aceptada la herencia tácitamente y se produjeron los dos actos liquidados, de acuerdo con el apartado 17 del artículo 31 del Reglamento, y al efecto cita la sentencia, en un caso análogo, de 9 de abril de 1958.

Comentarios.—Ante los textos que la Resolución invoca, tanto del Código civil como del Reglamento del Impuesto, junto con la doctrina jurisprudencial que esgrime, nos parece que la tesis de la Resolución es razonablemente sostenible aunque nos parezca, como la misma Resolución apunta, de acusada dureza el texto del artículo 106 del Reglamento, en su apartado 5.º, al atribuir en todo caso al presentador del documento la plena representación de los afectados por las liquidaciones en cuanto a todos los efectos fiscales del tributo.

Ello no obstante, y dadas las circunstancias concurrentes en el caso, la solución del Tribunal Central no podía ser otra, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una herencia cuantiosa y que el presentador es un heredero y próximo pariente de los demás, como hermano y tío de los mismos, lo cual implica la fuerte presunción de que contaba con el asentimiento de todos ellos.

En todo caso, y como última observación, creemos que la posición dialéctica del presentador de la herencia y heredero, don H., es muy diferente de la que ostentan los restantes herederos, puesto que toda la argumentación de la Resolución estudiada le es aplicable de lleno una vez que desde el primer momento reúne las cualidades de presentador y de heredero. Por consiguiente es indiscutible que se dan en el caso los dos actos liquidables de adquisición de su porción hereditaria y el de donación o cesión de la misma a favor de sus coherederos, comprendidos en el apartado 17 del artículo 31 del Reglamento del Impuesto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de abril de 1964.

CUANDO EN LOS TRABAJOS DE REPARACIÓN POR UNA SOCIEDAD METALÚRGICA DEL MATERIAL DE LA RENFE MEDIAN TEXTOS, DOCUMENTOS Y CORRESPONDENCIA, NO ES APLICABLE LA EXENCIÓN DE LOS CONTRATOS VERBALES DEL ARTÍCULO 3.º, A), 9 DE LA LEY DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—Con motivo de reparación, por una Sociedad metalúrgica, de material de la RENFE, la Empresa presentó en la Abogacía del Estado una relación de lo facturado en 1962, en cuantía de varios millones de pesetas, la que fue liquidada por el Impuesto por el concepto de contratos mixtos, siendo recurrida la liquidación diciendo que los trabajos de reparación del material mencionado se realizan por encargo de la RENFE mediante una escueta carta de envío anunciando éste, junto con una comunicación de la Comisaría de material ferroviario con la autorización de los trabajos, sin que en esos documentos se especificase en qué habría de consistir la reparación, ni estipulación alguna, y sin que a la recepción del material se extendiese ningún documento.

La constructora hacía, además, constar en el recurso otros elementos de hecho, tales como que se trataba de trabajos por administración controlados por un funcionario de la RENFE, que se extendían facturas provisionales condensadas en una definitiva en donde se especificaban todos los detalles de las reparaciones efectuadas.

El Tribunal Provincial denegó la reclamación, diciendo que no era aplicable la exención del número 9 del artículo 3.º, A), de la Ley del Impuesto, en relación con el apartado 4) del artículo 48 del Reglamento, que previene que para la exención del Impuesto en los contratos de obras, suministro y mixtos, bastará la existencia de cualquier diligencia escrita, aunque sólo sea para hacer efectivo el precio convenido.

Ante el Tribunal Central se pidió la revocación de la anterior resolución del Provincial, reiterando los razonamientos de primera instancia, y aquél, en su acuerdo, después de detallar prolijamente

las circunstancias y documentos que median en estos contratos de reparación del material ferroviario, llega a la conclusión de que «a la vista de que todas esas diligencias escritas, unas de forma epistolar y otras en las que aparecen las firmas de las representaciones de ambos contratantes, no puede estimarse que el contrato de que se trata goza de la exención del impuesto que se pretende, según la cual gozarán de exención los contratos verbales cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito. .

Se refiere después el Central a la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 1 de febrero de 1956, 7 de marzo, 28 de mayo y 1 de julio de 1957 en las que se afirma que para que las convenciones y contratos estén sujetos al Impuesto han de constar expresamente las estipulaciones en documento público o privado, o deducirse por modo tácito de la voluntad manifestada por los contratantes, por lo menos sobre el consentimiento del objeto del contrato; y añade que no puede estimarse como tal lo que propiamente no es más que una diligencia de ejecución o consumación de un contrato perfeccionado previamente, como son las facturas por precios y gastos; pero este criterio no es aplicable al caso, en el que el nacimiento del contrato definido en el artículo 1.254 del Código civil se produce mediante una declaración escrita con ánimo de obligarse, como es la carta de la RENFE a la constructora disponiendo las reparaciones, y la posterior relación por escrito entre ambas Entidades.

De ello deduce la Resolución del Tribunal Central que existe una modalidad escrita dentro del contrato de adhesión y, en conclusión, desestima el recurso.

Comentarios.—Un problema idéntico al que acabamos de reseñar fue resuelto por el mismo Tribunal Central en su acuerdo de 18 de enero de 1963, en el mismo sentido que ahora; y como esa Resolución fue extensamente comentada por nosotros en el número de esta Revista de enero-febrero de 1964, nos abstenemos de reiterar lo entonces dicho y razonado en apoyo de nuestra tesis, que era ésta: el contrato nació en forma verbal y las diligencias posteriores sobre su ejecución no cambiaron esa realidad inicial, así como tampoco desechamos la posible asimilación del mismo a un contrato de adhesión.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de abril de 1964.

INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 123 Y 129 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO SOBRE LA FECHA EN QUE SE PRESUME HECHA LA NOTIFICACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES.

Antecedentes.—Presentada a liquidación una escritura en la Oficina Liquidadora el 9 de marzo de 1962, fue liquidada y recurrida la liquidación ante el Tribunal Provincial, diciendo que no le había sido notificada en forma y pidiendo la suspensión de la ejecución del acto administrativo mediante la caución reglamentaria.

Sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo nada dijo el citado Tribunal y desestimó el recurso por extemporáneo, fundándose en que el documento se había presentado el 9 de marzo de 1962 y había sido liquidado el día 15 siguiente, o sea dentro del plazo de ocho días, contados desde el siguiente a la presentación y, por tanto, se entendía notificado el acto el día 20, como previene el apartado 2) del artículo 129 del Reglamento, en relación con el 123, por lo que en 9 de mayo había terminado el plazo de quince días hábiles para acudir a la vía económico-administrativa.

Interpuesta la alzada se alegó que el recibo de presentación, de 9 de marzo de 1962, contiene la advertencia de que los interesados se presentarán al octavo día a oír la notificación de la liquidación, y que en el caso así lo hicieron el día 20 de marzo, constando al dorso del expresado recibo que el interesado se presentó ese día a oír la notificación, lo cual no pudo tener efecto, según dicha diligencia del dorso, por no haberse producido el acto administrativo. En su consecuencia se pidió que se admitiese la apelación y se revocase el fallo del Provincial, devolviéndole el expediente para resolver la cuestión de fondo.

El Central dice que son dos las cuestiones a resolver, cuales son la relativa al plazo de interposición del recurso y la que afecta a la petición de la suspensión de la ejecución del acto, sobre la que no recayó acuerdo.

En cuanto a la primera dice que la notificación tácita del ar-

tículo 129-2) del Reglamento no es de tener en cuenta, porque la notificación de la liquidación no pudo hacerse al no haberse practicado la liquidación, y al no existir tal notificación, la reclamación no puede ser calificada de extemporánea.

Y por lo que hace a la otra cuestión, dice la Resolución que es de aplicar el apartado 8) del artículo 86 del Reglamento de Procedimiento Administrativo de 26 de noviembre de 1959, según el que la solicitud de suspensión del acto ha de resolverse por el Tribunal en el plazo de los diez días siguientes al de entrada del expediente administrativo.

En definitiva se resuelve estimando el recurso interpuesto en tiempo y ordenando al Tribunal inferior que conozca del fondo y resuelva sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo.

Como apostilla final diremos que el caso es tan claro que excusa todo comentario.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Registrador de la Propiedad.

LIBROS

El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), por M. Peña Bernaldo de Quirós. Centenario de la Ley del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.

El libro trata del Anteproyecto del Código civil español, redactado por la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos, tal como aparece en la última versión impresa, es decir, en la inmediatamente anterior a la que se aprobó como Código.

En el valiosísimo «Estudio preliminar» destaca el autor que conviene desterrar el error, muy generalizado, de que este Anteproyecto sea el verdadero Proyecto del Código civil vigente. El Anteproyecto es la culminación del esfuerzo de muchos años: Empieza su historia con la elaboración del Proyecto de 1851, base de la última etapa codificadora, que comienza con la elaboración del Proyecto de 1882, hasta el punto de que el título preliminar y los dos primeros libros del Anteproyecto coinciden con el Proyecto de 1882, que en 24 de abril consiguió Alonso Martínez presentar a las Cortes.

En cuanto a los libros III y IV en que, probablemente por influencia de Benito Gutiérrez, se desdobló el que hasta el mismo año de 1882 se pensaba sería el libro III y último del Código, el R.D. de 23 de septiembre de 1882 establece el sistema para su redacción. Francisco Silvela, sucesor de Alonso Martínez en la Cartera de Gracia y Justicia, continuó los trabajos con intensidad; la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos se subdividió en dos, una para confeccionar cada libro. Nombrado nuevamente Ministro Alonso Martínez se continuaron los trabajos de redacción del Anteproyecto, que debió quedar ultimado a finales de 1887, en todo caso a falta del título de la hipoteca, pero es seguro que estaba concluido en 30 de abril de 1888.

De entre los redactores del Anteproyecto destaca Alonso Martínez; para él era el Código civil «un sueño dorado», «la ilusión que

más ambicionaba de su vida»; por eso no es de extrañar que, aun siendo Ministro, asistiera asiduamente a las sesiones, hasta el punto de que solamente Igón le aventaja en asistencias.

Las fuentes en que se inspira el Anteproyecto tienen un extraordinario valor, pues su determinación equivale a señalar los precedentes del Código civil; tiene no sólo un valor histórico, sino un valor jurídico actual, en cuanto proporciona datos valiosos para la interpretación de los preceptos del Código. Y es que aun antes de la Ley de Bases del Código civil ya estaba redactado el Anteproyecto; y comoquiera que según dicha Ley sería la Comisión de Códigos la encargada de redactar el civil, Comisión que fue, como hemos dicho, la que formuló el Anteproyecto, síguese una concordancia esencial entre ambos textos (Ley de Bases y Anteproyecto), lo que explica también que el Código se ultimara en pocos meses. Además, el Gobierno no hizo uso de la facultad que tenía reservada de modificar el texto formulado por la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos. En definitiva, pues, la Sección de Derecho civil fue la que redactó tanto el Anteproyecto como el texto definitivo del Código.

Los dos primeros libros no difieren en nada del Proyecto de 1882. En su redacción influyeron, además del Proyecto de 1851, las leyes civiles especiales posteriores al mismo, como las del Matrimonio civil de 1870 y del Registro civil del mismo año. En materia de nacionalidad hubo de adaptarse a las normas de la Constitución entonces vigente (del año 1876); en interdicción civil influyó la Ley de 1870. Decisivamente influyeron en el libro II las leyes de aguas y demás relativas a propiedades especiales.

En los libros III y IV del Anteproyecto se citan, después de cada artículo, las fuentes de su inspiración; la cita suele ser concisa, pero no siempre es exacta y eficaz. Como fuentes patrias debemos citar el Proyecto de 1851; el Derecho histórico patrio; los derechos forales; las leyes y proyectos coetáneos al Anteproyecto (como la Ley de Enjuiciamiento civil, que fue elaborada también por la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos; el Código de comercio; el Código penal; la Ley Hipotecaria; el Proyecto sobre Foros). El elemento extranjero ya influyó en el Proyecto de 1851 (como los Códigos de Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia y Baviera). Los que más influyeron fueron el francés, el italiano, el Anteproyecto belga de Laurent, el holandés, el de Luisiana y el del Cantón de

Vaud. Menos influencia tuvieron los Códigos del grupo germánico, como el *Codex Maximilianeus bavaricus*, Códigos prusiano, austriaco, alemán de Procedimientos y federal suizo de las obligaciones. Finalmente, los Códigos de los países hispánicos fueron influidos por el Proyecto de 1851, pero en el Anteproyecto se deja sentir la huella de los mejicano, portugués, chileno, argentino, uruguayo y de Guatemala.

