

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958

Año XXXVII	Noviembre-Diciembre 1961	Núms. 402-403
------------	--------------------------	---------------

Posibilidad de pactar en Aragón la separación de bienes con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio

1. El problema que voy a examinar aquí no es frecuente, pero tampoco meramente académico. Conozco algún caso. Se trata de unos cónyuges aragoneses que, casados sin otorgar capítulos, y, por tanto, bajo el régimen de comunidad de muebles y ganancias (también sería posible el caso de que hubiera capitulado otro régimen de comunidad) llegan, años después, a la conclusión de que el régimen que más se adapta a las circunstancias particulares de su matrimonio es el de separación absoluta. Ordinariamente, en tales supuestos, basta con otorgar capítulos pactando dicho régimen desde el otorgamiento, y liquidando, por consiguiente, la anterior comunidad. Ahora bien: hay algunos casos en los cuales la intención de los cónyuges va más lejos: lo que quieren es, no liquidar una comunidad anteriormente existente, para comenzar a vivir en régimen de separación, sino que se considere que han vivido bajo ese régimen de separación desde el momento de la boda. Y entonces se plantea el problema de si es posible dar forma jurídica a esa voluntad suya, es decir, si cabe retrotraer un régimen económico matrimonial, y en particular el de separación absoluta, pactado constante matrimonio, al momento del casamiento.

2. El Derecho escrito aragonés no alude expresamente a un pacto de este tipo, ni para admitirlo, ni para reprobalo.

En el Derecho de los Fueros y Observancias, algunos autores aragoneses del siglo xvi se refieren a un negocio jurídico afín: la renuncia a la comunidad, empero contemplándola sólo en el momento de la celebración del matrimonio. *Quando uxor*—dice PORTOLÉS (*Scholia ad repertorium Michaelis Molini*, quarta pars. Cesaeragustae, 1952, pág. 604; vº vir et uxor)—*lucris matrimonialibus tempore contractus matrimonii renuntiaverit, tunc partem debiti quod vir ex mutuo contraxi, etsi clare probatum fuerit in alenda ipsa uxore et filiis communibus ipsum debitum conversum fuisset, uxor ipsa solvere non tenetur*. No parecen restringirla, en cambio, a ese momento de la boda otros fueristas más modernos, como LA RICA, el cual, de una parte, afirma de modo general que «si la mujer renunció en su capitulación matrimonial a los aumentos y bienes gananciales, no tendrá que pagar las deudas que en otros términos se considerarían comunes» (*Ilustración segunda a los quatro procesos forales*, Zaragoza, 1828, pág. 255), mientras de otra da a entender que la mujer está obligada a pagar las deudas comunes cuando quiere su parte de gananciales, y no de otra manera (op. cit., pág. 238). En igual sentido afirman FRANCO y GUILLÉN que «cuando la mujer hubiese renunciado a la parte que pudiera corresponderla de los bienes comunes, no tendrá que pagar más deudas que aquellas a que se haya obligado» (*Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841; pág. 78).

El Apéndice no prevé la posibilidad, para la mujer, de renunciar al consorcio, como ocurre en el régimen matrimonial legal francés y en el C. c., pero es de suponer que, no oponiéndose al Derecho histórico y al sistema general de nuestro Derecho vigente, y, por el contrario, estando de acuerdo con ellos, son de aplicación los artículos 1.364, 1.394 y 1.418 del C. c., con la salvedad de que en Aragón, donde no hay una prohibición de novar constante matrimonio, los capítulos matrimoniales, cabe la renuncia en ese tiempo.

3. En el antiguo Derecho castellano ordenaba la Ley 60 de Toro que cuando la mujer renunciara a las ganancias no vendría obligada a pagar ninguna parte de las deudas. El Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de noviembre de 1892, declaró que la Ley

mencionada fué dictada con objeto de apartar a la mujer de las responsabilidades de las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio cuando renunciare a las ganancias, y que, por tanto, la renuncia es legítima en cualquier tiempo que tenga lugar, y, consiguientemente, durante la vida común de los cónyuges, con licencia marital y sin fraude de herederos o de acreedores.

Publicado el Código Civil, y por virtud del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial, estiman la generalidad de los autores ser irrenunciable la comunidad, constante matrimonio, porque su renuncia implicaría alteración del régimen conyugal de bienes (vid., entre otros, DE BUEN, en las anotaciones al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, VI, Madrid, 1926, página 426).

Concluida la comunidad de gananciales por disolución del matrimonio, de acuerdo con los arts. 1.418, 1.394 y 1.364 del Código Civil, se permite la renuncia:

a) A los gananciales obtenidos. Esta renuncia puede hacerse, bien por la mujer o sus herederos, bien por el marido o los suyos (art. 1.418, 1.º, C. c.).

b) A la sociedad de gananciales en sí (arts. 1.364 y 1.394 C. c.). Hay autores—el propio DE BUEN—que no admiten este segundo tipo de renuncia, el cual, sin embargo, resulta claramente, ya del artículo 1.394, ya del 1.364 del Código Civil. Habla el primero de «renuncia a la sociedad», que no puede hacerse constante matrimonio precisamente porque ello significaría alterar el régimen matrimonial (la renuncia a los gananciales obtenidos no alteraría dicho régimen, y si únicamente supondría una donación entre cónyuges, prohibida por el Código Civil). Pero, sobre todo, es el artículo 1.364 el que prueba plenamente que existe una «renuncia a la sociedad», que es algo más que la simple renuncia a los gananciales y que supone una mutación, *a posteriori*, del régimen matrimonial.

4. La comunidad conyugal, en Aragón o en los territorios de Derecho común, supone una titularidad conjunta de los cónyuges sobre el patrimonio consorcial, sin cuotas concretas sobre cada uno de los elementos patrimoniales, de las llamadas—con mayor

o menor corrección—«en mano común». La Jurisprudencia ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse acerca de este extremo.

Dada esta configuración de la comunidad, los autores aceptan que la cuota renunciada por un comunero acrece siempre la participación del otro (véase, por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, Madrid, 1929). «Tenemos—corroboran GONZÁLEZ PALOMINO (*El acrecimiento en la mejora*, en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, 1944, pág. 514)—los supuestos plenos de acrecimiento; un llamamiento a un todo patrimonial; un llamamiento solidario; un momento adquisitivo unitario y aun el establecimiento de la adquisición *por mitad*, que, legalmente (art. 983), no excluye el acrecimiento». No es éste un fenómeno exclusivo del consorcio conyugal, sino constante en cualesquiera clases de comunidad; en todas ellas la doctrina, casi unánimemente, sostiene la adquisición de la porción renunciada por los restantes partícipes, y ello no por ocupación, sino precisamente por derecho de acrecer. Donde difieren los autores es en si el acrecimiento es la consecuencia del derecho entero de cada condómino sobre la cosa, limitado simplemente por la concurrencia del *concurso*, de modo que se expande espontáneamente a toda la cosa cuando el *concurso* cesa, o si se debe entender el *ius ad crescendi*, no como la adquisición de un derecho ajeno, sino como una ampliación del propio, a manera de una accesión (cfr. sobre el problema BONFANTE, *Il «ius ad crescendi» nel condominio*, en sus *Scritti giuridici varii*, III, Turin, 1926, págs. 436 y sigs.).

Ahora bien: la adquisición de los comuneros en todo caso no es una adquisición derivativa, sino, o una extensión del propio Derecho, o una adquisición originaria, porque la renuncia no es un negocio jurídico destinado a transmitir los derechos, sino a despojarse unilateralmente de ellos: no supone una transmisión, sino el abandono del derecho, cuya suerte ulterior depende de su propia naturaleza (si se abandona una cosa, queda *nullius*; si un Derecho real limitado, se reincorpora a la propiedad; si un crédito, cesa el poder de agresión contra el deudor; si la cuota de un condómino, acrece a los restantes, etc.), pero sin que se halle, en caso alguno, causalmente vinculada al supuesto de hecho de la renuncia. En otras palabras: ni la renuncia es *per se*, una con-

vención entre el renunciante y otra persona favorecida por ella (aunque pueda adoptar la forma exterior de un contrato), ni la *causa*, en sentido jurídico, de la renuncia, es la posible adquisición del derecho renunciado por otra persona: la voluntad del renunciante, tal como la contempla el Derecho, se halla dirigida simplemente al hecho del abandono de su titularidad, y cualquier ulterior intención permanece en el campo de los simples motivos particulares y carece de relevancia jurídica.

Del carácter unilateral de la renuncia se deriva, finalmente, que no puede ser calificada de negocio gratuito u oneroso: esta clasificación se aplica solamente a los negocios jurídicos bilaterales.

5. Si la simple renuncia al patrimonio ganancial lógicamente no tiene más resultado que el acrecimiento, por el contrario, cuando, disuelto el matrimonio, renuncian la mujer o sus herederos a la total sociedad de gananciales, se produce un fenómeno más complejo: el cambio de régimen matrimonial. Como dice GONZÁLEZ PALOMINO (op. cit., pág. 558), «la parte de gananciales que hubiera correspondido a la mujer no acrece al marido ni a los suyos, porque resulta que no hay gananciales. No se trata de acrecimiento, sino de algo más grave y único: de la conversión retroactiva de la sociedad de gananciales en régimen total. Una efectiva alteración del régimen matrimonial *a posteriori*». Es decir, se permite a la mujer o sus herederos, a la terminación del matrimonio, optar unilateralmente por el régimen matrimonial dotal: no otra cosa supone esa llamada «renuncia a la sociedad de gananciales» de que habla el artículo 1.364 del Código Civil. Es claro que dicho precepto se refiere, tanto al convenio celebrado antes del matrimonio entre los esposos, excluyendo la sociedad de gananciales, como al negocio jurídico unilateral de renuncia otorgado por la mujer o sus herederos después de disuelto el matrimonio, y en este segundo caso también se observarán las reglas del régimen dotal «y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad».

No es posible, así, desconocer el efecto retroactivo de la renuncia de la mujer al régimen de gananciales otorgada a la disolución del matrimonio, efecto reconocido incluso por el Tribunal Central

Económico-Administrativo: para él (sentencia 1 febrero 1949) «es lo cierto que las palabras terminantes del Código», cuando disuelta la sociedad haya renunciado la mujer a sus efectos y consecuencias, «demuestran claramente que si tal renuncia se opera en tiempo hábil, se produce una verdadera ficción jurídica por virtud de la cual se presume que la sociedad de gananciales no ha existido nunca, ni ha producido efectos ni consecuencias».

...6... Un convenio de mutación del régimen conyugal constante matrimonio, es nulo de pleno derecho en la regulación del Código Civil, pero es del todo válido en Aragón, conforme al artículo 58 del Apéndice, que da por supuesta la posibilidad de otorgar nuevos capítulos matrimoniales en cualquier momento de la vida de los cónyuges. También está fuera de toda duda la validez del pacto de separación de bienes, dados los términos amplísimos de los artículos 46, 62 y, sobre todo, 59, que consagra, en materia de regímenes matrimoniales, el principio *standum est chartae*, fundamental en el Derecho aragonés.

Ahora bien: ¿es igualmente posible pactar que un régimen de separación tenga efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio, de tal modo que se consideren todos los actos y negocios jurídicos de los cónyuges como realizados bajo tal sistema de separación absoluta *ex tunc* y, por consiguiente, de la pertenencia de cada uno de los cónyuges todos los bienes adquiridos a costa de los suyos propios o de su trabajo?

Nótese que no planteo la cuestión de si la estipulación de retroactividad tiene *alguna* eficacia: en todo caso, y en homenaje a la voluntad de los contratantes, soberana en esta materia (artículo 59, Ap.), habría de concedérsele el efecto mínimo de atribuir *ex nunc*, a marido y mujer, los bienes (no consumidos) que hubieran sido privativos de cada uno si hubiera regido su matrimonio, desde el principio, el sistema de separación, y que son comunes porque los cónyuges no eliminaron, el día de su boda, la comunidad. Con esa limitada eficacia, las capitulaciones otorgadas ahora supondrían la atribución, a cada uno de los cónyuges, de una parte de la masa consorcial (o de la totalidad a uno de ellos, si los bienes consorciales sólo provenían de él), por virtud de la liquidación de una comunidad existente hasta el momento en que

se suprimió la llamada «sociedad conyugal tácita», mediante los capítulos postmatrimoniales que instauran un nuevo régimen. Empero lo que aquí se pregunta es si la ley permite a la voluntad de los particulares atribuir efecto retroactivo pleno y absoluto a un régimen de separación—o a cualquier otro régimen—pactado constante matrimonio.

7. La pregunta debe resolverse, en mi opinión, afirmativamente, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, el ya citado principio *standum est chartae*: el imperio de la autonomía de la voluntad en el Derecho aragonés de las relaciones económico-matrimoniales. Todos los pactos que celebren los cónyuges son válidos y plenamente eficaces, «siempre que no infrinjan prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón, ni sean opuestas a los fines esenciales del matrimonio» (art. 59, Ap.). Y es claro que una estipulación del tipo de la que ahora considero no se halla en estos casos.

b) Insiste en este punto de vista el párrafo segundo del artículo 62, que obliga a acomodar a las capitulaciones las operaciones de inventario, liquidación y división. De donde se deduce que la liquidación habrá de practicarse conforme a las normas de un régimen de separación y no de uno de comunidad. Sé halla de acuerdo este precepto con el artículo 46, que señala la preferencia de la voluntad de los contrayentes sobre la regulación legal, salvo las leyes prohibitivas.

c) Más concretamente, el artículo 58, después de admitir y regular la novación de capítulos constante matrimonio, termina diciendo: «En todo caso, los derechos adquiridos al amparo de las capitulaciones con anterioridad a un nuevo otorgamiento, quedarán íntegramente a salvo, si los interesados no hacen de ello renuncia expresa, siendo los nuevos pactos ineficaces en cuanto vulneren o modifiquen aquellos derechos». Interpretado este precepto *a contrario sensu*, demuestra que cuando los interesados hagan renuncia expresa de los derechos adquiridos al amparo de las anteriores capitulaciones o, lo que es igual, del régimen legal anteriormente existente a falta de capítulos, tal renuncia surte plenos efectos: la ley sólo trata de salvar aquellos derechos adquiri-

dos a los cuales no se ha renunciado. Nótese que el artículo habla de *dejar a salvo los derechos adquiridos*, y, por consiguiente, no las meras esperanzas de derecho, sino aquellas situaciones que tienen ya en el momento de producirse la renuncia, alguna protección jurídica, como la de cualesquiera acreedores o, a lo más, el derecho expectante y condicional de los legitimarios.

8. El supuesto que examinamos no es—ya se ha visto—el de una renuncia unilateral a la masa de bienes comunes por uno de los cónyuges, con la consecuencia de acrecer la participación del otro. Tampoco puede equipararse nuestro caso con la *renuncia* a la sociedad de gananciales—a sus «efectos y consecuencias»—del artículo 1.364, renuncia de la que diverge en los siguientes extremos:

a) La llamada *renuncia* se verifica unilateralmente por la mujer, mientras que aquí son ambos cónyuges quienes pactan.

b) Los efectos de la renuncia son rígidos, vienen predeterminados por la ley: consisten en la imposición del régimen dotal. En cambio, el contrato de separación es una transformación voluntaria de un régimen en otro libremente elegido.

c) La retroactividad viene, en el primer caso, impuesta por la ley, mientras que aquí sólo se produce por la voluntad de los cónyuges expresamente manifestada.

d) La renuncia supone el abandono, por la mujer, de su participación en la comunidad de gananciales, cuyos bienes son totalmente atribuidos al marido: el cambio de régimen, en nuestro caso, entraña la separación de bienes *ab initio*, y, por consiguiente, el reparto de los supuestos gananciales según su origen.

e) La opción del artículo 1.364 se verifica una vez concluido el matrimonio, mientras que los capítulos novatorios del régimen matrimonial han de otorgarse forzosamente constante matrimonio.

Pero estas diferencias no privan de valor al argumento que, derivado del artículo 1.364, refuerza todavía más la eficacia plena (aunque no incondicionada) de la cláusula de retroactividad en la mutación de un régimen matrimonial.

Por de pronto, el artículo citado demuestra que no es un im-

posible jurídico retrotraer los efectos de un nuevo régimen matrimonial al instante de la boda, y ello, aun estando disuelto ya el matrimonio. Con mayor razón—en un Derecho como el aragonés, que permite capitular en todo tiempo—ha de poder hacerse esto cuando no ha llegado todavía la disolución.

De igual modo, si la retroacción de efectos puede provocarse unilateralmente, mediante la llamada *renuncia* de la mujer o sus herederos, *a fortiori* podrá tener lugar por declaración conjunta de marido y mujer.

Es cierto que, en la regulación del Código Civil, el efecto de la renuncia a la sociedad de gananciales es, rígidamente, la imposición retroactiva de un régimen dotal—de separación, pues—, al consorcio ya disuelto, y, por ende, la liquidación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges como si se hubieran casado bajo el régimen dotal. Pero esta regulación rígida obedece precisamente a la prohibición del Código Civil de novar los capítulos después de la boda, y no arguye nada en contra de la posibilidad—donde no exista esa prohibición—de pactar cualquier otro régimen con efecto retroactivo, y así, de convenir que los bienes que hubieran sido comunes, se liquiden asignándolos al cónyuge de quien procedan.

Por último, el hecho de que la retroactividad sea, en el supuesto del artículo 1.364, impuesta por la ley, no obsta a que, en cualquier Derecho que permita el cambio de régimen de bienes constante matrimonio, pueda ésta ser acordada—o eliminada—por pacto. En todo caso, aquel precepto habría de ser obstáculo para lo contrario: para el efecto *ex nunc* (tampoco lo es).

En suma: cabe afirmar, como contraprueba del estudio realizado sobre el Derecho aragonés, que, dada la posibilidad de modificar en cualquier tiempo el sistema económico-matrimonial que en él existe, bastaría el artículo 1.364, aplicado por analogía, para mantener, aun prescindiendo de nuestro Derecho privativo—y así, de todos los argumentos presentados anteriormente—la validez y plena eficacia del pacto que instaura un régimen de separación entre los cónyuges, con efecto retroactivo.

9. Sea una segunda contraprueba la del Derecho comparado. Naturalmente, no podemos acudir a los Códigos francés o italiano,

que prohíben todo cambio en el régimen matrimonial (salvo la renuncia, por la viuda, a la comunidad legal, en el Derecho francés, a raíz de la disolución del matrimonio). Pero sí a los Derechos alemán y suizo, que los permite.

En el Derecho alemán disponía el antiguo § 1.436 del BGB., que cuando se ha eliminado por medio de capítulo matrimonial el régimen legal o alguno de los regímenes de comunidad, entra en su lugar el régimen de separación absoluta de bienes, mientras no se capitule lo contrario. Lo mismo viene a decir el actual § 1.414. Comentando el § 1.436, afirma STAUDINGER (*Kommentar zum BGB.*, IV, *Familienrecht*, I, Munich, 1913, pág. 365): «Momento del comienzo de la separación de bienes. Si el contrato de matrimonio que excluye los regímenes matrimoniales legal o de comunidad *no contiene otra determinación*, la separación de bienes comienza en el momento preciso en que los capítulos matrimoniales han sido otorgados». Luego, al parecer, si se determina de otra manera, el régimen matrimonial comienza en el momento fijado por la convención de las partes: el autor no excluye que tal momento pueda ser anterior a la propia convención.

Lo mismo ocurre en el Derecho suizo. EGGER (*Das Familienrecht*, en el *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I, Zurich, 1936, pág. 331), después de insistir en que en todo caso los cónyuges pueden atribuir efecto retroactivo a un régimen convencional que sustituya, constante matrimonio, al de unidad de bienes —con lo cual recuerda la mujer la propiedad de las aportaciones que había perdido—, o concederle sólo efecto *ex nunc*, dice refiriéndose exactamente a nuestro caso: «en especial, comienzo de la separación de bienes. Si se realiza por medio de capítulos matrimoniales, vale lo dicho anteriormente. Los cónyuges determinan si la separación de bienes debe tener lugar retroactivamente, sobre la base de la reconstitución de sus primitivos patrimonios, o sobre el fundamento de la liquidación del régimen existente hasta entonces, sin efecto retroactivo».