Destaca la influencia que tuvo en la redacción del Anteproyecto el Proyecto de 1851, de suerte que no puede decirse que éste fuera un intento frustrado de codificación, porque es el Proyecto de 1851 el propio Código civil español en una fase de su gestación, a juicio del autor.

Consta el Anteproyecto de 2.017 artículos, de los que se enumeran correlativamente los 1.568 primeros (o sean, hasta incluir los dos primeros fascículos de los tres en que se divide el libro IV); los 446 restantes constituyen el fascículo tercero de dicho libro IV, cuya portada dice así: «PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL. Libro Cuarto (Conclusión). Arrendamiento. Censo. Sociedad. Mandato. Préstamo. Depósito. Contratos Aleatorios. Transacciones y Compromisos. Fianza. Prenda. Obligaciones que se contraen sin convención. Concurrencia y prelación de créditos. Prescripción. (El título de las hipotecas se dará por Apéndice a este cuaderno)». Es de notar que cada institución de este fascículo tercero del libro IV comenzaba enumerando los preceptos que la regirían y que respecto de la hipoteca no había un criterio firme y decidido acerca de cómo se regularía, lo que se trata de soslayar añadiendo en la portada, como hemos visto, que se daría por «apéndice».

Efectivamente, en un principio se pensó que el Código civil tratara las cuestiones hipotecarias de manera más sustancial que lo hace y en forma análoga a como se regula en el Proyecto de 1851, idea que se mantuvo aun después del año 1886, pues por R. O. de 11 de noviembre de 1886 se encargó a Bienvenido Oliver (a la sazón Subdirector de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado, acreedor a este encargo por sus muchos conocimientos que acerca de materias inmobiliarias poseía) que redactara los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca en el Proyecto de Código civil «que se está formando». Oliver creía que la Ley hipotecaria debía desaparecer y que «debían

incorporarse al Código las doctrinas orgánicas y propiamente legislativas de la Ley hipotecaria, con las reformas y modificaciones que se estimasen necesarias». La propuesta de Oliver, en un principio aceptada, se rechazó argumentando que iba a crear antagonismos entre el Derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el Derecho hipotecario de las provincias aforadas; por lo que, aun basándose en tan débil razón, la Sección de lo Civil se limitó a consignar los principios cardinales de la legislación hipotecaria, manteniendo la Ley hipotecaria en toda su integridad.

En cuanto al contenido, en general existe sustancial coincidencia entre el Anteproyecto y el Código civil, pero en ciertos puntos existen importantes diferencias. Así, hay reglas del Anteproyecto que no pasan al Código; tal ocurre con buena parte de las relativas a las Sociedades con personalidad jurídica, la admisión expresa del pacto comisorio en la prenda, la ley «haec edictali», etc. Por el contrario, hay materias en el Código que no se nombran en el Anteproyecto, como ocurre con los parafernales, el retracto de colindantes y la anticresis. Y es que aún después del R. D. de 6 de octubre de 1888, por el que se ordena publicar «el Código civil adjunto», la Sección continúa sus trabajos introduciendo modificaciones muy esenciales, lo que fue duramente criticado, y si hemos de creer el testimonio de Danvila, en particular Alonso Martínez tuvo que escuchar fuertes censuras. El resultado fue un texto más condensado y elegante que el del Anteproyecto pero en el que éste aparece siendo el elemento básico y un antecedente inmediato y fundamental por su significado y contenido.

El Anteproyecto será un medio valioso para la interpretación de los preceptos de nuestro Código civil. Así, por vía del Anteproyecto, conocemos que los redactores del Código manifestaron explícitamente su intención de admitir el error de Derecho como vicio del consentimiento y como presupuesto para la repetición en el cobro de lo indebido. Que el término interdicción que emplea el Código en ciertos pasajes (capitulaciones, art. 1.323; extinción de Sociedades, artículo 1.700; extinción del mandato, art. 1.732) no se refiere sólo a los que sufran la pena de interdicción, sino que tiene un significado más genérico equivalente a incapacitación. Que los redactores del Código conocieron dos tipos de ineficacia: la nulidad absoluta y la anulabilidad. Que en materia de prescripción se tiene en cuenta el comienzo de la misma en ciertos casos. Que en materia de prenda

se quiso regular también la prenda de créditos. La obligación se concibe no en el sentido romano puro, sino que se admiten influencias germánicas, como la derivada de la posibilidad de su transmisibilidad (art. 1.112), admitiendo, de otra parte, la eficacia de los contratos entre las partes y sus herederos (art. 1.257). Los antecedentes invocados en el Anteproyecto aclaran la interpretación del párrafo penúltimo del artículo 1.459 del Código civil, así como dan luz para hallar la razón que faculta al donante, en caso de revocación de donaciones por causa de supervivencia, a liberar la hipoteca que recaiga sobre los bienes donados. Finalmente, la pretendida antinomia de los artículos 759 y 799 del Código se resuelve a la vista de los antecedentes invocados en el Anteproyecto.

En suma, la reunión en un volumen de todo el Anteproyecto del Código civil, lo que le hace fácilmente asequible; la cuidadosa exposición de antecedentes y precedentes que se hace en los libros III y IV, transcribiendo correctamente traducidos los textos de las codificaciones extranjeras; el contenido del valiosísimo «Estudio preliminar», del que hemos sacado estas notas; el exhaustivo «índice de obras citadas», etc., etc., hacen de ésta una obra tan valiosa y de tanta utilidad que creemos no debe faltar no sólo en cualquier biblioteca jurídica, por medianamente dotada que se halle, sino tampoco entre el material que manejan quienes de un modo u otro se dediquen al Derecho y especialmente si lo es al privado.

S. DE F.

La novación de las obligaciones, por Francisco de Asís Sancho Rebullida (Barcelona, Nauta, 1964). Un volumen de 484 páginas.

El profesor Sancho Rebullida ha abordado en este libro el estudio completo y sistemático de uno de los institutos del *ius civile* cuyo tratamiento ha entrañado siempre mayor dificultad. El propósito del autor al escribir el libro—tan galanamente expresado en el *preliminar* de la obra—era realizar un trabajo de investigación con argumentos, o mejor, con materiales civilísticos, sobre una institución jurídica típicamente civil. De este empeño ha salido el profesor Sancho Rebullida como no podíamos menos de esperar quienes he-

mos aprendido trabajando a su lado y hoy nos presenta—enriqueciendo así, con una nueva e interesante obra, su ya importante aportación al Derecho civil español—una monografía institucional de singular mérito.

El primer acierto del autor ha sido dedicar una parte importante del libro al estudio del desenvolvimiento histórico del instituto de la novación. Si la investigación histórica es conveniente en todo estudio jurídico y de gran utilidad en todos los estudios civilísticos, en este caso era verdaderamente necesaria, puesto que el adecuado tratamiento de la novación en el Derecho actual exigía—por ser éste un instituto sobre el que hasta ahora reinaba no poca confusión—una valoración crítica profunda de sus vicisitudes históricas. Esta primera parte del libro del profesor Sancho Rebullida, en la que el autor se conduce con una agilidad y una seriedad dignas del mejor elogio, proporciona efectivamente datos y conclusiones del mayor interés. Después de señalar la problematicidad del origen de la novación en el Derecho romano (págs. 15 a 26), infiere el autor del estudio del instituto en el Derecho del período clásico (págs. 27 a 83) unas conclusiones de gran valor crítico e incluso metodológico, y en especial la de que en dicho período la novación, más que una institución positivamente estructurada, era un efecto jurídico y que ese efecto era independiente del *animus novandi* y se producía automáticamente por la conclusión de un negocio formal. Es solamente en el período postclásico y en la época justinianeas (págs. 84 a 93) cuando la novación va perdiendo su automatismo y se le hace depender directamente de la voluntad de los interesados, que en el Derecho postclásico se deducía a través de elementos externos valorados como presunciones y en el bizantino había de ser declarada expresamente. La glosa y la doctrina del Derecho común (págs. 97 a 123) desenvuelven sucesivamente las consecuencias de la afirmación del *animus novandi*, con el resultado de que se acepta, por exigencias de la vida práctica del tráfico medieval, la novación tácita y, en definitiva, la llamada «novación impropia», que crea una nueva obligación pero que no extingue, como la novación verdadera, la obligación anterior.

El estudio o introducción histórica al problema, que alcanza, como es natural, la evolución de la novación en el Derecho codificado extranjero y español, tiene la interesante particularidad (pá-

ginas 125 a 153) de haber señalado en ella el autor el que en el Derecho intermedio, por haber desaparecido ya los motivos prácticos que obligaron en el Derecho romano a recurrir a la novación siempre que se quería alterar el contenido de una obligación jurídica, se admite la modificación del crédito existente sin destruir su identidad. Cuando este principio no se conjuga con el dogma intermedio de la intransmisibilidad de las obligaciones—lo que ocurre a partir de la aparición del Código civil francés, que admite y regula la cesión de créditos—entra en crisis el instituto de la novación, de la cual prescindió completamente el Código civil alemán y de la que se aparta el Código civil español al crear—por influencia romana—la llamada «novación modificativa», en la que pueden englobarse varias instituciones cuya causa difiere mucho de la de la novación propiamente dicha.

Como ha dicho el profesor Sancho Rebullida, con estos antecedentes no es de extrañar que el Código civil español—producto de su tiempo—ofrezca una regulación confusa, ambigua y desconcertante—quizá, mejor, desconcertada—de la novación. Por una parte, nuestro Código la considera como causa de extinción de las obligaciones y la regula en el capítulo dedicado a tales causas; pero, por otra parte, en el desarrollo de la disciplina la idea de extinción está mezclada o sustituida por la de modificación, en medio de una exasperante ambigüedad. El autor, en este apartado dedicado al Derecho español vigente (págs. 157 a 323) señala la realidad de estas afirmaciones haciendo un detenido estudio del contenido normativo del Código civil y concluye que nuestro Código enumera y sitúa la novación como modo extintivo de las obligaciones, la describe como simple modificación y la regula de modo diverso según se trate de la novación objetiva, que es considerada en el Código con criterio ambivalente o del cambio de acreedor, que se contempla como una transmisión de créditos; o, finalmente, del cambio de deudor, que se concibe como extinción de una obligación mediante la creación de una obligación nueva. A partir de esta regulación de la novación en nuestro Código civil, la doctrina y la jurisprudencia posteriores se han orientado, en general, como prueba el autor con numerosas referencias doctrinales y, sobre todo, con un exhaustivo examen y comentario de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Nota-

riado—lo que confiere al trabajo comentado un gran valor práctico—, por consagrar la «novación modificativa» distinguiéndola de la novación extintiva, de efectos más fuertes, y por admitir explícitamente la transmisión activa y pasiva de las obligaciones. La valoración crítica y metodológica de estos criterios predominantes hace al autor separarse de las posturas de la *communis opinio*, por no parecerle las más adecuadas con la esencia de la institución ni con el espíritu de nuestro Código y por no considerarlas fructíferas, en cuanto a su utilidad, con relación a las necesidades del tráfico jurídico. A su entender, la novación debe estudiarse en todo caso como especie del género extinción. El que este género esté confundido, en la disciplina normativa de nuestro Código civil, con el de la modificación no debe inducir a la doctrina a un intento de superación de ambas categorías esencialmente diferentes en su entidad y en su trascendencia, sino a separar la extinción y la modificación de las obligaciones y a extraer de los textos la regulación propia de una y otra. En cuanto a la transmisión de los créditos ésta debe tratarse como una categoría jurídica independiente, cuya disciplina legal está contenida en el Código tanto a propósito de la novación como de la compraventa. Para el profesor Sancho Rebullida las deudas son intransmisibles.