10. Afirmo, en conclusión, que la estipulación que dota de efecto retroactivo al régimen matrimonial de separación pactado en capítulos constante matrimonio, no sólo es válida, sino que surte exactamente el efecto querido por las partes.

No es que la retroactividad alcance a todos los efectos, aun consumados, del régimen antecedente: esto, ni lo han querido las partes, ni sería posible. Así, quedan en pie las enajenaciones realizadas por el marido de los bienes que tuvieron la consideración de comunes, siquiera esa consideración haya sido luego borrada como si no hubiera existido. Por otra parte, es preciso evitar que unas capitulaciones de separación se conviertan en un instrumento de fraude.

El Código Civil suizo (art. 188) salva toda posibilidad de fraude al considerar subsistente el régimen anterior, con relación a terceros, en tanto el cambio pueda lesionar derechos adquiridos durante aquél. En el Derecho aragonés puede llegarse a la misma conclusión por aplicación del párrafo 4.º del art. 58, ya citado. Los derechos adquiridos por terceros sobre el patrimonio consorcial al amparo del régimen antiguo, quedan enteramente a salvo: los acreedores comunes no se convierten, así, en acreedores exclusivos del marido o de la mujer, sino que la confusión de la masa de bienes comunes con el patrimonio de cada uno de éstos provoca la responsabilidad solidaria de los cónyuges. Por su parte, los terceros acreedores privativos de los cónyuges que pudieran resultar perjudicados por un cambio de régimen matrimonial, o bien los legitimarios cuyo derecho resultase disminuido por este motivo, dispondrían, los unos de las acciones fraudulentarias oportunas—pero siempre demostrando el fraude, que no cabe presumir—, y los otros de las acciones de defensa de su legítima.

11. Por lo demás, nótese que un cambio de régimen matrimonial no es donación ni otro negocio jurídico alguno sobre atribuciones patrimoniales gratuitas. «No puede decirse—dice WOLFF (*Derecho de familia*, en el tratado de *Enneccerus*, I, Barcelona, 1941, página 276)—que toda desviación convencional del régimen legal, por la que se favorezca a uno de los cónyuges, implique atribución patrimonial gratuita, pues al establecer el Código Civil un régimen legal con libertad de contratación, no establece un régimen forzoso de bienes con libertad de donación, sino que el propio régimen de bienes es dispositivo. Por tanto, el contrato de separación entre un hombre pobre y una mujer rica, no puede ser revocado en caso de grave ingratitud de la mujer, ni tampoco el

contrato de comunidad de bienes entre los mismos en caso de grave ingratitud del marido. Por lo mismo, las reglas según las cuales los acreedores pueden impugnar las disposiciones gratuitas, no rigen frente a los contratos de matrimonio. Asimismo, los contratos de comunidad de bienes no están sujetos al impuesto llamado de herencias, que más exactamente se calificaría de impuesto de donaciones.»

12. El retrotraer los efectos de un régimen de separación, convenido ahora, a la fecha del casamiento, es, en suma, una ficción que no alcanza—porque esto sería metafísicamente imposible— a suprimir los negocios jurídicos consumados bajo el régimen anterior, y que tampoco sirve—porque sería injusto—para perjudicar los derechos de acreedores y legitimarios. Significa así, simplemente, que la liquidación del régimen se hará, cuando tenga lugar, como si éste hubiera sido siempre de separación y nunca hubiera existido una masa de bienes comunes. Cada uno de los cónyuges recuperará cualesquiera bienes muebles que aportase al matrimonio, y, habiéndose enajenado, los que los hubieran sustituido. Las restantes cosas comunes pertenecerán a quien las aportó, merced a su trabajo o a los frutos y rentas de sus bienes, de modo que no hay propia partición de una masa común, sino la recuperación del carácter privativo, individualizadamente en cada uno de los objetos. Sólo cuando no se pudiera probar la procedencia de un bien, parece que habría de ser atribuido por mitad a ambos consortes.

En cuanto a las deudas, desaparecida la presunción de que las deudas del marido son beneficiosas a la comunidad, habría que discriminar cuáles eran gastos familiares—a los que cada cónyuge debe contribuir proporcionalmente—y cuáles particulares de un cónyuge. En todo caso, los acreedores todavía no pagados tendrían sobre el patrimonio común y los bienes del marido el mismo derecho que bajo el régimen legal de comunidad de muebles y ganancias.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO,
Catedrático de Derecho Civil.

El procedimiento administrativo sobre autorización para apertura de farmacia^(*)

SECCIÓN PRIMERA

PROCEDIMIENTO ANTE EL COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS

I.—INICIACIÓN: INSTANCIA DEL INTERESADO.

A.—*Nociones generales.*

1. El procedimiento en que ha de tramitarse toda petición de licencia para abrir o trasladar una farmacia, se incoa a instancia del farmacéutico interesado. De las dos formas de iniciación del

(*) El presente trabajo se ha escrito especialmente como colaboración a los estudios en honor del Profesor JORDANA DE POZAS. En él se estudia el procedimiento ordinario, y se han utilizado las abreviaturas siguientes:

A = Auto de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.
D 1957 = Decreto de 31 de mayo de 1957.
LJ = Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LPA = Ley de Procedimiento administrativo.
LRJ = Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.
LRL = Ley de Régimen Local.
RAP = «Revista de Administración Pública».
REVL = «Revista de Estudios de la Vida Local».
S = Sentencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Sobre el procedimiento especial en el supuesto de traslado forzoso, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Traslado forzoso de farmacias*, RAP, núm. 34.

El régimen jurídico en general de la *Apertura y traslado de farmacias* se estudia en un libro de próxima aparición.

procedimiento administrativo que prevé el artículo 67, LPA, el Decreto de 1957 (art. 2.º, párrafo 1), admite la segunda: instancia de persona interesada.

2. La instancia es, pues, el acto de iniciación del procedimiento. Es un acto del particular, no del órgano administrativo, si bien es un acto del particular que produce efectos en el ámbito jurídico-administrativo, como son los efectos propios de la incoación de un procedimiento (1).

3. El régimen jurídico de la instancia vendrá regulado por las disposiciones especiales del Decreto de 1957 y las generales de la LPA (arts. 67 a 73).

B.—*Requisitos.*

1. *Subjetivos.*

a) La instancia deberá dirigirse al órgano competente para decidir acerca del otorgamiento de la licencia que se solicita, es decir, al Colegio Oficial de Farmacéuticos que ejerza sus funciones en el territorio en que pretenda instalarse la nueva farmacia. El artículo 2.º, apartado 1, dice que la petición se dirigirá «al Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos respectivo».

b) En ella se expresará (según el art. 69, párrafo 1, LPA), «nombre, apellidos y domicilio del interesado, y, en su caso, además, de la persona que le represente».

2. *Objetivos.*

El artículo 2.º, apartado 1, D 1957, habla de «instancia razonada», lo que supone una aplicación al supuesto concreto que se contempla del precepto contenido en el artículo 69, párrafo 1, apartado b), LPA, al referirse a «hechos, razones y súplica en que se concrete, con toda claridad, la petición».

(1) SANDULI, *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1959, págs. 137 y sigs.

Realmente, los hechos y razones en que se fundamenta la petición no pueden ser más concretos, ya que la instancia puede reducirse a expresar la pretensión de abrir o trasladar una farmacia ya existente al local que ha de determinarse con la máxima exactitud en la instancia. Es éste el único requisito verdaderamente esencial de la petición, hasta el punto de que el Decreto de 1957 (art. 2.º, apartado 1) exige que se acompañe a la instancia «un plano o croquis en el que se señale, con toda exactitud, el local en que se pretenda» instalar la farmacia.

3. De la actividad.

a) *Lugar.* Se presentará en el Registro del Colegio Oficial de Farmacéuticos respectivo. No obstante, podrá asimismo presentarse en cualquiera de las oficinas enumeradas en el artículo 66, LPA. La eficacia de la presentación de los escritos en cualquiera de dichas oficinas, concretamente en la de Correos, ha sido reconocida en S. de 26 de marzo 1961.

b) *Tiempo.* No se da ningún requisito especial en orden al tiempo. Ahora bien, será el momento de presentación de la instancia respectiva el que ha de tenerse en cuenta al determinar la prioridad. Así, en S. de 4 de mayo de 1960, se dice: «Para determinar la prioridad hay que atender a las instancias presentadas reglamentariamente en el respectivo Colegio, siendo irrelevantes las fechas de los escritos presentados en la Dirección General, reveladores de su creencia de existir una nueva vacante, pues si tal era su entender, pudo solicitar, como después lo hizo, la oportuna licencia».

c) *Forma.* La instancia deberá redactarse en castellano, extenderse en papel debidamente reintegrado (2), y a la misma se acompañará el plano o croquis en el que se señale, con toda exactitud, el local en que se pretenda emplazar la farmacia, a que se refiere

(2) Art. 54, Ley del Timbre y art. 140, 1º de su Reglamento.

En caso de que se admita la instancia sin reintegro, el jefe del Registro incurrirá en responsabilidad, según el art. 101 de la Ley del Timbre, pero la instancia producirá sus efectos normales.

el artículo 2.º, apartado 1, del Decreto de 1957. Ahora bien, la S. de 4 de mayo de 1960, dice: «Si bien es cierto que, a la solicitud no se acompañó el plano correspondiente, éste fué presentado a virtud del requerimiento que al efecto se hiciera a la interesada, juntamente con la certificación de distancias con las tres farmacias más próximas, y tal retraso en la sola aportación del plano carece de virtualidad para invalidar el expediente o anular la instancia, como se pretende en el recurso, toda vez que la aportación del certificado de distancias no es preceptivo se acompañe a la solicitud». Y la S. de 23 enero 1961 afirma que «aun cuando hubiera habido alguna deficiencia en el croquis unido a la petición, es innegable que de existir este defecto habría quedado subsanado suficientemente... por la aportación de todos los documentos que posteriormente fueron presentados». En análogo sentido, la S. de 25 de septiembre de 1961 (ponente, Docavo).

Esta acertada doctrina jurisprudencial viene a aplicar a este supuesto general el principio que inspira el artículo 54, LPA.

C.—*Efectos.*

Los efectos de la presentación de la instancia no son otros que los propios de la incoación de un procedimiento. En efecto:

1. Presentada la instancia, «la Junta Directiva del Colegio Oficial de Farmacéuticos, representada por su Presidente, dispondrá la inmediata incoación del expediente» (art. 2.º, apartado 2, Decreto de 1957).

2. La fecha de presentación es la que ha de tenerse en cuenta a efectos de determinar el derecho de prioridad a obtener la licencia. En este sentido, la S. de 4 de mayo de 1960 establece la siguiente doctrina: «Para determinar prioridad hay que atender a las instancias presentadas reglamentariamente en el respectivo Colegio, siendo irrelevantes las fechas de los escritos presentados en la Dirección General, reveladores de su creencia de existir una nueva vacante, pues si tal era su entender pudo solicitar, como después lo hizo, la oportuna licencia».

Para determinar el orden de prelación habrá que estar a lo dispuesto en la Orden de 29 de noviembre de 1960, que entró en vigor el 1.º de enero de 1961, según la cual se atenderá:

a) «Al día de su presentación». Según el apartado 1.º de la Orden, cuando los términos municipales varían la clasificación que tuvieran conforme a las categorías establecidas en el artículo 1.º, Decreto de 1957, con motivo del aumento de su censo de población, las instancias solicitando la apertura de farmacia en el término afectado se considerarán presentadas simultáneamente, siempre que las mismas lo hubieran sido en el mismo día.

b) «Las peticiones de los farmacéuticos que no hubieran estado establecidos hasta el momento de deducirla». Se debe interpretar este apartado limitado únicamente a los farmacéuticos que no hubieran obtenido autorización para abrir una farmacia, y no otorgar tal preferencia a los que, habiendo obtenido autorización para abrir una farmacia, no la hubiesen instalado, con objeto de no premiar el supuesto, tristemente tan frecuente, de Licenciados en farmacia que se dedican a negociar con las autorizaciones obtenidas.

c) «La petición del farmacéutico que ostentara el título facultativo de expedición más antiguo».

d) «La petición del farmacéutico de mayor edad».

Y se añade: «El orden de preferencia citado servirá para decidir sucesivamente los empates en cada caso».

La Orden citada merece los mayores elogios, al evitar los incidentes y posibles maquinaciones que se daban con arreglo a la legislación en vigor, y establecer un orden de prelación que estimamos sumamente acertado, siempre que se interprete el apartado b) en el sentido expuesto.

3. Asimismo, la fecha de presentación es la inicial del cómputo del plazo de tres meses que tiene el Colegio para resolver y notificar la resolución a los interesados y Junta provincial respectiva.

II.—DESARROLLO.

A.—*Notificación a la Jefatura provincial de Sanidad, al solicitante y a los farmacéuticos establecidos en lugares próximos.*

Una vez iniciado el procedimiento por la presentación de la instancia y acordada la inmediata incoación del expediente, el artículo 2.º, apartado 2, del Decreto de 1957, exige que se dé cuenta de ello a:

1. *La Jefatura provincial de Sanidad.*

Siendo la Jefatura provincial de Sanidad el órgano competente para dictar resolución, en el supuesto de que no la hubiere dictado el Colegio en el plazo de tres meses (art. 2.º, apartado 3, Decreto de 1957), lógico es que se exija dar cuenta a dicha Jefatura de la incoación del procedimiento—y, en su caso, de la terminación—, con objeto de que pueda fiscalizar el cumplimiento de dicho plazo por parte del Colegio.

Al hacerse la comunicación se tendrán en cuenta las normas contenidas en el artículo 78, LPA. Por tanto, se efectuará directamente.

2. *Al solicitante y farmacéuticos establecidos en lugares próximos.*

El Decreto de 1957 (art. 2.º, apartado 2) exige que se notifique la incoación del expediente, no sólo al solicitante, sino también «a los farmacéuticos establecidos en lugares próximos al local en que se intente abrir la nueva farmacia», a fin de que puedan comparecer en el procedimiento en concepto de interesados. De aquí que, una vez personados los farmacéuticos a los que se notificó la incoación del expediente, su condición de interesados es incuestionable a todos los efectos (S. de 4 noviembre de 1959).

El problema se plantea al determinar qué farmacéuticos deben ser notificados. El precepto reglamentario se refiere a los farmacéuticos establecidos en lugares próximos al local en que se intente

abrir la nueva farmacia. Siendo el objeto del procedimiento precisar si concurren o no las condiciones necesarias para que pueda otorgarse la autorización, y, especialmente, si entre el local y las farmacias ya instaladas se dan las distancias reglamentarias, es indudable que los farmacéuticos que han de ser notificados serán aquellos cuyas farmacias estén situadas a distancia tal del local, que permita dudar si alcanza o no los límites previstos en el artículo 1.º del Decreto de 1957.

No quiere esto decir que deban ser notificados sólo y todos aquellos cuyas farmacias están, respecto del local en que ha de instalarse la nueva, a menos de la distancia reglamentaria. Pues ello supondría conocer perfectamente cuáles eran las distancias exactas, lo que constituye una de las cuestiones del procedimiento. Bastará hacer la notificación a los titulares de farmacias que parecen situadas en los lugares más próximos. Y, cumplido este trámite, no se dará vicio alguno en la tramitación del procedimiento.

Es más: si, a primera vista, puede apreciarse—dada la distancia existente—que es manifestamente superior a la mínima reglamentaria, no parece necesario hacer notificación alguna a persona distinta de la del propio solicitante.

Ahora bien, no sólo podrán comparecer como interesados aquellos que hayan sido notificados por el Colegio de la incoación del expediente, sino que podrán comparecer como tales cuantos ostenten aquella condición, con independencia del hecho de la notificación.

B.—*Instrucción.*

1. *Idea general.*

El artículo 81, párrafo 1, LPA, dispone: «La Administración desarrollará de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución». En aplicación de este precepto, es evidente que el Colegio ante el que se tramita el procedimiento habrá de llevar a cabo cuantos actos y diligencias sean adecuadas para la determinación,

conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse resolución, esto es, para comprobar si concurren las circunstancias que han de darse para que pueda ser otorgada la autorización, entre las que destacan:

- a) Si el local reúne las condiciones para su ocupación que exige el artículo 2, D. 1957.
- b) Si, en atención al número de habitantes, cabe autorizar la farmacia cuya apertura se solicita.
- c) Y si se dan o no las distancias reglamentarias respecto de las farmacias más próximas.

Para la comprobación de todas estas circunstancias, el Colegio puede, pues, adoptar cuantos actos de instrucción estime adecuados. Es elemental que para comprobar si se dan o no las distancias reglamentarias, debe practicarse por técnico competente la medición entre el local en que pretenda instalarse la nueva farmacia y los locales más próximos.

Ahora bien, si las distancias son tales que, sin necesidad de la práctica de la medición por el técnico competente, es evidente que son superiores a las mínimas reglamentarias, no será necesario cumplir un trámite que las normas reguladoras del procedimiento no exigen, ni viene impuesto por la Ley general de Procedimiento administrativo.

2. Prueba.

- a) En aplicación del artículo 88, párrafo 2, LPA, «cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del expediente acordará la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes». Por tanto, siempre que el Colegio competente no tenga por ciertos los hechos alegados por el solicitante o por otros interesados que hubieren comparecido en el procedimiento, deberá acordar la apertura del periodo de prueba a que se refiere el texto legal.

b) La actividad probatoria se regirá por lo dispuesto en los artículos 88 a 90, LPA, que parecen olvidarse completamente en la tramitación de los procedimientos sobre autorización para instalar o trasladar una farmacia.

c) El Colegio de farmacéuticos competente podrá apreciar, con arreglo a la sana crítica, las pruebas aportadas. Ahora bien, si ultimada la vía administrativa se incoara un proceso que versare sobre la misma, el órgano jurisdiccional no estará vinculado por la apreciación de la prueba que hubiere hecho el órgano administrativo, sino que podrá apreciar los mismos medios de prueba (3).

3. Audiencia y vista.

a) Idea general.

a') Los interesados pueden, en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución (artículo 83, LPA). Pero la ley arbitra un trámite especial con aquella finalidad, el de audiencia de los interesados, regulado en el artículo 91, LPA.

b') En atención a la trascendencia del trámite, puesto que constituye una doble garantía para la Administración, que puede reunir todos los medios de ilustración que permitan un mejor acierto en sus resoluciones, y para los particulares, al objeto de que puedan aportar los elementos de hecho y las invocaciones legales que a su derecho interese (S. de 21 diciembre 1935) (4), ha sido calificado de trámite substancial (Ss. de 18 enero, 20 mayo, 11 julio 1932); fundamental (Ss. de 12 febrero y 20 marzo 1951, 26 abril

(3) Sobre el problema en general de la prueba, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, págs. 78-82.

(4) Sobre el trámite de audiencia en general, cfr. el completísimo trabajo de SERRANO GUIRADO *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, RAP, núm. 4, págs 129-190 Véase también GARRIDO, *El principio «audi alteram partem» en la vigente LRL*, REVL, núm. 90, págs 817-826.

Un resumen del Derecho comparado, especialmente del sistema francés, en WALINE, *Le principe «audi alteram partem» en Libre jubilaire, publié a l'occasion du centieme anniversaire de sa creation*, Conseil d'Etat, Luxembourg, 1957, págs. 495-506.