El examen crítico de nuestro Derecho vigente y la sistematización metodológica del instituto de la novación como categoría o género jurídico dentro del ordenamiento español, sirve de apoyo al profesor Sancho Rebullida para abordar el tratamiento sistemático de la institución, que forma la parte final del libro (págs. 325 a 466). En este denso capítulo, después de afirmar que el concepto social de novación sigue hoy siendo el mismo que en el Derecho romano (extinción de una obligación y creación de otra nueva que la sustituye) y considerarla, como en aquel ordenamiento histórico, un *effectus iuris*, señalando su ámbito propio, estudia nuestro autor la estructura genérica de la novación, examinando en primer lugar los distintos tipos de obligaciones novables, exponiendo la problemática de cada uno de los tipos posibles en particular; a continuación se detiene en señalar las cuestiones más destacadas que plantea la nueva obligación, el *animus novandi* y el acto novatorio, así como lo referente al *aliquid novi*, a la capacidad y a la legitimación para novar y a los efectos de la novación. Dentro de este apartado del tratamiento

sistemático de la novación destacan los párrafos dedicados por el autor a las clases de novación; en especial me parecen importantes las consideraciones del profesor Sancho Rebullida sobre la novación objetiva—resalta la claridad con que trata la complicada doctrina del cambio de causa—y sobre la novación subjetiva por cambio de deudor, que estudia después de la novación subjetiva por cambio de deudor. El libro termina con un apartado dedicado al examen de la novación en la llamada «cesión de contrato».

El interesante libro del profesor Sancho Rebullida se cierra con una relación de autores citados y un índice de las sentencias del Tribunal Supremo y de las resoluciones de la Dirección de los Registros señaladas en el texto.

El libro reseñado del profesor Sancho Rebullida es, como se puede inferir de las noticias que aquí se han dado, tanto por lo que al significado del trabajo como por lo que a su desarrollo se refiere, una obra de madurez definitiva. El civilista, consagrado por tantas aportaciones valiosas y recordadas, toma partido, en este libro, en varios puntos fundamentales del Derecho de obligaciones. En este sentido me parece que el valor fundamental del libro—escrito en un lenguaje elegantísimo y de una claridad y fluidez a las que el autor ya nos tiene acostumbrados—es su significación metodológica y sistemática. El profesor Sancho Rebullida ha conseguido en esta obra aportar una luz diáfana sobre el siempre, hasta ahora, confuso instituto de la novación. Lo ha conseguido por aplicación—siempre decidida y en algún pasaje valiente—de la más depurada y consciente metodología jurídica.

AGUSTÍN LUNA SERRANO.

Profesor Adjunto de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

Comentarios al Código de comercio, por J. J. Santa-Pinter. Equity Publishing Corporation, Orford, N. H. Equity de Puerto Rico, Inc., Santurce, 1964. Un tomo de XIV + 189 páginas.

Se trata de un estudio del Código de comercio de Puerto Rico, presentado en forma clara, breve y sistemática, destinado a estudiantes de Derecho. A tal fin, la obra consta de dos partes—una ge-

neral y otra especial—, dedicándose ésta a los contratos mercantiles, excluyendo las Compañías mercantiles, los instrumentos negociables y las corporaciones, pues estas materias, que en parte constituyen la asignatura Derecho mercantil II, mientras la materia presentada configura Derecho mercantil I, se encuentra en prensa en la forma de otros tres libros.

En los temas tratados se ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la materia, acompañada de observaciones que el autor ha estimado pertinente hacer. El libro se complementa con varios índices legislativos y jurisprudenciales, incluyendo la jurisprudencia española y la legislación norteamericana de interés para el tráfico mercantil de la Isla.

Estos factores hacen que, aunque el autor destinara su libro a los estudiantes de Derecho, la obra sea un trabajo de gran utilidad práctica para los abogados en ejercicio privado, los jueces y, en general, para los estudiosos del Derecho que estén interesados en conocer el Derecho mercantil puertorriqueño.

MIGUEL R. AGUILÓ.

FERNANDO MONET Y ANTÓN: *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, en el volumen I de «Estudios de Derecho Notarial», publicado con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, págs. 243-385.

Después de unas consideraciones generales acerca del significado de la publicación de dicha Ley, entra el autor en el examen de la «Concepción legal de la Propiedad Horizontal», haciendo breve memoria de las tres posiciones fundamentales: teoría clásica, de propiedades singulares autónomas adicionales de un derecho de copropiedad por cuotas; teoría de la comunidad sobre el edificio y parcelación en la utilización y aprovechamiento en exclusiva del piso, que llama de la «comunidad prodiviso», y teoría de la propiedad especial, «compleja, interdependiente y funcional». Y ya de lleno en el problema, recoge los textos del artículo 396 del Código civil y primero de la Ley (tercero en la vigente, por el orden de colocación) en sus diferentes redacciones, antes

de la reforma, en el proyecto de Ley que pasó a las Cortes, en la enmienda presentada por el Ministerio de la Vivienda y, finalmente, en su vigencia actual, destacando la adscripción del antiguo artículo 396 a la teoría clásica de derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él, y, *además*, un derecho conjunto de copropiedad como el proyecto de Ley, a su juicio, podía encajarse dentro de la teoría de la «propiedad especial-simple», si bien daba pie para afirmar la idea de comunidad «prodiviso», uso y disfruto privativo, en concepto de dueño, del piso e *inseparablemente unido* a tal uso, el del inmueble, sus pertenencias y servicios, la vuelta a la teoría clásica de la enmienda del Ministerio de la Vivienda pisos o locales objeto de propiedad separada, que llevará consigo de modo inherente un derecho conjunto de copropiedad, y, por fin, dentro de sus vaguedades, la posibilidad, a la vista del actual texto, de afirmar que la legalidad vigente considera la propiedad horizontal como propiedad especial y no como suma de una propiedad ordinaria exclusiva y de un derecho de copropiedad basándose en los siguientes argumentos principales:

1.º El que el actual artículo 396 habla de una propiedad separada que llevará *inherente* un derecho de copropiedad, resaltando el cambio fundamental que implica la sustitución de la palabra *además*, idea de suma—por la de *inherente*—, idea de unidad compleja.

2.º No se precisa la existencia de copropiedad, al admitirse el supuesto de edificio en régimen de propiedad horizontal perteneciente a un solo titular.

3.º El valor que pudiera darse al empleo del término «copropiedad» queda desvirtuado al prescindir luego el texto del mismo, hasta el extremo de que la famosa «cuota» no lo es en la nueva Ley de «comunidad», sino simple coeficiente económico de distribución de gastos y beneficios.

En resumen: participa el autor de la idea de que la Ley de 21 de julio de 1960 constituye el reconocimiento legal de la existencia de una propiedad especial, con caracteres propios e independiente en su tratamiento legal y doctrinal y, en su función, de la propiedad ordinaria.

Baste añadir para completar la opinión de Monet, que la especialidad le viene a esta propiedad de su objeto, el piso o local, y que se acusa en una triple nota o dimensión: complejidad, interdependencia y funcionalidad.

Hemos insistido en exponer con relativa amplitud el tratamiento de esta cuestión en el trabajo comentado, por considerarla de todo punto decisiva, no sólo desde el punto de vista doctrinal o de *lege ferenda*, sino también a través del prisma práctico. Si la propiedad horizontal institucionalmente es una suma o un complejo, si se quiere, de figuras preexistentes y conocidas, válido será, en su desarrollo práctico, utilizar en su manejo reglas extraídas de la normatividad de la propiedad ordinaria; por ejemplo, se podrán segregar pisos que queden sometidos a sus normas, manteniendo el resto del edificio su condición de sometido a las reglas comunes, pero si es una propiedad nueva y especial, sólo será factible la aplicación de normas no formuladas expresamente en cuanto estén contenidas de manera implícita en su reglamentación legal. Y precisamente, a nuestro juicio, el argumento más sólido que lleva a la conclusión de estar ante una propiedad especial, ante una nueva institución, consiste en el chirriar de todos los mecanismos jurídicos con que se maneja la propiedad ordinaria, al operar sobre la propiedad horizontal. ¿Qué sucede cuando se ha segregado un piso de un edificio no inmatriculado y se presenta en el Registro un título de transmisión del mismo, que cumple los requisitos del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, y se pretende su inmatriculación aislada, dejando fuera del mundo registral el resto del inmueble?

Únicamente cabría desear que el autor se hubiera ocupado más detenidamente del estudio del piso, local, apartamento o como quiera llamársele, como objeto y elemento determinante de la especialidad de la propiedad horizontal, porque únicamente trata de él, brevemente, al mismo tiempo que de otros elementos que, si importantes, no alcanzan a la decisiva trascendencia de éste. Sabido es el enorme problema que suscita la determinación del concepto finca en el actual sistema hipotecario, y más aún el de su correspondencia con las fincas en la realidad exterior. Hay «fincas», con folio propio, que tienen un metro cuadrado de extensión. Pues la misma dificultad ofrece en este punto el nuevo régimen

de propiedad horizontal. Tal vez porque se parte del error de creer que la finca, en este caso el piso o el local, entraña un concepto físico, cuya formulación no corresponde al legislador, ni al jurista, cuando es así que la finca, más que una noción física, es un concepto social, que al ser jurídicamente relevante se transforma en una noción jurídica *per se*. El que la necesidad de su fijación no ha escapado al legislador lo prueba el que si bien en el artículo 398 del Código civil actual se habla de piso o local, presuponiendo su noción, en el artículo 3.º de la Ley ya precisa «espacio suficientemente delimitado susceptible de aprovechamiento independiente», o sea, concepto físico indispensable, espacio suficientemente delimitado, pero al mismo tiempo social, económico y, al ser tomado en cuenta por la Ley, jurídico-susceptible de aprovechamiento independiente. Pero desarrollar estas ideas nos llevaría más lejos de lo que en esta sección es permisible y de nuestro propósito de mera recensión.

A continuación, acertadamente, trata de las atribuciones comunales—pisos o locales que se dejan en común para atender con sus rentas a los gastos generales—, de los anejos—elementos comunes normalmente susceptibles, pero siempre al servicio de un piso o local, de aprovechamiento independiente—y de las cuotas—para el autor sólo un coeficiente económico o módulo de participación en gastos y cargas, no cuotas en copropiedad—. Y termina su estudio de la concepción legal de la propiedad horizontal señalando sus caracteres: institucionalidad, objetividad, unidad, disponibilidad, permanencia, divisibilidad, interdependencia, funcionalidad y formalismo.

Se ocupa seguidamente de la constitución de la propiedad horizontal estudiando el negocio constitutivo en su naturaleza—dispositiva—, en sus presupuestos subjetivos, objetivos y formales, y en su contenido, y admite la posibilidad de la propiedad horizontal *ex novo* esto es, sin previa división jurídica del edificio. Luego se ocupa de los requisitos legales del título constitutivo tipo—el documento notarial—, sistematizando adecuadamente las disposiciones de la Ley y de algunos tipos especiales como el de existencia de copropietarios o de falta de formalidades o del llamado «sistema de segregaciones», cuya admisión registral rechaza, de conformidad con lo expuesto.

Dedica especial atención al tratamiento de los Estatutos de la Propiedad Horizontal, cuya redacción, de otra parte, considera normalmente innecesaria, dada la prolija regulación legal de la vida de la propiedad horizontal, tratando separadamente de su naturaleza jurídica—negocio dispositivo derivado del dueño o dueños, con efectos normativos—, de su contenido y de su trascendencia, que la marcarán, en su opinión los principios hipotecarios, y en especial el de fe pública registral.