1947, 13 diciembre 1944, 18 enero y 11 julio 1932); esencialísimo (S. de 20 mayo 1935), y hasta de trámite sagrado (Ss. de 15 junio 1925 y 7 marzo 1911), porque un eterno principio de justicia exige que nadie debe ser condenado sin ser oído (S. de 15 noviembre 1934). Como dice la S. de 28 marzo 1960, «es doctrina unánime y constante de esta Sala, expuesta en numerosas de sus sentencias, la de que la audiencia de los interesados es presupuesto básico de garantía procesal, derivado del principio general de Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

c') Dado el carácter esencial del trámite, es incuestionable que, siempre que se den los supuestos previstos en el art. 91, LPA, es preceptivo en los procedimientos sobre autorización para instalar o trasladar una farmacia.

b) *Requisitos.*

a') El trámite de audiencia deberá concederse a los «interesados» (art. 91, párrafo 1, LPA), es decir, al solicitante de la autorización y aquellos otros—hayan sido o no notificados de la incoación del expediente—que hubieren comparecido como tales en el procedimiento.

b') La audiencia a los interesados no es preceptiva en todo caso. Según el artículo 91, párrafo 3, LPA, podrá prescindirse del trámite «cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado». Refiriéndose al procedimiento sobre farmacias, la S. de 30 abril 1959 dice: «Que si bien es cierto que la base décima de la Ley de 1889 y artículo 89 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1947, prescriben la audiencia del interesado, y tal carácter tiene reconocido el hoy recurrente, el hecho de habersele notificado la resolución recaída en el expediente, según así mantiene el recurso, o es menos exacto que el hoy actor, al igual que sus compañeros que alegaron en el expediente cuanto estimaron oportuno en defensa de su derecho, pudo también ejercitar esa potestad y, como por otra parte, en las diligencias administrativas no existe documentación alguna y los dictámenes recaídos versan única y exclu-

sivamente sobre la situación *de facto* por incremento de población en la zona donde habrá de radicar la nueva farmacia, y tan característica objetiva no precisa de conocimiento de lo informado por los organismos oficiales; que, además, esos informes carecen de datos precisos cuyo examen pudiera ser conveniente o necesario a la defensa patrocinada que constituye el designio legal del trámite de audiencia, resulta indudable la inocuidad de concederlo, máxime tratándose de facultad discrecional de la Administración, y de que, en definitiva, la omisión invocada ahora no constituye indefensión al encontrarse el hoy recurrente, al final del expediente, en las mismas condiciones de alegaciones que cuando sus compañeros las presentaron debidamente».

c') El expediente se pondrá de manifiesto a los interesados en el lugar en que tenga su sede el Colegio competente, durante un plazo que no será inferior a diez días ni superior a quince (art. 91, párrafo 1, LPA). Al tratarse de un plazo que viene dado por días, únicamente se computarán los hábiles (art. 60, LPA). Tal trámite deberá otorgarse una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactarse propuesta de resolución. Según una S. de 9 de octubre 1959, «la vista o comunicación de los expedientes a los interesados ha de tener lugar, precisamente, cuando estén instruidos y preparados para su resolución». En el mismo sentido, Ss. 13 y 25 mayo 1960.

c) *Procedimiento.*

a') *Examen del expediente.*

a'') Según el artículo 91, párrafo 1, LPA, se pondrá de manifiesto el expediente, una vez instruido e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. Como dice una S. de 28 junio 1933, la audiencia que ha de concederse no es la que se verifica ante determinados órganos, sino cuando, completados todos los datos del expediente, está en situación de ser resuelto. «No basta para considerar cumplido el trámite de dar audiencia a los interesados—dice la S. de 25 junio 1948—el realizarlo en cualquier momento de la tramitación, sino que precisamente ha de verificarse para que tenga eficacia y validez cuando, unidos todos los infor-

mes conducentes a la formulación del dictamen preparatorio de la resolución, puedan los interesados, conociéndolos, rebatirlos y aportar los documentos y justificantes de sus alegaciones, a fin de que éstas puedan ser tenidas en cuenta al redactarse tal dictamen, sin que válidamente pueda anticiparse tal audiencia». Como dice una S. de 11 diciembre 1918, «el trámite de audiencia del interesado en la resolución de un asunto ha de dársele poniéndole de manifiesto el expediente para que pueda alegar, con conocimiento de causa, y no puede ser sustituido por el escrito que él u otra persona en su nombre, presente sin conocimiento de las actuaciones administrativas». Por ello—dicen las Ss. de 5 diciembre 1944 y 14 octubre 1940—, habiéndose practicado después del trámite de audiencia unas diligencias no solicitadas por el interesado, sin darle nueva vista o audiencia, dicho trámite, el más importante y obligado, no quedó cumplido en su verdadera esencia y finalidad. Y otra S. de 7 mayo 1950, dice que en el supuesto de que se hubiera concedido y evacuado el trámite de audiencia, es necesario que se otorgue también en las sucesivas ampliaciones del expediente. En sentencia de 9 octubre 1959 (Ponente, SERRA MARTÍNEZ) se dice que al ordenar que la vista o comunicación de los expedientes a los interesados ha de tener lugar, precisamente, cuando estén instruidos y preparados para su resolución, excluye la posibilidad legal de que la inobservancia de este trámite sea subsanada, considerándolo válida o eficazmente constituido por otras actuaciones ajenas por completo al mismo y al contenido de aquella ordenación formal.

b'') La Administración no podrá, por tanto, limitar la audiencia a determinadas actuaciones, sino que deberá poner de manifiesto el expediente íntegro. Como dice una S. de 20 abril 1959, el expediente administrativo está integrado por un conjunto de actuaciones constituidas por instancias, escritos, informes, dictámenes, pruebas y propuestas. Y otra S. de 26 febrero 1959 (Ponente, SUÁREZ VENCE) dice que «la Administración debe facilitar a los interesados, para el ejercicio de sus derechos y mejor defensa, los antecedentes necesarios y documentos que sean precisos, mediante el conocimiento de las actuaciones administrativas, poniéndoles de manifiesto el expediente ya formado o el que se forme, para la tramitación y resolución del asunto, a fin de que, con plena instruc-

ción de las diligencias gubernativas y de su alcance, presenten las alegaciones. Unicamente se podrán excluir determinados antecedentes, en el supuesto previsto en el apartado 3 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1958, en que se dice: «Cuando así se considere necesario, y, desde luego, cuando se trate de expedientes en los que haya de informar el Consejo de Estado, se formará cuaderno de extractos en el que, con indicación de fecha y folio, se resumirán los documentos que componen el expediente; se extenderán las propuestas, notas y contranotas a que pudieren dar lugar y se le incorporarán aquellos informes y documentos cuya exhibición pudiera ocasionar perjuicios a los intereses generales o a tercero, según acuerdo motivado de la autoridad competente para la resolución. El trámite a que se refiere el artículo 91 de la Ley de Procedimiento administrativo no alcanzará a dicho cuaderno».

b') *Escrito de alegaciones.*

A la vista de las actuaciones que obran en el expediente, los interesados podrán deducir escrito de alegaciones, al que podrán acompañar cuantos documentos y justificaciones estimen pertinentes (art. 91, párrafo 1, LPA).

En el supuesto de que el escrito de alegaciones se presentare fuera de plazo, pero antes de haberse redactado la propuesta de resolución, el órgano administrativo deberá tener en cuenta las alegaciones que en él se contienen.

d) *Efectos.*

a') *De la omisión de trámite de audiencia.*

La omisión del trámite de audiencia en los supuestos en que es preceptivo, constituye una infracción de una norma de procedimiento de inexcusable cumplimiento. En S. de 29 febrero 1960 se dice que, «según reiterada jurisprudencia de esta Sala, establecida, entre otras sentencias, en las de 20 marzo 1951, 13 diciembre 1958 y 9 octubre 1959, la omisión del trámite constituye un vicio substancial que invalida todo lo actuado con posterioridad al

momento en que tal omisión se cometió». Ahora bien: según el artículo 48, párrafo 2, *in fine*, para que dé lugar a la anulabilidad del acto en que se resuelve el procedimiento, es necesario que produzca «indefensión de los interesados». Y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo, por ejemplo las Ss. de 2 de junio 1959 y 16 enero 1960 (5).

El problema radica, pues, en determinar si la omisión del trámite produce o no indefensión, ya que cuando da lugar a indefensión se produce la invalidez de lo actuado, a partir de tal omisión, sin que pueda admitirse—dice una S. de 21 abril 1959—que el recurso posteriormente interpuesto convalidará la expresada falta de audiencia. Como dice la S. de 9 octubre 1959, «en concordancia con la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que, como más

(5) Tal doctrina jurisprudencial se limita a aplicar a la omisión del trámite de audiencia la más general sobre vicios de procedimiento que viene a recoger en el art. 48, párrafo 2, LPA. En este sentido, la S. de 11 junio 1945 dice: «Es doctrina fundamental que no todo vicio de procedimiento o defecto de forma lleva consigo la nulidad, sino tan sólo aquellos que afectan a formas esenciales o producen indefensión». Otra S. de 29 marzo 1934 sienta la siguiente doctrina: «La declaración de nulidad por vicios en el procedimiento no es precisa cuando, como sucede que, aun siendo procedentes, la decisión final, subsanados los defectos, habría de ser forzosamente, y por motivos de fondo, favorable a la pretensión del actor».

«A pesar de la existencia de defectos en la tramitación del expediente administrativo—dice la S. de 27 enero 1946—, no es necesaria la reposición de éste cuando en nada ha de afectar la subsanación de aquéllos a la resolución final que se dicte sobre el fondo.

Y la S. de 21 enero 1936 afirma: «En la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades. ., en Derecho administrativo apenas son conocidas las nulidades de fondo si no son o no hay quebrantamiento o lesión del derecho de un tercero...», la jurisprudencia administrativa no ha vacilado en sentar que cuando las Leyes y Reglamentos administrativos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurran».

La S. de 17 de febrero 1960 establece: «ha de tenerse en cuenta que no todos los defectos procesales tienen la misma categoría, ni producen las mismas consecuencias sobre los actos a los que afectan, pues si bien algunos son de tal naturaleza que deben producir la nulidad de la resolución, otras veces, aunque el acto sea defectuoso, produce invalidez, siendo preciso examinar en cada caso las consecuencias que puede producir la omisión de algún trámite, en el expediente administrativo, a la parte interesada, y sobre, todo lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso, en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal tendiente a evitar una duplicidad innecesaria de otro recurso, cuyo resultado, después de anular ciertas diligencias para tramitar nuevamente el expediente con la subsanación de algún defecto cometido, sería idéntico el resultado».

recientes, deben citarse sus Ss. de 13 diciembre 1958 y 21 enero último, procede la declaración de nulidad» desde la omisión del trámite de audiencia. En análogo sentido, la S. de 29 de febrero 1960. Sin embargo, la S. de 13 enero 1961 establece que si la omisión del trámite de audiencia no produce indefensión, no determina la anulación de las actuaciones.

b') De la presentación del escrito de alegaciones.

La presentación del escrito de alegaciones por el recurrente producirá los efectos que supone la aportación de un dato al expediente, que deberá ser tenido en cuenta por el órgano competente a la hora de resolver, y, en su caso, por el órgano jurisdiccional, si se incoara un proceso cuyo objeto fuere una pretensión deducida en relación del acto dictado en aquel expediente.

Si el órgano administrativo, al resolver, no se pronunciara sobre alguna de las cuestiones planteadas por los interesados en los escritos de alegaciones, la resolución sería incongruente, según el artículo 93, párrafo 1, LPA.

III.—TERMINACIÓN.

A.—Terminación normal.

1. El procedimiento termina normalmente por la resolución del Colegio Oficial de Farmacéuticos ante el que se dedujo la petición, en la que determinará si se dan o no las condiciones previstas en las disposiciones vigentes, y, en consecuencia, concederá o denegará la autorización solicitada.

2. La resolución deberá dictarse por el Colegio ante el que se dedujo la petición: deberá pronunciarse sobre la autorización solicitada (a no ser que no se dé alguno de los requisitos del procedimiento), y será motivada, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho.

3. La resolución deberá notificarse a la Jefatura Provincial de Sanidad, al solicitante y a los demás interesados (art. 2.º, apartado 3, D. 1957).

B.—Terminación anormal.

1. Idea general.

a) Aparte del modo normal de terminar el procedimiento—resolución por el Colegio Oficial ante el que se dedujo la petición—, caben otros modos de terminación que puedan calificarse de anormales.

b) Estos modos anormales de terminación del procedimiento, son los siguientes:

a') Por transcurso del plazo reglamentario para la resolución del procedimiento por el Colegio; caben dos soluciones:

a'') Resolución por la Jefatura Provincial de Sanidad.

b'') Denegación presunta por silencio administrativo.

b') Por voluntad del solicitante: desistimiento y renuncia.

c') Por paralización del procedimiento: caducidad.

2. Resolución por la Jefatura Provincial de Sanidad.

a) El D. 1957 (art. 2.º, apartado 3, párrafo primero) señala un plazo de tres meses para dictar resolución. Ahora bien, el incumplimiento por la Administración de los plazos no determina la invalidez del acto dictado fuera de plazo. Así lo señala el artículo 49, LPA, con carácter general, y lo ha sancionado reiterada jurisprudencia (v. gr., Ss. de 28 octubre 1949, 7 julio 1954, 4 febrero 1959, 2 abril 1960). Refiriéndose al procedimiento de autorización de farmacias, la S. de 7 diciembre 1959, dice: «Que... el no haberse terminado su tramitación en los plazos señalados, no puede estimarse como infracción que cause nulidad, pues según tiene declarado este Tribunal en reiteradas sentencias, en todo caso puede constituir una falta corregible como sanción disciplinaria al funcionario responsable de la tardanza en su resolución, pero no como nulidad...»

b) Aun cuando la no resolución dentro de plazo determine la nulidad del acto, en el procedimiento que se estudia produce importantes consecuencias. Según el artículo 2.º, apartado 3, párrafo segundo, si transcurre el plazo de tres meses sin que el Colegio haya hecho la última notificación, «carecerá de facultades para seguir conociendo del expediente de que se trate, y cualquiera que sea el estado en que el mismo se encuentre, lo remitirá a la Jefatura Provincial de Sanidad, la que, en otro caso, habrá de reclamarlo». De este modo, se evitan demoras excesivas en la tramitación de los expedientes.

Se ha planteado el problema del cómputo del plazo de tres meses a que se refiere el precepto. Una S. de 13 mayo 1961 (Ponente, BECERRIL Y ANTÓN MIRALLES), refiriéndose al mismo ha sentado la siguiente doctrina: «... que habiéndose interferido otras peticiones, como en la tramitación se reflejó, y siendo cuestión previa, en buena lógica, el examen de aquellos de cuyo valor dependería la posibilidad de resolución de la petición posterior, era obligada la interrupción de unos días, lo que se hizo constar, y, en su consecuencia, el término de los tres meses que el artículo 2.º del Decreto de 31 de mayo de 1957 establece sólo puede ser considerado desde que fueron descartadas las peticiones interruptoras de la marcha del procedimiento, que en suspenso había sido declarado por el Colegio, en correcta interpretación del Decreto y de la norma, como ratifica no sólo una contemplación objetiva y una hermenéutica normal y desapasionada, sino el propio Colegio Provincial al aceptarla y la Dirección General de Sanidad, más tarde el Ministerio de la Gobernación, que no consideraron en ningún momento incumplido el procedimiento prescrito orgánicamente: si bien, a más de lo expuesto, debe tenerse en cuenta, como abundamiento razonador, que el artículo 2.º constituye garantía para evitar demora en la resolución de las peticiones más que en las de los oponentes, ya que la dilación perjudica a aquéllos más que el interés de éstos».

c) Una vez el expediente en la Jefatura Provincial, la tramitación será la siguiente:

a') Terminación del expediente ante el Inspector provincial de farmacias. Se señala, al efecto, el plazo de un mes, dentro del cual deberá formular propuesta de resolución.

b') Resolución por la Jefatura Provincial de Sanidad en el plazo de diez días, a partir de la recepción de la propuesta.

3. *Silencio administrativo.*

a) La no resolución del procedimiento en los plazos reglamentarios, no determina, por sí sola, la denegación presunta de la petición en aplicación de la doctrina del silencio administrativo. Por el contrario, una resolución dictada fuera de aquellos plazos sería irregular, pero válida.

b) Para que se produzca la denegación presunta por silencio administrativo, será necesario, en aplicación del art. 94, LPA, que se den las circunstancias siguientes:

a') *Transcurso del plazo de tres meses sin que se notifique la resolución.* Desde que se dedujo la petición han de transcurrir tres meses sin que el interesado reciba notificación alguna. Es indiferente que en dicho plazo se haya producido o no la resolución. Lo que importa a efectos de silencio administrativo, es que no se haya notificado.

b') *Denuncia de la mora.* Para que se produzca la denegación presunta, es necesario que el interesado denuncie la mora, lo que puede hacer en cualquier momento, una vez transcurrido aquel plazo.

Se plantea el problema de ante quién debe formularse la denuncia de la mora. La regla general es que debe hacerse ante el órgano ante el que se tramita el procedimiento. Ahora bien, como la mora debe denunciarse una vez transcurridos tres meses desde la incoación del expediente, y en este momento el Colegio ha perdido la competencia para conocer del mismo (art. 2.º, apartado 3, D. 1957), parece lógico que se deduzca ante la Jefatura Provincial de Sanidad. No obstante, parece indudable que produciría efectos si se formulara ante el propio Colegio.

c') *Transcurso de tres meses sin notificación de la decisión.* Denunciada la mora, han de transcurrir otros tres meses sin que la Administración notifique la resolución para que pueda entenderse denegada la petición.

c) Como el silencio administrativo no es otra cosa que una ficción legal que abre la posibilidad de una impugnación ulterior del acto que la Administración debió dictar y no ha dictado, únicamente puede operar como tal ficción, y, en consecuencia, la LJ y la LPA, superando interpretaciones formalistas de nuestra jurisprudencia, proclaman que «el interesado... podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso..., o esperar la resolución expresa de su petición (art. 94, LPA). Consecuencias de esta correcta concepción del silencio, son las siguientes:

a') *Posibilidad de deducir el correspondiente recurso.* Si concurren los requisitos anteriores, se entiende producido el acto presunto, a todos los efectos, y, por tanto, el interesado podrá deducir los correspondientes recursos, como si realmente existiera el acto que es presupuesto de la impugnación ulterior.

b') *No excluye el deber de resolver expresamente la petición.* Así lo dice el artículo 94, párrafo 2, LPA. No se trata, simplemente, de una facultad, sino de una obligación de la Administración, que podrá dar lugar a la responsabilidad subsiguiente.

c') *Podrá deducirse recurso frente al acto expreso.* Si la Administración tiene el deber de resolver expresamente, aun transcurridos los plazos del silencio administrativo (6), consecuencia lógica es que, ante el acto expreso, se podrán deducir cuantas pretensiones sean procedentes, ya que, a partir de la notificación del acto expreso, comienzan a correr los plazos normales para interponer los recursos admisibles.

4. *Desistimiento y renuncia.*

a) El procedimiento puede terminar por desistimiento del solicitante o por renuncia del derecho (art. 95, párrafo 1, LPA). No es lógico suponer que se dé el segundo supuesto, renuncia del de-

(6) De este modo se evita que el silencio administrativo se convierta en institución «enderezada a facilitar la pereza administrativa», como señala ROYO-VILLANOVA (S.). *Problemas del régimen jurídico municipal*. Madrid, 1944, página 252; PÉREZ SERRANO, *El silencio administrativo en la doctrina jurisprudencial*, Madrid, 1952, pág. 18.

recho a ejercer la profesión, ni aun referido al local objeto de la autorización solicitada.

b) Tanto el desistimiento como la renuncia, podrán hacerse oralmente o por escrito. En el primer caso se formalizará por comparecencia del interesado, ante el funcionario encargado de la instrucción, quien, juntamente con aquél, suscribirá la oportuna diligencia (art. 97, LPA).

c) El efecto del desistimiento o de la renuncia será declarar concluso el procedimiento, salvo que habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento (art. 98, párrafo 1, LPA).