Trata después de algunas materias de las que con mayor reiteración se ofrecen a consideración notarial tales como las alteraciones exteriores, actividades excluidas, alteraciones por división material o por agregación de pisos o locales, contribución a los gastos y construcción de nuevas plantas, dando acertadas soluciones a tales problemas, cuya exposición en este lugar alargaría desmesuradamente estas notas. Y desenvuelve con orden y precisión el estudio de los Organos de la Propiedad Horizontal, tratando por separado del Presidente Secretario, Administrador y Junta de dueños, tanto en su significación y actuación exterior como en la vida íntima de la propiedad horizontal; en esta materia, tan interesante notarial y registralmente, puesto que en ella se concretan los problemas de la legitimación y capacidad representativa de esta clase de propiedad, el autor expone con difícil claridad los mil y un detalles de la vida práctica de la institución, desde el procedimiento para designar Presidente hasta la impugnación de los acuerdos de la Junta, destacando el exhaustivo estudio de la competencia de esta última.

Brevemente se refiere a la extinción del régimen de propiedad horizontal, y con mayor atención a las relaciones entre esta institución y el Registro de la Propiedad, estudiando por separado la nueva ordenación registral de la propiedad horizontal, en las constituidas después de la publicación de la Ley y los aristados problemas del Derecho transitorio. En el primer grupo de problemas dedica especial atención a la tan discutida cuestión de si es o no preceptiva la apertura de folio autónomo en el Registro a cada piso resultante de la constitución de la propiedad horizontal y se pronuncia negativamente por las siguientes razones: la literalidad de los números 4 y 5 del artículo 8.º de la Ley; la Exposición de Motivos, que al analizar el número 5 de dicho artículo dice que

«permite crear el folio autónomo»; la legalidad precedente; las redacciones de dicho precepto con el proyecto de Ley que pasó a las Cortes y en las enmiendas presentadas, y la opinión negativa del profesor Batlle, Presidente que fué de la ponencia encargada de informar el proyecto de Ley. Razones que no son óbice para que reconozca las ventajas del folio autónomo, que es el único que puede proporcionar depurada claridad a los historiales jurídicos de los pisos».

Especial interés ofrece el trabajo que comentamos dedicado al Derecho transitorio. Las disposiciones de la Ley en este sentido no escapan a la imprecisión, casi habitual, del legislador español en esta importantísima cuestión, que, por tanto, ha de resolverse por la técnica y práctica notariales y registrales, sin apenas ayuda legislativa. Y Monet ofrece seguras directrices, firmemente equilibradas, para solventar esta espinosa cuestión, en la que un rigorismo excesivo fuerza a los particulares a innecesarios gastos.

Quien haya tenido la paciencia de llegar hasta este punto, habrá tenido ocasión de comprobar lo fecundo de su resultado, mucho más amplio que el que su título hacía suponer. No cabe duda de que merece la pena leerlo.

JOSÉ MANUEL DÍE LAMANA.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Tomo XVII, fascículo III, julio-septiembre de 1964.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

La excepción de incumplimiento contractual, por Diego Espín Cárnovas.

La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo, por Antonio Gullón Ballesteros.

En su esencia, el artículo 839 de nuestro Código civil coincide con el 547 del italiano de 1865. La doctrina de este país funda la facultad que a los herederos concede dicho precepto en la necesidad de evitar los inconvenientes del usufructo.

Sin embargo, dice Gullón, el artículo 839 puede responder a otra idea más profunda que la puramente económica, en íntima conexión con la concepción de la familia. Se adhiere así a la tesis de Cosío, para quien responde a la idea de transacción entre los dos sistemas posibles de determinar la participación del cónyuge en la herencia: el sistema de atribución de una cuota parte en usufructo (que responde a una concepción de la familia ya superada) y el de atribución de una cuota del caudal hereditario en pleno dominio

El artículo 839 concede la facultad de conmutar a los herederos. Partiendo el autor de la finalidad perseguida por el precepto, llega a la conclusión de que no pueden ser titulares de la conmutación los herederos a quienes no afecte el usufructo. De aquí resulta que los herederos obligados a soportar el usufructo están legitimados para la conmutación. Sin embargo, el problema se complica por el juego de otros principios, fundamentalmente el de intangibilidad de la legítima. Influido por estos principios, Mezquita del Cacho sólo considera titulares a los herederos forzosos que sean hijos o descendientes del causante Gullón, por el contrario, estima que también los herederos voluntarios e incluso los legatarios, siempre que se den las circunstancias que justifican el precepto. En cuanto al cónyuge viudo, se estima que carece de dicha facultad, si bien el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de diciembre de 1911, estimó que puede exigir la conmutación cuando los bienes sobre que recae el usufructo fuesen infructíferos.

Esta facultad no es personalísima e intransmisibile. Pueden también ejercitarla los sucesores de los sucesores de los legitimados y los cesionarios.

A continuación estudia las facul-

tades del testador en orden a la conmutación. Tanto Mezquita como Cámara (en su estudio «El pago con metálico de la legítima en el Código civil»), estiman que el testador no puede imponerla. Guillón se inclina por la opinión afirmativa, siempre que no lesione la legítima de los herederos forzosos. También estima (así como Cámara), la validez de la prohibición de conmutar.

Se ocupa seguidamente del ejercicio de la facultad de conmutar:

— Siendo varios los sujetos legitimados, la doctrina suele estimar la necesidad del ejercicio conjunto. El autor se separa de esta tesis; el «mutuo acuerdo» no se refiere a la decisión de conmutar.

— En cuanto al tiempo hábil nada dice el Código. El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de marzo de 1924, declaró que sólo podía tener lugar con anterioridad a la formalización de la partición.

— Los contadores-partidores no pueden decidir por sí solos la conmutación.

Estudia luego la elección del medio de pago, estimando que corresponde únicamente a los herederos. El «mutuo acuerdo» no se refiere a la decisión de conmutar ni a la elección de la forma de pago, sino a la valoración del usufructo y del objeto por el que se le sustituye. Estima, en contra de Mezquita, que pueden combinarse los medios legales de conmutación.

A continuación examina la correspondencia entre el medio solutorio y el usufructo legal. El conyuge viudo debe intervenir en las operaciones para la efectividad de

la conmutación. La autoridad judicial dirimirá la falta de acuerdo entre los sujetos activo y pasivo de la conmutación.