5. Caducidad.

a) Otro de los modos de terminación anormal del procedimiento es la caducidad, regulada en el artículo 99, LPA.

b) Para que se produzca la caducidad es necesario que concurran los requisitos siguientes:

a') *Paralización del procedimiento durante tres meses.* Este plazo debe contarse desde la última notificación que se hubiere hecho a los interesados, por meses enteros, según el art. 60, LPA.

b') *Imputable al solicitante.* La paralización ha de ser imputable al que inició el procedimiento. No se da la caducidad cuando la paralización sea imputable a la Administración. En este sentido, una sentencia de 12 de diciembre de 1950, dice: «La paralización de los expedientes administrativos por más de tres meses, imputable al peticionario, debe motivar el archivo de aquél, pero el no haberlo acordado así la Administración y haber sido precisamente ella la que puso de nuevo en marcha el expediente fijando las condiciones de la concesión y ordenando se hiciese saber al peticionario sin llegarlo a cumplir, hace que la paralización de la tramitación desde ese momento sea a ella exclusivamente imputable, y que de la misma no pueden derivarse consecuencias de ninguna clase

en perjuicio del recurrente, al que en tal día expresamente se le reconocía el derecho de aceptar o renunciar las condiciones del pliego de condiciones».

Y en otra sentencia de 3 de diciembre de 1959, referida a procedimiento sobre farmacia, se dice que no existe causa imputable al interesado cuando la paralización se debe a un acuerdo de suspensión dictado por la propia Administración, aun cuando fuere adoptado a instancia del interesado.

c) El efecto de la caducidad es la terminación del procedimiento, procediéndose al archivo de las actuaciones, al menos que la Administración ejercite la facultad prevista en el artículo 98, párrafo 2, LPA (art. 99, párrafo 1, LPA).

SECCIÓN SEGUNDA

RECURSO DE ALZADA

I. NOCIONES GENERALES.

1. El D 1957 prevé la posibilidad de dos instancias en vía de alzada para que se agote la vía administrativa: una ante la Dirección General de Sanidad (art. 2.º, apartado 4), y otra ante el Ministerio de la Gobernación (art. 2.º, apartado 5). Dictada resolución por el Colegio o, en su caso, por la Jefatura provincial de Sanidad, o denegada la petición en aplicación de la doctrina del silencio administrativo, cabe recurso de alzada ante la Dirección General de Sanidad, y contra la resolución de ésta, ante el Ministerio de la Gobernación.

2. El régimen jurídico de dichos recursos de alzada viene regulado no en el Decreto 1.957, sino en la LPA (arts. 113 a 125), dada la unificación de la regulación de los recursos administrativos que se produjo al entrar en vigor la LPA (art. 1.º, párrafo 3) (7).

(7) Sobre el régimen del recurso de alzada en general, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, cit., págs. 128-147.

II. RECURSO DE ALZADA ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD.**A) Requisitos.****1. Subjetivos.**

a) *Organo administrativo.* Es competente para conocer del recurso de alzada contra la resolución—expresa o presunta—del Colegio o de la Jefatura provincial de Sanidad, la Dirección General de Sanidad (art. 2.º, apartado 4, Decreto 1957).

b) Interesados.

a') Estarán legitimados para interponer el recurso los interesados cuyos derechos o intereses resulten lesionados por la resolución objeto de recurso (art. 113, párrafo 1, LPA); es decir, si la resolución es denegatoria de la autorización solicitada, el farmacéutico que incoó el procedimiento; si otorga la autorización, los titulares de farmacias abiertas en la localidad perjudicados. No es necesario haber comparecido en el procedimiento tramitado ante el Colegio para tener legitimación para recurrir.

b') Están legitimados para oponerse al recurso los demás interesados.

2. Objetivos.

a) El acto objeto del recurso es el dictado por el Colegio Oficial de Farmacéuticos, o, en su caso, por la Jefatura Provincial de Sanidad, que resolvió sobre la improcedencia o procedencia de la autorización solicitada.

b) El recurso podrá fundarse en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico en que haya podido incurrir el Colegio Oficial de Farmacéuticos al dictar el acto impugnado (art. 115, LPA).

3. De la actividad.

a) *Lugar.* La norma especial sobre el lugar de presentación del recurso que se contiene en el Decreto 1957 ha de entenderse derogada por la LPA. No es necesario presentar el escrito de interpo-

sición del recurso en el Colegio Oficial de Farmacéuticos, sino que, según el artículo 66, LPA, podrá presentarse, además, en:

a') Los Gobiernos civiles.

b') La Jefatura provincial de Sanidad.

c') Las Oficinas de Correos. Respecto de las Oficinas de Correos hay que tener en cuenta el artículo 1.º de la Orden de 20 de octubre de 1958, que dispone:

«1. *Oficinas autorizadas para el servicio.*—Únicamente las Oficinas postales servidas por personal técnico o auxiliar, es decir, aquellas que tengan al menos categoría de Estafetas, están autorizadas para recibir y cursar las instancias o escritos que los particulares o entidades dirijan a las Dependencias oficiales.

2. *Condiciones de presentación de envíos.*—Los referidos escritos e instancias se presentarán en sobre abierto y acompañados de los respectivos resguardos de imposición de certificados extendidos por los respectivos remitentes.

3. *Formalidades a cumplir por el funcionario de Correos.*—El empleado que reciba el envío estampará el sello de fechas sólo en la cabecera del documento principal, parte superior izquierda, y cerrado el sobre por el remitente, procederá con el envío en forma idéntica a la que se sigue con los certificados en general, archivando en la Oficina postal la matriz y entregando el resguardo al remitente.

4. *Franqueo.*—Los envíos de que se trata se franquearán siempre como cartas certificadas.

5. *Avisos de recibo.*—Cuando interese a los remitentes de tales envíos conocer la fecha de su entrega a las dependencias destinatarias, podrán pedir en el acto de imposición o con posterioridad aviso de recibo, mediante el pago de los derechos correspondientes según tarifa vigente.»

b) *Tiempo.* Asimismo ha de entenderse derogada la norma especial del Decreto 1.957. Según el artículo 122, párrafo 4, LPA, «el plazo para la interposición del recurso de alzada será de quince días».

Sobre el cómputo del plazo habrá que tener en cuenta las reglas siguientes:

a') *Día inicial*. Será el siguiente al de la notificación del acto objeto de recurso. Como el acto impugnado ha de afectar a los derechos o intereses del recurrente, el artículo 79, LPA, exige la notificación personal, por lo que sólo podrá iniciarse el cómputo del plazo a partir de la notificación que contenga los requisitos exigidos en dicho artículo, pues en otro caso no producirá los efectos legales.

b') *Cómputo*. Como se trata de plazo que viene dado por días, sólo se computarán los hábiles, según el artículo 60, párrafo 2, LPA. Como dice la sentencia de 7 de marzo de 1959, el recurso de alzada se entablará en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente al de la notificación del acuerdo que se impugna.

c') *Día final*. Se contará por entero. Será admisible, por tanto, el recurso que se interponga antes de las veinticuatro horas del día en que expire el plazo. Si bien es cierto que los Registros de los Ministerios, donde normalmente debe presentarse el escrito de interposición, no estarán abiertos hasta dicha hora, la LPA habilita el procedimiento para que la presentación tenga lugar hasta dicho momento, al facultar a los interesados para que presenten los escritos en los Centros a que se refiere el artículo 66, interpretado por Orden de 20 de octubre de 1958, entre ellos las Oficinas de Correos.

El plazo no se interrumpe por la interposición de un recurso inadmisibile. Así, la sentencia de 25 de junio de 1960 afirma que «la LPA sólo concede el recurso de reposición como previo a la vía contenciosa—art. 113—, y no siendo, por tanto, preceptivo, es indudable que no es susceptible de interrumpir el plazo legal para la interposición del recurso de alzada, pues esos términos y plazos no pueden quedar al arbitrio de los interesados, ni suplidos con trámites no autorizados por la Ley». No obstante, si la interposición de un recurso inadmisibile se debe a la errónea indicación de la notificación, no puede perjudicar al interesado (sentencia de 22 de junio de 1960). Así se establece en sentencia de 13 de enero de 1961 (ponente: CORDERO TORRES), al aplicar la doctrina de la

buena fe a las relaciones administrativas, y decir que se «ha de rechazar como contraria a la Ley, e inaceptable la consecuencia de que el extravío ocasionado directamente a un administrado por un órgano administrativo puede perjudicar exclusivamente a aquél, sirviendo, por el contrario, para consolidar la validez del correspondiente acto administrativo».

c) *Forma*. El escrito de interposición del recurso, y cuantos otros presenten los interesados, deberán extenderse en el papel timbrado correspondiente.

B) *Procedimiento*.

1. *Iniciación: Escrito de interposición del recurso*.

El procedimiento se inicia con la presentación del escrito de interposición del recurso, que deberá reunir los requisitos siguientes:

a) Respecto de los sujetos, dirigirse al órgano competente para su decisión—Dirección General de Sanidad—(artículo 114, párrafo 1, LPA) y deducirse por las personas con capacidad y legitimación activa para interponer el recurso.

b) Se expresará el acto objeto de impugnación, los motivos que constituyen el fundamento del recurso y la petición concreta que se deduzca.

c) Deberá extenderse en el papel timbrado correspondiente.

2. *Tramitación*.

a) *Informes*. Según el artículo 84, LPA, el órgano competente para decidir podrá recabar los informes que juzgue absolutamente necesarios, aunque no sean preceptivos. Entre los informes que deben solicitarse está el del órgano que dictó el acto objeto del recurso. Así se desprende del artículo 123, párrafo 2, LPA, al decir que si el recurso se hubiese presentado ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al superior, junto al expe-

ciente y con su informe, en el plazo de diez días. Luego si el recurso se presenta directamente ante el órgano competente para su decisión, deberá dar traslado del escrito de interposición al órgano inferior para que éste remita expediente e informe en el plazo señalado.

b) *Audiencia y vista.* El artículo 117, LPA, dispone que únicamente se concederá tal trámite, tal y como se regula en el artículo 91, «cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario». Y añade: «El escrito de recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documento nuevo a los efectos de este artículo», ni «la que el interesado pudo aportar al expediente antes de recaer resolución».

Tal precepto requiere una aclaración: que si puede entenderse en su tenor literal cuando en el expediente originario hay un solo interesado—el recurrente—no puede interpretarse así cuando existen, al lado del recurrente, otros interesados. Pues en este caso el escrito de recurso es documento nuevo para ellos, por lo que procede la audiencia y vista, a fin de que los mismos puedan alegar cuanto estimen oportuno para defender sus derechos frente a las alegaciones del recurrente. En otro caso, podría darse el contrasentido de que la Administración, al resolver el recurso en sentido estimatorio, anulara un acto—el impugnado—del que podrían derivar derechos o intereses legítimos a favor de un tercero sin oír a éste. Ello supondría la indefensión más absoluta. Y así la ha interpretado el Tribunal Supremo. Por ejemplo, en sentencia de 11 de febrero de 1959 (de la que fué ponente CORDERO TORRES), se dice: «La Administración debe, en trámite de alzada, oír a la Sociedad que tenía la condición de interesada, que, al no poder formular en tiempo y forma sus alegaciones sobre la Orden que luego ha impugnado en vía contenciosa, sufrió menoscabo esencial e insubsanado en su derecho de defensa». En el mismo sentido la sentencia de 15 de junio de 1960, dice que «es doctrina jurisprudencial de esta jurisdicción la de: que cuando se interpusiere el recurso de alzada y se aportaren durante su sustanciación y sin la intervención ni el conocimiento de los interesados a quienes afectaren nuevos elementos probatorios, no propuestos en

su tramitación anterior y de importancia para su decisión, deben ser estos interesados oídos».

Refiriéndose al procedimiento en materia de farmacias, en sentencia de 25 de noviembre de 1958 se sienta la siguiente doctrina: «Dictada una resolución autorizando el establecimiento de una farmacia a la señorita M. de M. se apeló por otros farmacéuticos, los señores C. y C., y en la tramitación del recurso se prescindió de la intervención de la apelada, a la que no se dió vista del expediente, lo que, al fin y al cabo, reconocen tanto el Fiscal como el coadyuvante; si bien alegan que se podía prescindir del trámite de audiencia por estar en el caso de excepción del artículo 91, lo que no es así, porque ese artículo autoriza para prescindir del trámite cuando sólo se tienen en cuenta los documentos o hechos aportados por el propio interesado, no por otra persona que tenga intereses contrarios a él, que es lo que ocurrió en el caso discutido, y como esa falta de audiencia produce indefensión, es procedente acordar la anulación de la Orden impugnada, retrotrayendo el expediente al momento procesal oportuno para que se le otorgue a la demandante el trámite de audiencia previsto». Sin embargo, la doctrina contraria se sienta en la sentencia de 6 de junio de 1960.

3. *Terminación.*

a) *Terminación normal.* El procedimiento en que se tramita el recurso terminará con la resolución de la Dirección General de Sanidad.

b) *Silencio administrativo.* En el supuesto de que no se notifique resolución expresa, no se aplica la norma general que sobre silencio administrativo se contiene en el artículo 94, sino la especial del artículo 125, párrafo 1, LPA, según la cual se entenderá desestimado el recurso, sin necesidad de denuncia de la mora, cuando transcurran tres meses desde la interposición sin que se notifique su resolución.

c) *Terminación anormal.* Aparte de por la resolución, el procedimiento podrá terminar por desistimiento, renuncia y caducidad, de conformidad a los artículos 96 a 99, LPA.

C) *Efectos.*

1. *Efectos de la interposición.* No se aplica la regla general del artículo 116, LPA, sino que, según el Decreto 1.957, la interposición del recurso produce efectos suspensivos (art. 2.º, apartado 6).

2. *De la decisión.* Al ser resuelto el recurso por acuerdo de la Dirección General de Sanidad, no agota la vía administrativa. Contra el acto de la referida Dirección General es admisible recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación.

III. RECURSO DE ALZADA ANTE EL MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN.

A) *Requisitos.*

1. *Subjetivos.* Es competente para conocer del recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Sanidad, el Ministerio de la Gobernación (art. 2.º, apartado 4, Decreto 1.957). Respecto de la legitimación, se aplican las reglas señaladas al referirnos al recurso de alzada ante la Dirección General de Sanidad.

2. *Objetivos y de la actividad.* El acto objeto de recurso es el dictado por la Dirección General de Sanidad, aplicándose en lo demás las reglas señaladas al estudiar el recurso de alzada ante la misma.

B) *Procedimiento.*

Se aplican, asimismo, las reglas señaladas.

C) *Efectos.*

1. *De la interposición.* Como el recurso de alzada ante la Dirección General de Sanidad, produce efectos suspensivos (art. 2.º, apartado 6, Decreto 1.957).

2. *De la decisión.* Como emana del Ministro de la Gobernación, en principio pone fin a la vía administrativa, según el artículo 36, apartado 2, LRJ). Por tanto, frente a dicho acto es admisible el «recurso contencioso-administrativo», según el artículo 37, párrafo 1, LJ.

SECCIÓN TERCERA

RECURSO DE REPOSICION

I. NOCIONES GENERALES.

1. El acto del Ministerio de la Gobernación, resolviendo el recurso de alzada interpuesto ante el mismo, es susceptible de impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de interponer recurso de reposición previo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53, apartado a), LJ. En este sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 5 de mayo de 1959 afirma que si la resolución reclamada recayó, decidiéndolo, en recurso de alzada, se halla exceptuado por el apartado a) del artículo 53, LJ, del requisito previo de reposición. La misma doctrina se consagra en las sentencias de 25 de abril, 18 de junio y 28 de octubre de 1959 y 16 de febrero y 11 de abril de 1960.

2. Ahora bien, el artículo 126, LPA, dispuso que en los casos enumerados en el artículo 53, LJ, cabría interponer el recurso de reposición con carácter potestativo. Por tanto, desde la entrada en vigor de la expresada Ley es admisible el recurso de reposición contra los actos del Ministerio de la Gobernación, dictados al resolver los recursos de alzada interpuestos contra los de la Dirección General de Sanidad en materia de farmacias, si bien dicho recurso de reposición tendrá carácter potestativo (8).

3. Dicho recurso de reposición viene regulado en el artículo 126, LPA, en relación con lo dispuesto en los artículos 52 y 54, LJ.

(8) Sobre el régimen del recurso de reposición en general, cfr GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, cit., págs. 149-175.

II. REQUISITOS.

A) *Subjetivos.*

1. *Organo administrativo.* Es competente para conocer del recurso el mismo órgano que dictó el acto recurrido (art. 126, párrafo 1, LPA). Al recurrirse contra un acto del Ministerio de la Gobernación será el propio Ministerio el órgano competente para decidir el recurso.

2. *Recurrente.* Se aplican las reglas expuestas sobre recurso de alzada.

B) *Objetivos.*

1. *Acto impugnabile.* El acto objeto de recurso es el del Ministerio de la Gobernación, por el que se resolvió el recurso de alzada interpuesto contra el de la Dirección General de Sanidad.

2. *Fundamento.* El recurso podrá fundarse en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 115, párrafo 1, LPA).

C) *De la actividad.*

El único que ofrece especialidad respecto del recurso de alzada es el del plazo. Según el artículo 52, párrafo 2, LJ, se interpondrá en el plazo de un mes, a contar de la notificación del acto objeto de recurso. En orden al cómputo del plazo, se estará a lo dispuesto en el artículo 60, párrafo 2, LPA; por tanto, el plazo se computará de fecha a fecha (sentencia de 9 de abril de 1960).

III. PROCEDIMIENTO.

A) *Iniciación.*

El procedimiento se inicia por el escrito de interposición del recurso, que deberá contener los requisitos a que se refiere el artículo 114, LPA, ya estudiados al referirnos al recurso de alzada.

B) *Terminación.*

Al interponerse ante el mismo órgano que dictó el acto recurrido, la tramitación es sencillísima. Aparte del escrito de interposición, no se dará otro trámite que el de audiencia y vista en los casos especialísimos en que sea preceptiva. Y terminará por la resolución del propio Ministerio.

Si no se dictare resolución expresa, se aplica, sobre silencio administrativo, el artículo 54, LJ, según el cual se entenderá desestimado el recurso por el transcurso de un mes desde la interposición sin que se notifique su resolución.

IV. EFECTOS.

A) *De la interposición.*

1. *Efectos respecto de las potestades del órgano.* Aun cuando se trata de un recurso potestativo, su interposición produce los efectos de todo recurso administrativo: confiere al órgano competente para su decisión la facultad de volver sobre el acto impugnado y, en su caso, pronunciarse acerca de su nulidad, anulación o reforma (9).

2. *Efectos respecto del acto objeto de recurso.* El artículo 2.º, apartado 6, Decreto 1.957, señala que los actos dictados en el procedimiento sobre autorización para instalar una farmacia no serán ejecutivos hasta que se agote la vía administrativa. El problema que se plantea es el de si la interposición del recurso de reposición potestativo suspende la ejecutoriedad del acto dictado por el Ministerio de la Gobernación. Así lo ha entendido el expresado Ministerio, al considerar que, al ser admisible un recurso de reposición—aunque sea con carácter potestativo—, no se ha agotado la vía administrativa hasta que no se resuelva dicho recurso, ya que el artículo 36, apartado 2, LRJ, dispone que pondrán fin a la vía administrativa las resoluciones de los Ministros, «salvo cuando proceda recurso de reposición», y es evidente que, siquiera

(9) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, obra citada en nota anterior, págs. 109-110.

con carácter potestativo, en tales casos procede el recurso de reposición.

3. *Efectos respecto de la impugnación contencioso-administrativa.* La interposición del recurso de reposición con carácter potestativo interrumpe el plazo para interponer el «contencioso-administrativo». Según el artículo 126, párrafo 2, LPA, de interponerse recurso de reposición potestativo, «el plazo para el contencioso-administrativo empezará a contarse en la forma prevista en el artículo 58, párrafos 1 y 2, de la Ley de dicha jurisdicción»; es decir, no empezará a correr el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo hasta que se resuelva el recurso de reposición o hasta que transcurra el plazo de un mes desde su interposición, momento en que se entiende denegado en aplicación de la doctrina del silencio administrativo. En este sentido, sentencia de 5 de octubre de 1960.

B) *De la decisión.*

Resuelto el recurso de reposición, podrá acudirse a la vía contencioso-administrativa.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,

Registrador de la Propiedad,
Catedrático de Derecho Administrativo.

La certificación administrativa de dominio y la reanudación del tracto sucesivo interrumpido

I.—PLANTEAMIENTO.

1. *Bases fundamentales.*

Antes de entrar en materia vamos a exponer unas ideas generales que se considerarán como inspiradoras de la postura mantenida. Por la amplitud de aquéllas, forzosamente nos habremos de limitar a su simple enunciado, sin descender a detalles ni menos aún a consideraciones críticas o polémicas.

En primer término, cabe proclamar la conveniencia, y más aún la necesidad de que la legislación administrativa acomode sus dictados a los principios hipotecarios consagrados en el vigente régimen positivo patrio. Con ello se alude, en primer lugar, a la inconveniencia que supone el que por preceptos reglamentarios o meramente administrativos se intente derogar la regulación sustantiva hipotecaria objeto de Ley formal. (A tal efecto pueden recordarse las críticas sobre su legalidad que suscitó el Real Decreto de 20 de mayo de 1880 sobre cancelaciones automáticas de hipotecas. También puede apreciarse cómo la creación de medios

especiales para inmatricular los bienes del Estado tuvo lugar por vía administrativa). En segundo lugar, el hecho de que la legislación hipotecaria pueda considerarse materialmente como una parte del Código Civil, dado el carácter indiscutido de primer cuerpo legal que éste ostenta, aconseja suma prudencia cuando en Leyes administrativas se aborden temas relacionados con el Registro de la Propiedad y su régimen. No se trata aquí de discutir la supremacía entre el Derecho público y el privado. Por el contrario, interesa subrayar la perfecta armonía que debe existir entre ambos, como faceta de un todo unitario superior. (Cuando esta armonía es difícil, como ocurre en algunos problemas concretos planteados por la legislación de montes, surgen los litigios y la incomodidad, de los que por cierto hay reflejo en algún Decreto de competencia reciente).

Otro principio que cabe asentar firmemente es el de la colaboración que el Registro de la Propiedad presta hoy día a las funciones administrativas. No va a decirse hasta qué punto el Derecho hipotecario se ha convertido en valioso instrumento del Derecho público; ni citarse las muy variadas facetas, agraria, de defensa nacional, etc., etc., en que ello ocurre. Basta con acusar el hecho del que luego se hacen eco todos los actuales hipotecaristas.

Finalmente, no puede silenciarse lo beneficioso de la inscripción que en el Registro de la Propiedad hacen de sus bienes las Corporaciones públicas. Es, ante todo, prescripción legal que se impone al Estado, en sus distintos ramos, y a las Corporaciones Locales, en forma tal, que no pide sino su cumplimiento. Pero es que, además, esa exigencia positiva viene abonada por las ventajosas consecuencias que reporta su cumplimiento. Estos efectos favorables justifican los Reales Decretos de 6 de noviembre de 1863 y 11 de noviembre de 1864, y a ellos se remite la Real Orden de 2 de enero de 1865, cuando encarga a los Ayuntamientos que miran con preferente atención ese servicio, «por cuyo medio se evitará se susciten en lo sucesivo las frecuentes y enojosas cuestiones que suelen ocurrir entre las Corporaciones y particulares».

2. *Dificultad del desarrollo.*

Ella obedece, en primer lugar, a la existencia en nuestro Derecho de medios supletorios de inmatriculación propios de los particulares, junto a otros propios de los entes públicos; procedimientos nunca iguales, pero nunca radicalmente distintos. Es más, en algún caso se llegan a entrecruzar, como ocurrió con las informaciones administrativas de posesión, introducidas por Real Decreto de 25 de octubre de 1867, recogidas en el artículo 400 de la Ley Hipotecaria de 1869, y que derogó la Ley de 17 de julio de 1877.

Con referencia a los particulares, y aparte las informaciones administrativas antes citadas, la Ley de 1861 estableció la información posesoria y la de 1869 la información de dominio. Ambos medios coexistieron hasta la Ley de Reforma de 1944, que suprimió el primero de ellos. Esta concurrencia prolongada hará más penosas las referencias que a uno u otro procedimiento ocurran.

Por lo que respecta al Estado, la fórmula es única: la certificación administrativa. Ahora bien, la que se introdujo en 1864 fué de posesión, y con tal carácter perduró hasta la Ley de 1944, que la convirtió en certificación de dominio. La analogía entre ambas modalidades es, con todo, perfecta.

II.—TESIS.

1. *Doble función del expediente de dominio.*

A) *Enumeración,*

Prescindiendo de la constatación de excesos de cabida, esas funciones son la inmatriculadora y la de reanudar el tracto. En ambos casos son materias firmemente asentadas y sobre las que no vamos a volver.

Ahora bien, en torno a la reanudación del tracto, se suscitó la que denomina ROCA SASTRE «falsa teoría de las inscripciones contradictorias y de su cancelación». Hela aquí aludida con sus

mismas palabras: «el expediente de dominio de reanudación de tracto presupone necesariamente la existencia de asientos contradictorios, puesto que la finca de que se trata ya está inmatriculada, o sea que ya figura inscrita a nombre de persona distinta del que promueve el expediente. Precisamente por ello se pretende registrar el tracto registral interrumpido respecto del dominio de la finca inmatriculada. Pero ello se logra con cancelar la última inscripción de dominio existente...; aquí únicamente se quiere conseguir poner la titularidad dominical inscrita a nombre del nuevo titular, según el expediente de dominio, sin cancelar nada...»

Por lo demás, al citado autor nos remitimos para tan interesante punto, que sigue desarrollando magistralmente. Ahora bien, la circunstancia de que esta función reanudadora del tracto se haya prestado a equívocos, es lo que nos induce a dedicarle alguna atención, haciendo gracia, en cambio, de lo relativo a la misión de pura inmatriculación. Por otra parte, y aunque sea interrumpiendo el hilo que llevábamos del expediente de dominio, haremos previamente algunas consideraciones breves sobre dicha función reanudadora, pero referidas a las informaciones posesorias.

B) Informaciones posesorias.

Las mismas tuvieron virtualidad para reanudar el tracto desde su creación. El artículo 402 de la Ley Hipotecaria de 1869 prescribía que antes de inscribir tales informaciones los Registradores examinarán el registro para averiguar si existía algún asiento relativo al mismo inmueble que pudiera quedar total o parcialmente cancelado por consecuencia de la misma inscripción. Si tal asiento era hallado, se suspendía la inscripción de la información, pudiendo tomarse anotación preventiva, y se remitía copia de dicho asiento al Juez o Tribunal que hubiera aprobado el expediente. «El Juez o Tribunal, en su vista, comunicará el expediente a la persona que por dicho asiento pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y con su audiencia confirmará o revocará el auto de aprobación, dando conocimiento, en todo caso de la providencia al Registrador; a fin de que en su vista lleve a efecto la inscrip-

ción o cancele la anotación preventiva» (que se hubiera tomado de la información).

El Reglamento Hipotecario de 1870 expresaba, en su artículo 332, que cuando una información posesoria estuviera en contradicción con otra posesión ya inscrita, ello no sería óbice para inscribir la primera. Este precepto se declaró derogado por la Real Orden de 28 de agosto de 1883. Según ésta, cuando se solicitase la inscripción de posesión de finca o derecho que ya aparecieran en el Registro como poseídos por otros, los Registradores deberán atenerse a las prescripciones del artículo 402 de la Ley Hipotecaria que ya hemos citado. Por tanto, sólo queda éste como punto de referencia fundamental en las consideraciones que haremos.

Citamos en primer lugar la Resolución de 4 de septiembre de 1880. En ella se presentaba una información de una finca cuya posesión ya constaba inscrita. En el caso, las titularidades no eran contradictorias, porque el promotor del expediente era heredero de la titular tabular. La duda, por tanto, consistía en si procedía inscribir la información no obstante aparecer ya tabulada la finca en el Registro. La resuelve la Dirección así: «Al autorizar el artículo 397 de la Ley al propietario que careciere de títulos de dominio escrito para que pueda inscribir su derecho, justificando previamente su posesión en expediente instruido con arreglo a lo prevenido en el artículo 398, no establece limitación alguna relativa a fincas que consten ya inscritas, bien sea por información posesoria, bien por título de dominio». Como se ve, la función reanudadora del tracto no puede concebirse con más amplitud.

En la consulta de 13 de junio de 1881 el expediente posesorio se refería a finca inscrita en dominio. Aquí la Dirección declaró esta inscripción como contradictoria de la titularidad posesoria, pese a que éstos eran los herederos del propietario tabular, porque esta cualidad de sucesores ni se había acreditado ni era susceptible de acreditarse en una información posesoria. Para inscribir el expediente se anotaría preventivamente éste por suspensión y luego se remitiría copia del asiento contradictorio al juez competente, a los efectos del artículo 402.

Ante un asiento de dominio plenamente contradictorio, la Resolución de 6 de junio de 1896 vuelve a marcar al Registrador el camino del artículo 402 de la Ley, que deja, en última instancia,

en manos del juez la confirmación o revocación de la información.

La virtualidad reanudadora del tracto de las informaciones posesorias cesó con la Ley de reforma de 1909, a partir de la cual, cuando la finca estuviera inscrita, no había lugar a la información. Los artículos 193 y 195 de la Ley reformadora, así lo consagraron.

C) *El expediente de dominio con fines reanudadores.*

La Ley de 1861 no recogía la figura. La de 1869 le dedicaba el artículo 404 de una gran sobriedad. Al llegar 1909 la información posesoria perdió su eficacia reanudadora, pues no procedía si la finca estaba inscrita; pero en este caso el interesado podría justificar su dominio acudiendo al expediente de dominio. Con ello este expediente se instaura a efectos de reanudación por vía de rebote; y el Reglamento de 1915 regularía los trámites a seguir en tal caso.

El que la finalidad reanudadora sólo la cumplieron los expedientes de dominio a partir de la Ley de 1909, y más concretamente desde el texto reglamentario de 1915, es una verdad admitida sin discusión en la doctrina. Así lo recoge ROCA SASTRE al tratar de esa institución en dos lugares distintos de su obra capital. Y en ambos se cita como apoyo la Resolución de 11 de octubre de 1915.

Puede ser de interés recoger los argumentos de aquella Resolución: 1.º Por el lugar que ocupó en la Ley de 1869, y por ser facultad concedida al propietario que careciese de título escrito de dominio, el expediente de dominio era inaplicable a propiedad ya inscrita en el Registro; por ello la Ley no previó el caso de asientos contradictorios, ni ordenó citar a los titulares, ni dió fuerza cancelatoria al auto aprobatorio del expediente. 2.º Las faltas de garantías del expediente de dominio. 3.º El anteproyecto de Ley de 11 de abril de 1864 hablaba del expediente para «traer los bienes al Registro». 4.º El Real Decreto de 10 de febrero de 1875 cita al expediente como utilizable por el propietario que careciese de título escrito.

A continuación intentamos someter a revisión dicha postura.

tradicional a base de algunas consideraciones. No abundan entre éstas las de tipo positivo y jurisprudencial; y ello por una doble razón: primero, por el poco uso que en general tuvo el expediente de dominio (basta leer la exposición de motivos del Real Decreto de febrero de 1875 para convencerse de ello); segundo, porque las preferencias para reanudar el tracto se orientaron en general hacia la información posesoria.

Desde luego, al tercer argumento de los empleados por la Resolución de 1915 no puede concederse mucha fuerza; no sólo por la falta de sanción del texto a que alude, sino también porque la frase «traer al Registro» es de la suficiente vaguedad, y en todo caso no excluyente de otra finalidad. La razón de sistemática a que se refiere el primer argumento tampoco ofrece mayor consistencia, pues ya sabemos que la reanudación del tracto no recibe un encaje correcto dentro de la Ley hasta el texto de 1946.

Aunque no se refiere al expediente de dominio, sino al posesorio, es interesante recordar la Resolución ya citada de 4 de septiembre de 1880: «... al autorizar la Ley la información de posesión al propietario que careciese de títulos de dominio escrito..., no establece limitación alguna relativa a fincas que consten ya inscritas». Creemos que la eficacia reanudatoria es aplicable también al expediente de dominio de la Ley de 1869, puesto que su artículo 404 que lo introduce tampoco establece limitación alguna.

Dicha Resolución de 1880 cita en los Vistos el Real Decreto de 10 de febrero de 1875. Este Real Decreto es enunciado en la Resolución de 11 de octubre de 1915, que venimos comentando, como inspirado en un criterio opuesto a admitir el expediente de dominio a efectos de reanudar el tracto. Pues bien, en dicho Real Decreto era lo discutido el si a través de informaciones posesorias se podían inscribir posesiones adquiridas después de 1 de enero de 1863. La solución es afirmativa; e igual se sienta para los expedientes de dominio: «Podrán inscribir el dominio adquirido, después de aquella fecha los propietarios que carezcan de título escrito y justifiquen su derecho con arreglo al artículo 404 de la Ley». Por tanto, si algo se desprende de lo expuesto, es un ambiente favorable a la inscripción en todo caso, aun estando inscrita la finca. Y ello: 1.º, por el carácter absoluto del precepto, que

no distingue (la facultad que el artículo 404 concede..., comprende a todos los propietarios en general, cualquiera que sea la fecha de su adquisición..., se lee en la Exposición de motivos del Real Decreto); 2.º, porque en todo el Real Decreto se observa un perfecto paralelismo entre el régimen de las informaciones posesorias y el de las de dominio.

Se dice, además, que la nueva finalidad de los expedientes se introduce con la Ley de Reforma de 1909 de una forma incidental y de rebote. Ello ya resulta raro. Y más extraño aún que una nueva función se atribuya a una institución sin dedicar la mínima atención a ese cambio. Más bien se compadece esa actitud con que esa virtualidad reanudadora ya estuviera insita en la información de dominio, aun cuando por causa de su rara utilización práctica no fuera lo suficientemente observada. Es muy significativo que la Ley de 1869 y la de 1909, que debían marcar dos jalones bien separados, regulen el expediente de una forma plenamente coincidente. Como antes dijimos, es lástima no haber encontrado más jurisprudencia de aquel tiempo.

Pero creemos poder citar una disposición bastante anterior a 1909, en la que se advierte la amplitud de funciones que el legislador atribuía al expediente de dominio. Nos referimos concretamente al Real Decreto de 20 de mayo de 1878. En su artículo 4.º se previó el caso de que el promotor de una información posesoria no pudiese presentar los documentos fiscales de amillaramiento; o la situación de que de estos documentos resultase claramente que quien pagaba la contribución a título de dueño era una persona distinta de la que pretendía justificar la posesión. Pues bien; en tal caso, el artículo 4.º ordenaba al Registrador denegar la inscripción «sin perjuicio de que el interesado haga uso, si lo estima oportuno, del derecho consignado en el art. 404 de la Ley Hipotecaria para acreditar la adquisición del dominio». Parece que el legislador está adelantando la fórmula que luego utilizaría en el artículo 393 de la Ley de 1909 para poner de relieve la finalidad reanudadora, tan olvidada, que siempre había tenido el expediente de dominio. Y desde luego en dicho Real Decreto de 1878 se habla de esta institución como de algo completo, sin limitación alguna, y más amplia que la información posesoria cuyas lagunas está llamada a completar.

Esta es la doctrina que con buena lógica recoge la Resolución de 24 de febrero de 1915 (anterior, por tanto al Reglamento Hipotecario de ese mismo año). «Aun concediendo fuerza cancelatoria a los preceptos del artículo 400 de la vigente Ley sobre el expediente de dominio, al efecto de anular los obstáculos que a la inscripción de éste presenten los asientos vigentes, no es lícito prescindir de la citación de los interesados según el Registro, consecuencia ineludible del principio de legitimación». La Resolución proclama que dicha citación o audiencia se deduce de los trámites prevenidos para la información posesoria, en la que aquella citación es pieza fundamental. Pues bien, esto que se dice jugando con la Ley de 1909 era también perfectamente aplicable a la de 1869. Bastaba una mera remisión al procedimiento del expediente posesorio para solventar toda la dificultad que suponía dar eficacia cancelatoria a la información de dominio.

Incluso había una base legal para tal citación que exigía la jurisprudencia registral. El artículo 333 del Reglamento de 1870 establecía que en los expedientes de dominio o de posesión, que se hubieran tramitado conforme a los artículos 397 y siguientes de la Ley, la inscripción se acomodará a las reglas que para las inscripciones en general determinan la Ley y el Reglamento, «y además expresará las circunstancias particulares que convengan a cada caso, según resulten de los documentos presentados al Registro para obtener la inscripción». Aquí vemos cómo se siguen tratando conjuntamente las informaciones de dominio y las posesorias; y el Reglamento no podía dar más facilidades para hacer constar en el Registro las citaciones o audiencias que hubiera sido preciso practicar.

De la última objeción que se hacía al expediente de dominio de efectos cancelatorios, su falta de garantías formales, algo se debatirá más adelante. Por de pronto baste decir que, aunque con un alcance más limitado, igual efecto reanudatorio tuvieron las informaciones posesorias que suponían una menor seguridad procesal. Si la garantía estaba en la audiencia del titular perjudicado ésta era la que había que asegurar; pretender lograr la defensa del tercero negando los efectos cancelatorios era tanto como matar al enfermo para librarlo de la enfermedad. Por último, si el alcance cancelatorio de inscripciones contradictorias se explica en

los términos brillantemente expuestos por ROCA SASTRE, toda objeción a que el expediente de dominio sirva para reanudar el tracto, incluso desde su creación en 1869, pierde su fuerza. Si en este trabajo se ha intentado aportar una serie de pruebas a aquella función reanudatoria es precisamente en la creencia de que en el último tercio del pasado siglo aún no había arraigado esa «falsa teoría» al respecto de que trataba Roca.

Pero sea cual fuere la opinión que se sustente para antes de 1909, después de esta fecha el expediente de dominio aparece como claro instrumento para reanudar el tracto. Máximamente cuando el Reglamento de 1915 regula la audiencia necesaria para cancelar los asientos contrarios.

Con todo la jurisprudencia siguió dubitativa. Las Resoluciones de 30 de septiembre de 1925 y 26 de marzo de 1923 parecen exigir el juicio declarativo para cancelar las inscripciones ya existentes. La de 1 de diciembre de 1921 se muestra escéptica respecto de la eficacia cancelatoria, con base en la sentencia de 21 de marzo de 1910. La Resolución de 24 de diciembre de 1917 establece que el expediente para reanudar el tracto no es susceptible de anotación preventiva; decisión que quizá fué criticada por MORELL en base a que para los casos de expediente posesorio la Ley de 1869 admitía la anotación.

Por contra, la Resolución de 24 de febrero de 1917 se limita a exigir la citación y audiencia del titular registral. Idéntica prescripción contiene la de 16 de noviembre de 1923; y aun en ésta se contiene el pronunciamiento de que, inscrito el expediente de dominio, la inscripción registral contradictoria queda sin vida y eficacia en el orden hipotecario, por lo que el Registrador debe cancelarla sin necesidad de providencia judicial al respecto.