Inmediatamente se ocupa de los medios legales de conmutación, terminando el trabajo, que es parte de uno más amplio que se realiza con una Ayuda a la Investigación del Ministerio de Educación Nacional, con un breve estudio del párrafo segundo del artículo 839.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS:

La plusvalía potencial en la transformación de la tierra, por Fausto Navarro Azpeitia.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Enero de 1965.

Si la posesión de los resguardos de depósito de valores entraña la propiedad de las acciones, por Angel Martínez Sarrión.

La responsabilidad objetiva en la nueva ley del Automóvil, por Juan Gómez Calero.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Número 6, diciembre de 1964.

Las cuestiones civiles y el proceso contencioso-administrativo, por Juan Antonio Bolea Foradada.

La jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. (El recurso de anulación

de los actos ilegítimos de los órganos de las Comunidades), por Jesús Agustín Pellicer Valero.

Número 1, enero de 1965.

Delincuencia de tráfico y delincuencia juvenil, por Antonio Beristain.

El fiscal como defensor del interés social, por Mamerto Cerezo Abad.

REVISTA INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Número 61, octubre-diciembre de 1963.

DOCTRINA GENERAL:

Testamentos mancomunados o conjuntos, por Carlos Fassi Santiago.

Las relaciones patrimoniales entre cónyuges, por Raffaele Giusti.

La función notarial en la Sede vacante y el Concilio Euménico, por Antonio Linage Conde.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 244-245, enero-febrero de 1965.

PROBLEMAS JURÍDICOS ACTUALES CON MOTIVO DEL PLAN DE DESARROLLO.

El ordenamiento jurídico y su aplicación, por Antonio Carretero Pérez.

SECCIÓN DOCTRINAL:

Arrendamientos urbanos. Reglas de la buena fe. El abuso o ejercicio

anormal de un derecho y el fraude de la ley como actos que la contrarian, por Francisco Soto Nieto.

SECCIÓN PRÁCTICA:

Aspectos sustantivos e instrumentales de algunos preceptos fiscales en relación con la Ley de Reforma del sistema tributario, por José Menéndez.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

Número 13, enero-junio de 1962.

SECCIÓN DOCTRINAL:

El impulso codificador y legislativo de las Cortes de Cádiz, por Manuel Rico Lara.

El Neo-Derecho Laboral de la República socialista cubana, por Carmelo Mesa Lago.

Análisis sociológico de la doctrina orteguiana de los «usos», por Antonio Perpiñá Rodríguez.

Número 14, julio-diciembre de 1962.

Las bases militares problema esencialmente político, por Mariano Agullar Navarro.

El impulso codificador y legislativo de las Cortes de Cádiz (conclusión), por Manuel Rico Lara.

El Neo-Derecho Laboral de la República socialista cubana (conclusión), por Carmelo Mesa Lago.

Las prohibiciones de contraer matrimonio entre parientes en la época visigoda, por Ramón Fernández Espinar.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Número 28, Caracas 1964.

El sistema español de publicidad inmobiliaria, por el Dr. Angel Cristóbal Montes.

Resulta interesante y halagador para nosotros que en un país extranjero se preste atención a nuestro sistema jurídico. El trabajo que reseñamos constituye un estudio de los principios del sistema hipotecario español. Está realizado cuidadosamente y teniendo a mano las obras de nuestros más prestigiosos tratadistas, desde Don Jerónimo González hasta Lacruz Berdejo, pasando por Roca, Sanz, etcétera, lo que hace el trabajo doblemente interesante.

El autor se ocupa sucesivamente de los principios de:

— Legitimación, estudiando su fundamento, formulación, alcance y consecuencias, tanto sustantivas como procesales.

— Fe pública registral, ocupándose de su fundamento, formulación, ámbito y presupuesto de aplicación.

— Rogación, destacando cómo la petición de inscripción se encuentra grandemente facilitada. También se ocupa brevemente del problema del posible desistimiento de la registración intentada.

— Legalidad, examinando su fundamento, la calificación como medio de hacer efectivo aquel principio, su naturaleza, elementos calificables, ámbito de la calificación y recursos contra la misma.

— Especialidad, estudiando la evolución de su concepto y examinando su triple aspecto.

— Tracto sucesivo, su fundamento y doble aspecto, que ha hecho que se hable de tracto sucesivo material y formal, distinción que rechaza, entendiendo, con la más moderna doctrina española, que el tracto sucesivo es de naturaleza formal y su fundamento se encuentra, no en la facultad de disposición del titular inscrito, sino en la legitimación registral. Termina estudiando las modalidades y excepciones al principio.

— Publicidad formal, formulación y medios de hacerla efectiva.

— Prioridad y su doble actuación, con lo que termina el trabajo.

VALERIANO DE CASTRO.

V A R I A

Don Juan Vallet de Goytisolo, miembro de la Comisión General de Codificación

Por reciente Decreto del Ministerio de Justicia ha sido nombrado miembro de la Comisión General de Codificación, Juan Vallet de Goytisolo. Corona, de esta manera, una extraordinaria vocación y profesional dedicación a las tareas de la ciencia y de la práctica del Derecho, quien era ya miembro ilustre del Notariado y académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

No es un vano elogio decir que Juan Vallet es hoy una de las primeras figuras de la ciencia española del Derecho, admirable por todos los conceptos. Es muy difícil destacar virtudes en él, porque son muy numerosas las que posee tanto en el terreno humano como en el orden puramente científico. Trabajador infatigable, escritor fecundísimo y hombre de extraordinaria erudición, que domina la bibliografía jurídica en forma asombrosa, destaca, sin embargo, por la finura de su sentido jurídico, por su penetración y por su preocupación constante en la búsqueda de los ideales de justicia, pues como en todos los grandes juristas de todos los tiempos, hay en él una honda preocupación que le hace ascender desde los problemas particulares a las cuestiones últimas de la filosofía del Derecho.

La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que se honra teniendo en su Consejo de redacción, no puede por menos de expresar su satisfacción por lo que conceptúa como un reconocimiento de sus méritos indudables.