El que esta posición permisiva, pese a sus riesgos, era la acertada lo prueba el sentido de la reforma de los Reales Decretos-Leyes de 13 de junio y 19 de julio de 1927, que sustituyeron en algún caso la audiencia al titular registral por la mera citación. Y aún es más significativo el hecho de que por Orden de 21 de noviembre de 1927 se diese a la reforma carácter retroactivo. En el mismo sentido cabe citar la modificación introducida por la Ley de 1944, con la cual la audiencia al titular registral puede ser suplida con carácter de generalidad por una triple citación.

Una postura restrictiva parece presidir toda la Resolución de 15 de enero de 1952. Pero las especiales circunstancias que en ella concurrieron justifica sobradamente la circunspección con que en tal ocasión se rodeó el alcance cancelatorio del expediente de dominio. Es, en cambio, perfectamente progresiva la doctrina contenida en la Resolución de 25 de mayo de 1948: «... la protección dispensada por nuestra legislación inmobiliaria a quienes pudieron inscribir sus títulos y dejaron de hacerlo durante mucho tiempo no ha de servir para que tal desidia impida, a quienes demostraron en el procedimiento adecuado y a juicio de la autoridad competente ser dueños de la finca, proveerse de la necesaria titulación, a fin de reanudar el tracto sucesivo y concordar los libros del Registro con la realidad jurídica; y ello sin que el auto dictado (cuyos fundamentos no puede revisar el Registrador, pues con ello invadiría atribuciones judiciales) obste para que se pueda incoar juicio contradictorio por cualquier persona que estime lesionado su derecho, conforme a lo preceptuado en el artículo 284 del Reglamento Hipotecario»

2. Analogía entre el expediente y la certificación de dominio.

A) Expediente posesorio y certificación de posesión.

Acerca de su similitud no puede caber la menor duda. Basta consultar la E. de M. del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 que introdujo la segunda. En ella se decía que la certificación administrativa viene a cumplir las funciones de las informaciones de posesión que en «casos análogos» se ofrecían a los particulares. Pero es más tajante el texto al decir «este mismo remedio (la información) puede servir al Estado...». A su vez el artículo 6.º del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 decía: «Cuando no exista título escrito de propiedad...». Véase la identidad con lo prescrito para los expedientes posesorios: «El propietario que careciere de título de dominio escrito...». La cuestión entendemos es patente.

El Real Decreto de 25 de octubre de 1867, que introdujo las informaciones administrativas de posesión (mediante los docu-

mentos de los amillaramientos) y el Decreto de 10 de febrero de 1875 exponen cómo aquellas informaciones son equivalentes a las certificaciones administrativas de posesión del Real Decreto de 1864. Pero, aparte la poca vigencia que tuvieron las primeras, debe buscarse para las segundas la verdadera analogía con los expedientes judiciales de posesión, que era el modelo existente ya en la realidad cuando se dictó el Real Decreto de 1864.

También sorprende una afirmación de la Real Orden de 20 de diciembre de 1867, dictada por el Ministerio de Fomento con informe de la Sección de Estado y Justicia del Consejo de Estado. Se exponía que, aparte la certificación administrativa de posesión, cuando el Estado carezca de título podrá acudir como los particulares al expediente de posesión judicial o incluso a la información administrativa de los amillaramientos. Tal afirmación, por lo aislada que resulta y por contradecir todo el sistema del Real Decreto de 1864 de superior rango, no puede, sin embargo, ser admitida en buena doctrina.

B) *Confirmación fiscal.*

Se sitúa en cambio en la línea ortodoxa una Real Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de junio de 1917. Se trataba de la tributación por Derechos reales de las certificaciones de posesión expedidas por las autoridades eclesiásticas. La Real Orden aclara: ninguna diferencia substancial cabe establecer entre las certificaciones administrativas y las informaciones de posesión, dado que idéntica es la finalidad que persiguen (obtener la inscripción de la posesión en el Registro de la Propiedad) y a ellas acuden las corporaciones en el mismo caso (para subsanar la falta de la titulación ordinaria por la supletoria que aquéllas representan). Para confirmar esa identidad se alude al Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 en su E. de M. En suma, la Real Orden determina que, puesto que las certificaciones están equiparadas a las informaciones, tributen en Derechos reales por este último concepto.

Aún se promovió una aclaración por el Cardenal Primado sobre el carácter de las certificaciones que los diocesanos librasen con relación a sus inventarios. Pero el Ministerio de Hacienda, con-

forme a lo informado por la Dirección General de lo Contencioso y por el Consejo de Estado, declaró que tales certificaciones quedaban englobadas en el Real Decreto de 1864 y, por tanto, tributarían por el concepto de información, sin que hubiera méritos para derogar la Real Orden de 1917 antes citada (Real Orden de 25 de noviembre de 1919). La cuestión estaba, por tanto, zanjada.

C) *La situación actual.*

Los argumentos hasta aquí citados son válidos trasladados al tema de las analogías entre el expediente de dominio y la certificación administrativa de propiedad. Siendo idéntico su carácter de titulación supletoria y su finalidad de obtener una inscripción de dominio cabe afirmar su substancial identidad. Si alguna objeción pudiera hacerse ésta sería, *de lege ferenda*, a la Ley de Reforma de 1944 por haber atribuido a la autoridad administrativa facultades de decidir en algún modo sobre cuestiones de dominio. Pero partiendo de esa base legal la analogía no puede desconocerse.

3. *Doble virtualidad de la certificación de dominio.*

A) *Admisión.*

Si es clara la doble función, inmatriculadora y reanudadora, del expediente de dominio y patente la analogía entre éste y la certificación administrativa, surge clara también la consecuencia de otorgar aquel doble alcance a esta última figura. Como no podía ser menos es pacífica la cuestión en cuanto a la función intabuladora y más agria en cuanto a la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Quizá bajo las dificultades para admitir esta segunda eficacia esté también latente aquella falsa teoría sobre cancelación de asientos contradictorios que denunciaba Roca Sastre.

Para la posición negativa, basada en los artículos 20, 38 y 82 de la Ley Hipotecaria, y para su refutación al autor citado nos remitimos. Quizá la barrera más sólida de las alegadas sea el artículo 82 y sabido es las numerosas excepciones que comporta, entre las que figuran las cancelaciones dimanadas de expedientes de

dominio, de actas de notoriedad (y de certificaciones de dominio, añadimos nosotros). En definitiva, el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria pone los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y no en concreto al amparo del juicio declarativo; esto último podría suponer, llevado a su exageración, una petrificación de la vida tabular no deseable.

B) *Garantías.*

Llegando ya al tema de las garantías que la certificación administrativa presenta puede citarse el Real Decreto de 25 de octubre de 1867. Según éste dicha certificación ha de ofrecer igual garantía que la información judicial de posesión y constituye uno de los documentos auténticos que la Ley Hipotecaria exige para proceder a la inscripción. Pero la afirmación fundamental la contiene, como es natural, el Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, que introdujo el procedimiento...; tiene la ventajosa diferencia, respecto a las informaciones de posesión, de que, si en éstas los particulares no pueden justificar su posesión sino con el testimonio de personas privadas, el Estado puede acreditar dicho hecho más fácilmente con documentos auténticos; documentos a los que la Ley conceptúa como títulos inscribibles y que hacen innecesaria la información testifical.

Por otro lado, los asientos contradictorios que hubieran de ser cancelados por efecto de la certificación no quedan sin salvaguarda, por cuanto su defensa queda encomendada a los propios titulares y al Juez competente. Así, siquiera sea referido a la información judicial de dominio, podía decir la Resolución de 16 de noviembre de 1923 que no se hacía ofensa al titular registral cuando había sido oído en el expediente «y a mayor abundamiento venido en las dos instancias». Y tras esa intervención judicial aún viene la posterior del Registrador. Es obvio que éste no podrá revisar los fundamentos del auto que rechace la oposición a la certificación y decrete la inscripción de ésta y la cancelación del asiento contradictorio; pero en lo referente al enlace con el titular registral y a su necesaria citación y audiencia sí que se le conceden amplísimas facultades. Y piénsese que si aquel funcionario quisiera precaverse de una cancelación rigurosa de asientos contradictorios

y deniega la inscripción, aún quedan las instancias ante la audiencia territorial y ante la Dirección General, en las que se puede contrastar al máximo la eficacia de la certificación y la oposición del titular inscrito.

III.—CONFIRMACIÓN.

Hasta aquí hemos expuesto la doble virtualidad de los expedientes de dominio y cómo, según nuestro entender, dada la identidad de cometido de éstos y de la certificación administrativa, esta última puede servir no sólo a efectos inmatriculadores, sino también para reanudar el tracto interrumpido. Lo hasta aquí asentado en bases doctrinales intentamos corroborarlo en el campo positivo.

1. *Primera fase.*

Va desde 1863 a 1897. En ella no puede citarse precepto positivo alguno que dé a la certificación de posesión efecto cancelatorio. Tanto en el Real Decreto de 1863 como en el de 1864 se habla reiteradamente de la identidad entre ese procedimiento y la información posesoria, e incluso que dicha certificación y la inscripción normal de dominio son los dos medios únicos y suficientes para que el Estado intabule sus bienes (con la salvedad rara de la Real Orden de 20 de diciembre de 1867 ya vista). A base de esa identidad de funciones con el expediente judicial de posesión podría predicarse fuerza reanudatoria de la certificación posesoria. Pero falta la disposición concreta que lo haga.

El problema, sin embargo, se presentó en la Resolución de 16 de noviembre de 1875. Presentada una certificación de posesión por la Delegación de Hacienda en ella se expresaba que el Estado carecía de título de dominio y que el bien de referencia había sido adquirido en su día por incautación. Consultados los asientos correspondientes el Registrador creyó que la certificación estaba en oposición con aquéllos, puesto que alegándose en el documento que el Estado carecía de título no sólo existía éste, sino que estaba inscrito. Entonces elevó el expediente en consulta a la Di-

rección General. Pero ésta eludió entrar en el fondo del asunto, «porque previamente había que resolver el concepto en que el Estado actúa al vender los bienes raíces de corporaciones civiles..., y esto incumbe al Registrador». Es, en cambio, enormemente significativo que el expresado funcionario diera por sentada la aplicación al caso del artículo 402 de la Ley relativo a las informaciones de posesión. Y no podía ser de otra manera.

2. Segunda fase: aparición.

La Ley de 10 de junio de 1897 admitió la legitimación de la posesión viciosa sobre terrenos públicos por parte de sus cultivadores. El Real Decreto de 25 de junio del propio año dispuso que el procedimiento terminaría expidiéndose una certificación por el Delegado de Hacienda en que constase la adjudicación, y tal certificado serviría de título inscribible en el Registro de la Propiedad. Una Real Orden de igual fecha que el Real Decreto anterior estableció que la certificación se extendería en la forma que determina el artículo 8.º del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864.

Con estos antecedentes llegamos a la Real Orden de 28 de octubre de 1897, emanada del Ministerio de Justicia, que es fundamental en la materia. Se trataba de inscribir las certificaciones dictadas en cumplimiento de la legislación expresada en el párrafo anterior. La Real Orden dice: 1.º Que el artículo 402 de la Ley Hipotecaria establece un procedimiento que permite inscribir las informaciones judiciales de posesión contradictorias de algún asiento de dominio o posesión no cancelado. 2.º Que la Real Orden de 29 de agosto de 1893 hizo extensivo dicho procedimiento a las certificaciones posesorias que expide el Comisario Regio de Consuegra.

Pues bien, ese procedimiento se debía aplicar por analogía a las certificaciones de los Delegados de Hacienda, adjudicando terrenos legitimados cuando las mismas resulten en contradicción con algún asiento no cancelado. Y ello en cuanto que tales certificados eran el término de un expediente administrativo que ofrece tantas garantías como una información judicial de posesión.

La Real Orden dispuso: 1.º Cuando las certificaciones que expidan los Delegados de Hacienda para hacer constar las adjudicaciones hechas por el Estado, con arreglo al Real Decreto de 25 de junio último, estuviesen en contradicción con algún asiento de dominio o posesión no cancelado, los Registradores suspenderán la inscripción solicitada, extenderán anotación preventiva si la solicita el interesado, y remitirán copia del asiento al Delegado de Hacienda que haya expedido la certificación. 2.º Esta autoridad dirigirá comunicación al Juez de Primera Instancia del partido en que radique el inmueble, expresiva de cuanto acerca de éste y su poseedor arroje el expediente administrativo acompañando la copia del asiento remitida por el Registrador. 3.º El Juez de Primera Instancia dará vista de estos antecedentes a la persona que, según dicho asiento, pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y con su audiencia dictará auto confirmando o revocando la adjudicación de posesión, hecho lo que el Juez y el Registrador cumplirán lo demás que ordena el citado artículo 402.

Como se ve, la eficacia reanudadora y cancelatoria de la certificación de posesión no podía quedar más claramente establecida. Se reproduce con levisimas variantes la redacción del artículo 402 de la Ley. Y es más, entre los vistos se cita el artículo 82 de la misma, que era el principal baluarte que se oponía a la admisión.

El ámbito reducido de la Real Orden permitía dudar si era aplicable en general a todas las certificaciones recogidas en el Real Decreto de 1864. Una Resolución de 11 de agosto de 1900 pareció inclinarse por la negativa: «la certificación de posesión no es inscribible, con arreglo a la doctrina de la Ley Hipotecaria, hallándose inscrito el dominio de la finca a nombre de persona distinta, siquiera ésta lo fuese el mismo deudor (de quien la Hacienda traía causa)». Pese al carácter restrictivo de la Resolución (dictada en materia de apremios) es curioso observar la última salvedad (...siquiera ésta...), que denota algo de duda en el criterio negativo del Centro. En todo caso la certificación no era inscribible por contradicciones internas que no son del caso. Que la Real Orden de 1897 sólo se aplicaba al caso concreto que la originó también parecía ser una idea latente en la Real Orden de 21 de julio de 1905; en efecto, en ésta se aludía a casos en que no podía obtenerse la inscripción a nombre del Estado por negativa del

Registrador, fundada en la Ley Hipotecaria (el tan traído artículo 82).

Pero la doctrina amplia era la correcta. Así se deduce de la Resolución de 27 de marzo de 1907. En ella se trataba de una certificación posesoria expedida por la administración de propiedades en la que se alegaba que el Estado se había incautado de las fincas en virtud de las Leyes desamortizadoras. Pues bien, el Registrador remitió copia de los asientos contradictorios al Delegado de Hacienda en cumplimiento de la Real Orden de 28 de octubre de 1897. La Dirección General, por su parte, sentó: 1.º Que procedía suspender la inscripción y dar conocimiento al titular registral conforme al artículo 402 de la Ley y a la doctrina del Centro. 2.º Que era aplicable al caso el párrafo 3.º del citado artículo 402, y por analogía lo prevenido también en la Real Orden de 28 de octubre de 1897. Toda esta doctrina nos parece correcta, con la siguiente salvedad: al caso era aplicable por analogía la Real Orden de 1897, y sólo por analogía de segundo grado el artículo 402 de la Ley. Se entreveía una leve resistencia a aquella Real Orden.

3. Tercera fase: ¿Conservación?

La Ley de Reforma de 1909 privó de fuerza reanudatoria a la información de posesión. Resultaba cuestionable la suerte que habrían de correr las certificaciones administrativas. Es sintomática al respecto una Resolución de 19 de octubre de 1910: «Las variaciones introducidas en el artículo 20 de la Ley (una de las defensas del titular inscrito) no han alterado esencialmente sus disposiciones ni el objeto y fines de éstas; por lo que no puede entenderse que la Ley de 1909 haya dejado sin efecto las disposiciones relativas a inscripción de bienes inmuebles del Estado o adjudicados al mismo, contenidas en el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864...». Entre estas disposiciones que se reputan vigentes bien podía incluirse la Real Orden de 1897.

Pero la duda sube de punto al dictarse el Reglamento de 1915. Este reproduce en lo substancial la Real Orden de 1897, pero en su último párrafo se remite al párrafo 2.º de la regla 2.ª del ar-

tículo 393 de la Ley, que ordenaba no practicar la información si la finca ya estaba inscrita. Realmente existe una honda contradicción entre este añadido y todo el artículo 29 del Reglamento al que se adosó. Piénsese sobre todo lo extraño que resulta que la remisión se haga al párrafo 2.º de la regla citada y no a toda ella. Pues bien, el párrafo 1.º es el que establecía que cuando la finca estuviese inscrita cabía acudir al expediente de dominio ¿Por qué no se establecía esta posibilidad para el Estado? Indudablemente porque ello se oponía a una doctrina tradicional firmemente admitida. Pero entonces, ¿cómo se le cerraba el camino a la certificación administrativa?

El artículo 29 del Reglamento que intentó incorporar la tendencia progresiva de la Real Orden de 1897 fué de una gran inconsecuencia con su finalidad. La mejor crítica nos la da, unos días después de publicado el texto reglamentario, una Resolución de 27 de agosto de 1915. Ante certificaciones administrativas referentes a fincas que aparecían registradas a nombre de terceros, la Dirección General proclama que es aplicable a las mismas lo prevenido en la Real Orden de 28 de octubre de 1897 y en la Resolución de 27 de marzo de 1907, «corroboradas por lo dispuesto en el artículo 29 del novísimo Reglamento Hipotecario». O sea, que frente a un inciso exótico, y a los veintiún días de publicado, la Dirección General vuelve por los fueros de la solución lógica prescindiendo de aquel callejón sin salida.

4. *Cuarta fase: consagración definitiva.*

Al mismo tiempo que acababa con las informaciones de posesión la Ley de Reforma de 1944 introdujo la, muy importante de convertir las certificaciones de posesión en de dominio, enumerándolas entre los medios de inmatriculación. A tal medio se refiere concretamente el artículo 206 de la Ley de 1946.

Es el Reglamento de 1947 el que establece claramente el alcance reanudador de la certificación administrativa. En efecto, el artículo 306 reproduce substancialmente la Real Orden de 1897, pero ya sin restricción ni inciso perturbador alguno. Hay una ligera diferencia, y es que el auto judicial termina declarando inscribi-

ble la certificación o sentando lo contrario; por contra de la Real Orden citada, en la que, para este segundo caso, lo que el auto revocaba era la misma posesión. Es claro que si el auto judicial es negativo, se cancelará la anotación preventiva que de la certificación se hubiese tomado conforme al artículo 306. En cambio, si declara procedente la inscripción, ordenará ésta y la cancelación de las inscripciones contradictorias; entendemos que, por analogía con lo previsto en el artículo 286 del Reglamento para los expedientes de dominio, el auto deberá expresar que se ha concedido a los titulares registrales la audiencia establecida en el párrafo 3.º del artículo 306 del mismo Reglamento.

Que el procedimiento de la Real Orden de 1897, recogido en esencia por el Reglamento de 1947, es el que representa la doctrina tradicional y ortodoxa, lo prueba la Resolución de 14 de diciembre de 1953. En ésta no sólo se aplica a su supuesto clásico, sino que se hace una llamada a la analogía para hacerlo jugar en otro caso no exactamente igual. Por descontado que, superando la limitación de juego de la Real Orden de 1897 y siguiendo al Reglamento de 1915, que en este punto sí que acertó, el texto de 1947 establece el alcance reanudador de las certificaciones sin limitación de supuesto alguno.

5. *Consideración final.*

Hemos seguido la evolución del alcance cancelatorio de las certificaciones administrativas. De la misma se desprenden estas conclusiones: 1.ª Esa finalidad se halla aún en una fase poco avanzada de su desarrollo; es más, falta en muchos casos la conciencia de esa virtualidad reanudadora (igual que ocurrió bastante tiempo con el expediente de dominio); 2.ª Así como para este último la jurisprudencia hubo de acudir en un principio a las soluciones ya establecidas para las informaciones posesorias, así hoy día el alcance reanudatorio de las certificaciones de dominio puede aprovecharse de las prescripciones legalmente establecidas para el expediente de dominio.

En este sentido, la tendencia general constatada para los últimos de ir facilitando cada vez más su eficacia cancelatoria, ali-

gerando la necesidad de la audiencia, resulta perfectamente aplicable a las certificaciones administrativas. Respecto a que este proceder no suponga mengua de garantías para el titular registral, nos remitimos a lo más arriba expuesto. Piénsese que si las defensas hoy adoptadas en favor del titular de asientos contradictorios pecan de algo es de excesivas (RAMOS FOLQUÉS, *Los expedientes de reanudación del tracto, en la R. C. de D. I.*, 1952). En suma, creemos que las soluciones vigentes en el expediente de dominio tendrían perfecta aplicación a la certificación administrativa.

IV.—CONCLUSIÓN.

Ninguna podemos ofrecer mejor que exponer la forma en que habrían de quedar redactados los preceptos correspondientes de nuestra legislación hipotecaria para recoger expresamente la virtualidad reanudadora de la certificación de dominio y las garantías de los titulares de asientos contradictorios que hubieran de ser cancelados.

Al artículo 200 de la Ley podía añadirse un tercer párrafo: «También podrá reanudarse el tracto sucesivo mediante certificación administrativa de dominio, conforme al párrafo segundo del artículo 206 de esta Ley».

Dicho párrafo 2.º del artículo 206 podría decir así: «Las certificaciones expresadas en el párrafo anterior serán inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que se hubiese cumplido con sus titulares los requisitos de citación o audiencia que el artículo 202 establece para los expedientes de dominio».

Finalmente, el artículo 306 del Reglamento terminaría añadiéndole un cuarto párrafo de este tenor:

«Cuando la certificación de dominio tenga por objeto la reanudación del tracto sucesivo interrumpido se procederá conforme previene el párrafo segundo del artículo 206 de la Ley; el auto que declare inscribible la certificación dispondrá la cancelación de las inscripciones contradictorias, expresando haberse cumplido los requisitos señalados en el indicado párrafo».

Acabadas estas líneas, quizá no nos quede sino una satisfacción: la de pensar que, pese a lo delicado de la materia tratada, en el desarrollo y conclusión de la misma se ha sido fiel a las bases fundamentales que se proclamaron en un principio. El acierto técnico en la línea fundamental mantenida a lo largo de este trabajo o, más aún, en las soluciones apuntadas, excedía ya de nuestro alcance.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS;

Abogado del Estado
en la Delegación de Hacienda de Sevilla.

Sobre una supuesta dificultad en la inscripción de caseríos provenientes de segregación

Aunque, como creo demostrar después, la dificultad no existe, se ha planteado del siguiente modo:

En el asiento de inscripción de una finca rústica normal o continua se dice que aquélla contiene un caserío. Si se pretende constituir finca nueva segregando el caserío, se objeta o ser posible inscribir la segregación, porque dicha edificación estaba solo mencionada, ya que el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria obliga a inscribir bajo un número «todo edificio», y el artículo 29 de la misma priva de efectos a las menciones en su última y vigente redacción.

Tal objeción envuelve, a mi entender, una confusión sobre el significado de la finca y del derecho en los asientos de inscripción. A desvanecerla van dirigidas las siguientes consideraciones:

I.—La relación jurídica inmobiliaria. Especial consideración del dominio sobre inmuebles.

Todo derecho subjetivo supone un sujeto, persona titular, un objeto y una relación jurídica, o sea del sujeto al objeto. Usualmente, en el lenguaje, la relación da nombre a todos los elementos. Por eso, relación jurídica inmobiliaria equivale a derechos subjetivos sobre bienes inmuebles.

De las dos grandes categorías de los derechos patrimoniales, reales y de obligación, a la de los Derechos reales pertenecen los que examinamos. Sólo los Derechos reales suponen la inmediatividad y la exclusión, que son notas de las que nos ocupan. Y sólo los Derechos reales sobre inmuebles interesan, en principio, a efectos registrales inmobiliarios (cfr. art. 1.º de la Ley Hipotecaria).

Si recordamos que todo Derecho real exige tener como objeto una cosa específica y determinada, habremos de admitir que el Derecho real sobre inmuebles necesita tener como base o soporte un inmueble concreto, determinado:

Dicho inmueble es normalmente un trozo de la corteza terrestre, es decir, un inmueble por naturaleza, citado en el núm. 1 del artículo 334 del Código Civil, con la extensión en sentido vertical que normalmente le corresponde, conforme al estado actual de las ideas jurídicas. Ese trozo de superficie de la tierra, determinado o delimitado y concreto constituye lo que se llama una finca.

Las fincas llamadas normales por nuestra doctrina hipotecaria no son más que eso, trozos deslindados del terreno, sobre los que recae una sola relación jurídica dominical, con lo que se agregan al objeto los otros elementos (sujeto y relación) del derecho subjetivo de carácter real sobre inmuebles.

Por eso ROCA SASTRE, después de citar la definición de finca que da ENNECERUS (espacio de límites determinados en la superficie de la tierra) dice que dicho concepto físico ha de ser completado con la idea jurídica de pertenencia (mejor, «titularidad»). Y da la definición siguiente: Trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común.

Responde el concepto a lo usual. A las fincas que la gente dice que están bajo una linde o que son un pedazo.

No olvidemos que al lado de ellas hay fincas discontinuas, como una sola inscribibles. A unas y otras se refiere la Resolución de 2 de enero de 1928 (1). Pero no nos ocuparemos sino de pasada de

(1) Dice esta Resolución: «La palabra finca aparece empleada en la Ley Hipotecaria y su Reglamento unas veces con referencia a la superficie deslindada y encerrada en un solo perímetro, y otras como entidad hipotecaria compleja, que comprende varias parcelas o diversidad de elementos económicos». Por esto último (concesiones administrativas) los autores de Derecho hipotecario concluyen que la finca, en nuestro sistema registral, es todo lo que abre hoja en el libro de inscripciones.

las discontinuas, pues todo lo que se diga respecto a las primeras es aplicable a las segundas desde el punto de vista de nuestra exposición.

Pero el contenido del dominio sobre inmuebles no se agota en el plano del terreno. Se extiende hacia arriba y hacia abajo, pues en otro caso poca utilidad daría en bastantes supuestos al propietario. Por eso el artículo 350 del Código Civil dice que el propietario de un terreno es dueño de la superficie y de lo que está debajo de ella, conforme con el precedente del Código Civil francés (art. 552), «La propriété du sol emporte du dessus et du dessous».

El principio de la accesión continua, «superficies solo cedit», también responde a esta idea, confirmada por nuestro Código (cfr. arts. 358, 359).

No obsta al principio últimamente citado la recusación de aquella regla «usque ad coelum et usque ad inferos»; basta que se reconozca lo que dispone el artículo 905 del B.G.B., que el propietario no puede prohibir las inmisiones realizadas a una altura o a una profundidad tal, que no tenga ningún interés en su exclusión (2).

Por consiguiente, el dominio sobre una finca comprende lo que hay encima del plano que es su terreno, las plantaciones, edificaciones y construcciones que en ella existen, para su mejor utilización o explotación, que normalmente transforman el predio en cosa compuesta.

Son cosas simples (dice CASTÁN, citando a RUGGIERO) las que en el lenguaje corriente se consideran una individualidad unitaria (piedra, caballo, libro). Y compuestas las que resultan de la conjunción o conexión de varias cosas simples que en sus partes componentes se pueden distinguir y que *eventualmente* se puede separar, como *un edificio*, una nave.

Aplicando este criterio, hemos de decir que las fincas normales o continuas son cosas simples si contienen sólo el trozo de terreno que hay dentro de sus límites. Y compuestas si, además, hay en

(2) Extensamente puede verse tratada la cuestión en el artículo de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Extensión de la propiedad en sentido vertical*, REVISTA CRÍTICA de enero de 1925, y pág. 194 del tomo II de sus Obras Completas, *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*.

ellas arbolado, construcciones en general o edificios en particular. Pero aunque sean compuestas, siguen siendo «una cosa».

Los árboles, las construcciones, los edificios y todo lo unido al suelo, de modo que no pueda separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, proveniente del trabajo del hombre (cfr. núms. 1 y 2, en concordancia con el 3 del art. 334 C. c.), constituyen lo que la doctrina española llama inmuebles por incorporación y la germánica «partes integrantes de una cosa compuesta» (3).

De la exposición de ENNECERUS extraigo la siguiente definición: Son partes integrantes aquellos trozos o piezas, corporalmente delimitadas, perceptibles como tales, que en las concepciones comunes del tráfico forman la cosa compuesta.

Pueden ser esenciales y no esenciales. Son las primeras aquellas cuya separación destruiría la cosa. Y por disposición del Código alemán, *los edificios*.

Sobre las partes esenciales de una cosa compuesta no caben derechos separados del unitario que tiene por objeto la misma cosa. Ni actos de enajenación ni gravamen, aunque sí negocios obligacionales, cual la venta de frutos pendientes (por consumarse con la separación, añadimos) (4).

En principio, y refiriéndonos al dominio pleno, estas normas son aplicables al Derecho español. Así lo revela la consideración de que los Derechos reales precisan como objeto una cosa específica y determinada. Y esta norma es inderogable por voluntad particular, dado el carácter de derecho necesario del Ordenamiento jurídico de los Derechos reales. Precisamente, comentando este aspecto, dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «... los contratantes sobre un

(3) El núm. 2 del art. 334 del Código Civil usa la frase «parte integrante». Y la gente entiende esto sin dificultad.

(4) Queremos decir que cuando se consuma la venta de frutos pendientes, al llegar la tradición, ya han pasado a ser cosa distinta de la finca.

Recordamos que, respecto a las llamadas partes integrantes no esenciales, que se pueden separar sin deterioro, caben derechos separados. Pero se presume lo contrario.

A la misma conclusión se llega en Derecho español, indagando el sentido de la regla «accessorium sequitur principale» (cfr. arts 376 y 1.097 del C. c.).

De intento hemos dejado fuera de nuestro examen los inmuebles por destino (núms. 4, 5 y 6 del art. 334 C. c.), que son las llamadas «pertenencias» por la doctrina germánica. La teoría de las partes integrantes y de las pertenencias puede verse en ENNECERUS (Parte general, I, págs. 469 y sigts).

Derecho real no pueden modificar su esencia... *ni constituer un derecho independiente sobre una porción integrante de una cosa...*

Queremos recordar que, por excepción, en el derecho de superficie no ocurre lo mismo. Pero es porque se deroga para ese caso, y supuesto la regla de la accesión «superficies solo cedit».

Como dice ROCA SASTRE en el pasaje que después transcribimos, la finca rústica, trozo de terreno, absorbe las construcciones que en ella hay dedicadas a su mejor disfrute o explotación y aun las de mera habitación, pues su adherencia o accesoriaidad hacen que éstas no constituyan una finca (independiente).

II.—*Fincas rústicas y fincas urbanas.*

Por rozar la cuestión planteada la distinción presente, queremos recordar brevemente los criterios sobre el particular.

Reconociendo, con la Resolución de 23 de octubre de 1903, que no hay precepto legal (en derecho hipotecario se entiende) que las determina, y que queda al buen juicio del Notario y del Registrador el aclarar los casos dudosos, creemos suficientemente madura la doctrina para que por todos se admita que el carácter de rústica o de urbana de una finca no puede exclusivamente fijarse por el criterio etimológico (campo o ciudad), ni por la existencia de construcciones (que ocupen sólo el suelo o que tengan alzada o vuelo), ni por el destino (agrícola o industrial y de habitación), ni por el de la independencia o accesoriaidad del destino mismo, sino por una combinación de esos criterios.

Así viene a decirlo la sentencia de 8 de marzo de 1944 citada por ROCA SASTRE.

Afirma éste que, existiendo preceptos que siembran confusión como el núm. 1 del art. 8.º, da luz en cierto sentido el art. 395 del Reglamento hipotecario, que, hablando del encasillado de los índices, manda, en su número 3.º, que se haga constar «el uso agrícola a que se halla destinada la finca, como monte, prado, huerta, etc», lo que indica que ha de tomarse en cuenta el destino.

En consecuencia, combinando este criterio con el de la accesoriaidad, resulta que los caseríos enclavados dentro de su dotación

constituyen partes integrantes de la finca rústica en que se encuentran.

Claramente lo dice el mismo autor en el párrafo siguiente: «Cuando se da la circunstancia de que una finca sea aneja o dependiente de otra principal, ésta determina el carácter rústico o urbano de la accesoria. Sin embargo, en estos casos *ya no se trata de una finca*, en el sentido registral al menos (5), pues su adherencia o accesoriidad a otra hace que quede absorbida por ésta. Así, los edificios, aun los destinados a habitación, que integran las propiedades rústicas llamadas dehesas, haciendas, cortijos, masías, etc., tienen la consideración de fincas rústicas conforme establece el art. 44 del Reglamento (cfr.). En cambio, el jardín o huerto anejo a una finca urbana, tiene la consideración de urbana por razón de su accesoriidad. A esta idea responde la Resolución de 7 de marzo de 1864».

De lo expuesto hasta ahora cabe sacar la siguiente conclusión: Los caseríos forman parte de una finca rústica por razón de dependencia.

III.—*El título, la finca y el derecho en el asiento de inscripción.*

Tomando como punto de partida el párrafo primero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás Derechos reales sobre inmuebles», y sin necesidad de recordar antiguas exposiciones doctrinales, y aun discusiones bizantinas, sobre las cuestiones de este apartado, voy brevemente a expresar lo que hoy se entiende usualmente sobre su enunciado.

El Registro español es de títulos, entendidos éstos más en el sentido substancial de causa de adquisición que en el formal de documento.

Pero por la toma de razón de éstos se protegen los derechos nacidos del acto o contrato inscrito, los Derechos reales sobre bienes inmuebles. Ello no es obstáculo para que al Registro vayan

(5) Civilmente—un puro derecho civil—tampoco es el caserío finca aparte de la dotación, sino inmueble por incorporación (art. 334, núm. 1 del C. c.) o parte integrante, conforme a la expresión germánica.

derechos en formación de la clase de reales y aun otros de naturaleza dudosa, pero no deben ir normalmente a las inscripciones *stricto sensu*.

Como el elemento «objeto» es imprescindible para la existencia del derecho subjetivo, el Registro debe dar noticia lo más cumplidamente posible del objeto del Derecho real que se inscriba. Para ello está la primera «circunstancia» del artículo 9.º de la Ley y las cuatro primeras reglas del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Queremos recordar que el artículo 170 del Reglamento Notarial ordena a los Notarios observar las normas citadas en la redacción de la exposición de las escrituras. Y agrega que «sólo a requerimiento de los otorgantes o en el caso de que la importancia o complejidad de las fincas lo hicieren necesario, a juicio del Notario, se añadirán otros datos no substanciales, como la determinación de los pisos de una finca urbana..., la existencia de plantaciones... y otros análogos no exigidos por la legislación hipotecaria para la descripción de los inmuebles.

Por cierto que, pese a lo que da a entender el Reglamento en este punto al emplear la palabra «solo», lo frecuente es que se observe su recomendación, pues los interesados suelen pedir que conste el mayor número de detalles referente a las partes de la finca, sus construcciones, sus plantaciones, ya a efectos procesales de legitimación registral (puede discutirse el punto), ya para una posible venta posterior.

Usada con poca precisión la palabra *inscripción*, se habla de inscribir el título, de inscribir la finca y de inscribir el dominio.

Pero si queremos precisar el lenguaje, diríamos que el título se registra (o de él se toma razón), la finca se describe y el dominio se inscribe.

Que la descripción de los predios no es sólo cosa del protocolo, sino también del libro de inscripciones lo que revela, a más de la práctica constante, las palabras subrayadas antes del artículo 170 del Reglamento Notarial, al decir que la exige la Legislación Hipotecaria.

Claro que, salvo caso de rectificación, las descripciones de las fincas constan en las inscripciones de inmatriculación y en las primeras inscripciones, o sea en las que abren hoja o folio registral.

De este aspecto nos ocuparemos después.

Por ahora baste lo dicho y, además, la consideración de que, en nuestro lenguaje, el dominio, *plena in re potestas*, se identifica con la cosa. Por eso se suele decir «la finca está inscrita»; en lugar de está inscrito el dominio de la finca. Y no está de más recordarlo para evitar equívocos.

En conclusión, cabe afirmar que en un asiento de inscripción, la finca está descrita (en él o en anteriores a que se remite) y el derecho de dominio inscrito.

IV.—*El principio de especialidad, con particular examen del artículo 8.º de la Ley.*

La formulación en reglas de las directrices del sistema registral ha dado nacimiento a los llamados principios hipotecarios, laboriosamente estudiados por la doctrina en el siglo que lleva establecido nuestro Registro de la Propiedad.

Así ha ocurrido con el de especialidad.

Raquíticamente concebido por la Exposición de Motivos del 61 («No hay más que un sistema aceptable, el que se funda en la publicidad y especialidad de las hipotecas... La hipoteca general da por resultado la falta de publicidad; la especialidad de la hipoteca es el complemento de su publicidad»), llegó a su pleamar (podríamos decir) con el artículo correspondiente de don JERÓNIMO GONZÁLEZ («El ámbito abarcado por el principio de especialidad es cada vez más extenso... Sus desenvolvimientos modernos de carácter substantivo o material y adjetivo o formal penetran en la entraña de los derechos inscritos y regulan la forma de los asientos»).

Después, ANGEL SANZ ha dicho que el llamado principio de especialidad es meramente adjetivo o formal. Y sin entrar en más profundidades, creemos que no le falta razón, pues las consecuencias substantivas que se pueden extraer del mismo cabe deducirlas de la exigencia del Derecho civil sobre el carácter «específico y determinado» del objeto de los Derechos reales.

Lo que sí se puede rotundamente afirmar es que la especialidad hipotecaria tiene, en verdad, más extensión que la prevista por los autores de la primitiva Ley, precisamente porque es cierta su afir-

mación (generalizándola y no circunscribiéndola a las hipotecas) de que la especialidad es el complemento de la publicidad.

Una, quizá la más importante, consecuencia de la especialidad, es la organización del Registro por el sistema del folio real o de fincas, siguiendo los sistemas germánicos.

Así resulta de los artículos siguientes:

Artículo 243 de la Ley. El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente...

Artículo 7 de la misma. La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio, practicada conforme a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley...

Artículo 8 de ella. Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo. Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrá otra numeración correlativa y especial.

Si recordamos lo dicho en el apartado precedente, no nos producirá error el usar o ver usado en estos artículos indistintamente la expresión inscribir la finca o inscribir su dominio. La Ley manda que cada finca tenga una hoja registral y que su descripción se haga al inscribir el dominio.

La primitiva redacción del artículo 8.º de la Ley no contenía su párrafo 3.º y los números que actualmente se comprenden en él.

Limitándonos a la redacción actual de éstos, creemos que son —o al menos al principio lo fueron— para dar cabida registral a exigencias de la realidad, derogatorias precisamente de la norma del folio real y de la finca única.

Al menos estimada la finca como normal o continua, quedando hoy con significación ambigua el número 3.º

Vamos a examinarlo brevemente.

Se inscribirán como una sola finca, bajo un solo número:

«1.º El territorio, término redondo o lugar de cada foral en Galicia o Asturias, siempre que reconozcan un solo dueño directo o varios *pro indiviso*...

La necesidad de dar cabida a los foros lleva a permitir la inscripción de éstos con eficacia inmatriculadora, que se apoya doctrinalmente en la teoría del dominio dividido de la enfiteusis. Y permite abrir hoja registral al dominio directo.

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

La unidad de explotación permite la formación de fincas formadas por suertes o trozos discontinuos de terreno. Para demostración de la unidad de explotación es signo indicadísimo la existencia de un caserío según expresamente dice aquí la Ley. Insistiremos seguidamente sobre el caso.

3.º Las fincas urbanas y los edificios, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

En anteriores redacciones decía: «Toda finca urbana y todo edificio, aunque pertenezcan en porciones señaladas, habitaciones o pisos a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno». Era una derogación de la regla del folio real, no tanto por la unidad de finca que confirmaba, sino por la diversidad de propietario que permitía.

Hoy no tiene, literalmente, ese significado y este aspecto lo examinaremos después.

Ahora interesa concordar este número con el segundo para saber si, como se objeta, quiere decir el que comentamos que las edificaciones han de constar necesariamente en una hoja registral distinta de las tierras.

Veamos el comentario de MORELL. Dice este autor, citando a Pazos: ¿Excluye en absoluto el concepto de fincas rústicas todo edificio? Opinamos negativamente. También dentro de él han de comprenderse los edificios cuando son medios directos o indirectos de realizar o auxiliar el cultivo de la tierra, aunque tales edificios deban en tal caso considerarse accesorios y elementos complementarios y dependientes del mismo.

«Sirvan de ejemplo la casa habitación del cultivador, que forma una sola finca con la panera, la era, el huerto y otros terrenos adyacentes; las construcciones independientes destinadas a los ganados, a guardar los frutos, los instrumentos de labranza, etc. Todo ello cabe en los límites marcados, en las palabras fincas rústicas, rectamente interpretadas.

¿Y las construcciones de cierta importancia que se encuentran

en la superficie de la finca, que forman un todo con ésta, consagradas también a las faenas agrícolas? ¿Han de considerarse tales fincas rústicas? Una viña en cuya área se levanta una espaciosa bodega con todos los elementos de vinificación, ¿deberá considerarse de esa suerte? Reputamos que sí; aunque valga más la bodega que la viña, ésta es lo principal y la bodega lo accesorio» (6).

Esta doctrina es tan cierta hoy como cuando fué redactado el pasado transcrito. Así lo demuestran por un lado la locución del número 2.º de este artículo, «con o sin casa de labor»; y el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, que manda inscribir bajo un número a petición de los interesados. «Los cortijos, haciendas, labores, masías, etc., que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes *con uno o más edificios*, o una o varias piezas de terreno..., aunque no linden entre sí *ni con el edificio*..., o se trate de un edificio de importancia, al que estén subordinadas las fincas o construcciones». (número 2). Las explotaciones agrícolas, *aunque no tengan casa de labor*... (luego pueden tenerla, como dice el número anterior, número 3 del mismo artículo). Todo edificio o albergue sito fuera de poblado con todas sus dependencias y anejos como corrales, tinados o cobertizos... (número 5), criterio diferente al de las fincas urbanas *stricto sensu*, o mejor en su propio sentido.

Hoy este número 3.º del artículo 8.º de la Ley es una confirmación de la regla del 243 de la Ley misma. A menos que se interprete en el mismo sentido que fué primeramente redactado de que cabía en una misma hoja registral, o sea, bajo un número de finca, que ésta perteneciera en porciones separadas, habitaciones o pisos a diferentes dueños, es decir, que constituía una excepción al principio del folio real.

Hoy tiene este artículo 8.º otros dos números por virtud de la novísima reforma de la propiedad horizontal por Ley de 21 de julio del presente año. El 4.º, que exige la inscripción unitaria del edificio, y el 5.º, que se ocupa de la inscripción de los pisos en propiedad horizontal que integran la finca objeto de la inscripción general.

(6) MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo II, página 43, edición de 1917.

Parece que hace preceptivo el régimen que como potestativo estableció la Ley de 26 de octubre de 1939.

Como no interesa para este tema, no los examinamos a fondo.

Si queremos decir, finalmente, que la función del número 3.º del artículo 8.º es impedir que se abra hoja registral a habitaciones o grupos de habitaciones, que no constituyan pisos en propiedad horizontal (o partes de piso bajo dicho régimen). En suma, cortar el acceso al Registro de casos como el que fué objeto de la Resolución de 4 de noviembre de 1925.

Pero ni tiene nada que ver ni lo ha tenido nunca, con la reseña de caseríos al describir una finca, ni es norma prohibitiva de su inmatriculación o modificación de descripción haciéndolos constar como un elemento más, parte integrante o inmueble por incorporación de la finca rústica en que están enclavados.

V.—*La teoría de las menciones y la reforma hipotecaria de 1944.*

Mención equivale a expresión, locución o parte de un asiento registral.

Pero dado el giro que tomaron la práctica y las discusiones doctrinales, por mención podrán entenderse tres situaciones diferentes:

a) Parte de un asiento, *aunque* no se refiriera a un derecho. Así era mención y puede seguirsele llamando (aunque no lo aconsejo) todas y cada una de las circunstancias descriptivas de los inmuebles inmatriculados. Por ejemplo, uno de los linderos de la finca, asimismo las 40 fanegas que tenga de cabida; *idem*, *que contiene un caserío* de tales características.

Este concepto de mención nada tiene que ver con la teoría de las menciones de *Derechos reales* a que se refería el antiguo artículo 29 de la Ley.

b) Lo que Roca ha bautizado con el nombre de «reservas autenticadas». Se trata de las causas de resolución, revocación o rescisión que consten en un asiento de inscripción; por ejemplo, el pacto de retro en una compraventa, si se usa la fórmula D. (el

comprador) inscribe su título de compra con la condición expresada (7).

c) Mención *stricto sensu*. Conviene recordar que el artículo 29 vigente antes de la reforma decía: «El dominio y cualesquiera otro Derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha de presentación del título respectivo. (Seguía el segundo párrafo referente a la obligación de inscribir, que no interesa.)

Para que entrara en funciones el artículo 29 se precisaban las siguientes circunstancias:

1.ª Un Derecho real, dominio u otro de los reconocidos como tales.

2.ª Distinto del inscrito, ya por su naturaleza, ya por su titularidad. Pues si era el que se inscribía y a favor del mismo titular, no había mención, sino inscripción. Por eso prácticamente las menciones eran o de un Derecho real menor o de cuotas indivisas del dominio.

3.ª Que se hiciera constar en la hoja de la finca que tenía por objeto. Pues si se hacía constar en otra estábamos en el caso de nulidad de la mención, fácilmente deducible del 30, párrafo 1.º, *in fine* de la Ley Hipotecaria de 1909. Por lo menos eran inoperantes tales menciones, porque normalmente no habría quien diera con ellas.

Los efectos de las menciones eran los negativos de la publicidad substantiva. El tercero no podía alegar la buena fe, es decir, el derecho le perjudicaba (aspecto negativo de la fe pública); y para cancelarse era preciso el consentimiento de titular favorecido con ellas (aspecto defensivo de la legitimación).

Que las menciones eran un elemento altamente perturbador es cosa que puso de relieve la práctica. Que nada se perdía con suprimir sus efectos era cosa que daba por descontada la doctrina;

(7) También creo que tienen este carácter la expresión de la calidad de reservables de los bienes, si aún se hace en algún caso. Y—sin entrar en la legalidad de la disposición—la falta de licencia marital, a tenor del art. 94 del Reglamento Hipotecario.

no llegando los autores a explicar cumplidamente la razón que llevó a los redactores de la Ley del 61 a conceder efectos a tales engendros hipotecarios, cuando precisamente se trataba de establecer nitidamente la situación de los Derechos reales y de sus titulares.

La reforma consistió, no en prohibir que se hicieran menciones en lo futuro (cosa que pretendía el anteproyecto de PORCIOLES), sino en negarles los efectos parciales de la fe pública y de la legitimación registral que producían. Para el primer aspecto el nuevo artículo 29 tiene su actual redacción, y para el segundo se dictaron las normas de caducidad de las disposiciones transitorias y el artículo 98 permitiendo su cancelación.

Expuesto esto, fácilmente se deduce que si en una descripción de finca rústica se hace constar la existencia de un caserio, esta circunstancia descriptiva ni era ni puede ser una mención en sentido técnico, ya que el titular es el mismo, el objeto el mismo (la finca en su totalidad) y la relación jurídica la misma, las facultades del dominio de quien inscribe este derecho.

Si es un dato de la descripción, que puede y debe seguirse expresando en las fincas rústicas, al igual que en una urbana, pongo por ejemplo, cabe decir que consta de cuatro pisos, perteneciendo la finca a un solo dueño. ¿Es que acaso va a sostenerse que está inscrito sólo un piso y mencionados los otros tres?

Que esto es así lo confirma la imposibilidad de cancelar tales expresiones al amparo de la disposición transitoria 1.^a o del artículo 98 de la Ley (según que, respectivamente, se hubiesen consignado antes o después del 1 de julio de 1945).

VI.—*Posibilidad de segregar un caserio y formar con el mismo finca nueva.*

Puesto en claro que lo fundamental es la finca normal es que sea un trozo de suelo, poco importa a efectos de segregación que esté o no edificado.

El dominio, el más calificado de los Derechos reales, no puede tener como objeto sino la finca en toda su integridad (suelo y vuelo), pero también es cierto que al fraccionarse la finca en una

segregación se constituyan nuevos objetos de otros tantos correspondientes derechos de dominio.

Lo mismo es que se comience la descripción diciendo trozo de terreno de tantos metros cuadrados que contiene un caserío, que se diga caserío con una superficie de tantos metros cuadrados. La finca no varía.

Denegar o suspender la inscripción del título modificativo alegando que la edificación no está inscrita (8) sería tan infundado como denegar o suspender la segregación de 50 fanegas de una finca de 500 alegando que el nuevo trozo no está especialmente inscrito. ¡Claro que no lo está, pero es porque se halla comprendido en las 500 registradas! Y quien puede disponer del todo puede disponer de cualquiera de sus partes.

Poco importa que la nueva finca se estime rústica o urbana, incluso cambiando su naturaleza. El número 3.º del artículo 8.º de la Ley sólo quiere decir que los edificios han de estar en la misma hoja y no desperdigados por piezas o habitaciones en varios números, salvo el caso de los pisos en propiedad horizontal, seguidamente aludidos en el mismo artículo.

Y no podrá negárseme que al segregar un caserío para formar finca nueva se cumple lo ordenado por dicho número 3.º, por quedar el edificio bajo un número u hoja registral, como manda el párrafo 1.º del mismo artículo.

(8) Para evitar cualquier derivación en este caso u otro análogo (declaración de un manantial, por ejemplo) hago constar que tampoco tiene esto que ver con el tracto sucesivo que se refiere a la previa inscripción «del derecho» y no de las circunstancias específicas de descripción que se pueden rectificar en títulos posteriores y referentes al mismo inmueble (cfr. arts. 71, párrafo 4.º, para las aguas, y el 308, ambos del Reglamento Hipotecario, para la obra nueva). Gran parte de lo dicho acerca de que lo esencial es que esté descrito un trozo de terreno en la inscripción del dominio, es aplicable a los casos que ahora nos ocupan.

VII.—*Si acaso constituye un obstáculo a la inscripción del caserío segregado, que ya constaba en la descripción anterior, el no haberse pagado el impuesto por la declaración de obra nueva (9).*

Recapitulando las conclusiones formuladas o que fácilmente deducen de lo expuesto, podemos decir:

1.º Los caseríos forman parte de la finca rústica en que están enclavados.

2.º El número 3.º del artículo 8.º de la Ley impide que anden desperdigados por distintos folios registrales las habitaciones o piezas de un edificio. Pero no tiene nada que ver, ni lo ha tenido nunca con la reseña de caseríos, partes integrantes de fincas rústicas.

3.º La expresión de que un fundo rústico contiene un caserío no es una mención de un Derecho real distinto del dominio de la finca (caso al que hubiera sido aplicable el antiguo artículo 29), sino una circunstancia de la descripción de una finca rústica que puede y que debe hacerse en lo sucesivo como antes.

4.º Al segregar un caserío y formar con él finca nueva, se cumple a la letra lo dispuesto en el número 3.º del artículo 8.º de la Ley.

5.º La segregación de un caserío no puede dar lugar por sí sola a la liquidación de Derechos reales por el concepto de declaración de obra nueva.

(9) La legislación de Derechos reales, en su última versión (núm. VI del artículo 2.º de la Ley, e igual número del 5.º del Reglamento) sujeta por vez primera a tributación las declaraciones de obra nueva, si no se justifica haberse satisfecho el impuesto por el contrato de construcción.

Tales normas y sus complementarias (relativas al tipo) sólo tienen aplicación a partir de 1.º de mayo de 1958, de conformidad con la disposición transitoria 1.ª de la Ley, salvo cuando el documento se presente fuera de plazo, caso que no puede darse, porque partimos del supuesto de que la finca estaba ya inscrita con la expresión del caserío al describirla.

Por consiguiente, la segregación de un caserío no puede motivar una liquidación por obra nueva, en la hipótesis que nos ocupa.

Por todo lo expuesto creo que el problema planteado no tiene base ni fundamento alguno de apoyo, ni en los textos legales ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Y por eso hasta el presente nadie lo había suscitado.

JOSÉ ESTEPA,

Notario.

La nueva regulación del Registro Mercantil

(Continuación.)

CAPÍTULO X

DE LOS BUQUES

CONCEPTO Y REGLAS GENERALES.

Concepto.

No nos interesan a la finalidad del presente las definiciones doctrinales de los buques, sino únicamente las legales, que son las que en definitiva vamos a aplicar y conviene interpretar a ese efecto.

Dice el Reglamento a este respecto, en su artículo 146, que: «Se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gangules y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial.»

Esta definición, como todas las definiciones legales, especialmente las referentes a las cosas, tiene el inconveniente de no po-

der sintetizar en la brevedad de sus términos todos los caracteres que nos serían necesarios para poder solucionar cualquier caso dudoso, pues para ello se requeriría el darle una extensión impropia de todo precepto legislativo. En vista de este inconveniente no despreciable, quizá hubiera sido mejor el que se hubiera indicado por el legislador cuáles serían los aparatos flotantes que no deberían ser comprendidos en la presente regulación, si éstos son los menos, o cuáles habrían de estimarse incluidos en ella, si fueren en menor número los de esta clase. Pero este criterio enumerativo, también criticado en la mayoría de los casos en que es utilizado, es propicio a cerrar el acceso a la regulación legal de cualquier instrumento futuro que altere fundamentalmente las ideas que se tienen en la actualidad sobre los buques, por lo que en definitiva no debe ser estimulado.

La anterior definición rehuye con gran acierto el abordar el caótico problema de cuál sea la cualidad predominante en el buque, si la de mueble o la de inmueble. Y es que para su inscripción nos basta con saber simplemente cuál aparato flotante es susceptible de ella, sin necesidad de entrar en la confusión legislativa originada en este extremo por el Código Civil, por el de Comercio y por la Ley de Hipoteca Naval; al estimar el primero de ellos como inmuebles a «los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa» (artículo 334); considerar el segundo, por el contrario, que «para todos los efectos del derecho, sobre los que no se hiciere modificación o restricción por los preceptos de este Código, seguirán los buques su condición de bienes muebles» (art. 585), y disponerse finalmente por aquélla, que al sólo efecto de su hipotecabilidad, «se consideraran tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio» (art. 1.º).

Reglas generales.

: Además de las que expusimos en los capítulos primeros y que dado su carácter son aplicables a todas y cada una de las distintas secciones de un Registro Mercantil, nos encontramos con otras

varias que sólo se refieren a esta especial clase de bienes de cuya inscripción tratamos.

Como la primera de todas ellas y por tratarse de un precepto encaminado a evitar cualquier laguna en el Ordenamiento jurídico de que ahora tratamos, nos encontramos con la contenida en la disposición adicional 4.^a del Reglamento, por la que se expresa que «en jurisdicción disciplinaria, publicidad formal, rectificación de errores, honorarios de los Registradores y demás materias no previstas en este Reglamento, en cuanto no se opongan a él, serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario». Tendiéndose con esa norma a conseguir un *non plus ultra* legislativo difícilmente asequible.

La integración totalizadora y exhaustiva que aparentemente se recoge por el precepto transcrito, es bastante engañosa. Pretender dar la seguridad de que todo está previsto y regulado es muy estimable, pero la realidad es que esto no solamente no es así, sino quizá será todo lo contrario. La referencia precisa de esa Disposición adicional a materias concretas, como las de publicidad formal, etc., es comprensible y loable, pues evita la repetición de normas, cosa en la que por otra parte no se ha tenido empacho en recaer en bastantes artículos de los títulos primeros de ese mismo Reglamento; pero las restantes referencias aludidas no merecen ya idéntico comentario. Esta disposición revela una realidad legislativa inmadura, que no ha sabido o no ha podido formar una doctrina unitaria sobre el Derecho registral calando sus verdaderas esencias, y que recogiendo las de carácter general relativas a la registración de todos los bienes que ahora son susceptibles de ello, dedícase después sólo escasas normas a las especialidades tipificadas de cada una de las distintas clases de bienes objeto de aquélla, que estarán motivadas en las características fundamentales de diversificación entre ellos.

De no estimarse como aceptable este criterio, debería haberse seguido, por el contrario, el de una normación exhaustiva en cada una de las distintas clases de bienes, dictando al efecto una serie de leyes netamente separada, fundándose para ello en que lo detallado de sus disposiciones desaconsejaría su síntesis. En resumen, o unidad total o total separación, pero no esta ecléctica postura originadora de errores interpretativos y de lagunas legales.

Pero, aun dentro del sistema adoptado, es de lamentar el que las referencias que se realizan lo sean sólo a normas reglamentarias, pues al pretender aplicar algunas de ellas nos resultan ininteligibles, dado el que son complementarias del precepto legal que desarrollan, o sea, de algún artículo de la Ley Hipotecaria, el cual no siendo ya disposición complementaria del presente, es, no obstante, indispensable para comprender el artículo de su Reglamento, que pretendemos aplicar como supletorio del Mercantil.

No podemos dejar de recordar entre estas normas generales las dedicadas a determinar cuáles sean los Registros Mercantiles en los que deberán llevarse Secciones de Buques, y que expuestas en capítulos anteriores, omitimos repetir ahora, limitándonos a esta referencia recordatoria, añadiendo solamente a lo allí expuesto, que en todo lo relativo al abanderamiento e inscripción en Santa Isabel de Fernando Poo deberá verse el Decreto de 22 de septiembre de 1955, así como su legislación complementaria.

Igual recordatorio debemos realizar en cuanto al contenido del artículo 14, expresivo de la necesidad de llevar en esta Sección de Buques dos series de libros, dedicados respectivamente a la inscripción de los buques en construcción y a la de los ya construidos.

Finalmente, las cuestiones de competencia entre los varios Registros Mercantiles dijimos también que se resolvían en favor de aquel en cuya demarcación hubiesen sido matriculados, no obstante, cuando se trate de buques en construcción, la inscripción provisional habrá de realizarse forzosamente en el Registro en cuya demarcación se esté efectuando, sin perjuicio de que a su ultimación se inscriba definitivamente en el que corresponda según su matrícula, trasladando a él los asientos provisionales realizados.

ACTOS Y CONTRATOS INSCRIBIBLES

Reglas generales y carácter de la inscripción.

La inscripción de esta especial clase de bienes está estatuida como obligatoria por el artículo 147 del Reglamento, expresivo de que «la inscripción de los buques en el Registro Mercantil es obli-

gatoria»; siguiéndose así el criterio que en ese mismo sentido se adoptó por el Código de Comercio en su artículo 17.

No se ha contentado el Reglamento con esa disposición general obligatoria, sino que desenvolviéndola en el mismo artículo 147, añade: «Los propietarios de los buques de matrícula española están obligados a solicitar la inscripción en dicho Registro de los títulos en que se contengan los actos y contratos constitutivos, traslativos, modificativos o declarativos de su propiedad y de los Derechos reales constituidos sobre los mismos, así como de las limitaciones que le afecten.» Debiendo considerarse igualmente como de inscripción obligatoria las modificaciones en sus características de que más adelante trataremos. Y reforzándose el contenido de todos esos preceptos de carácter imperativo por la necesidad establecida en el artículo 612 del Código de Comercio y reiterada por el 154 de este Reglamento, de que tendrá que acompañar al buque en todos sus viajes, como más detalladamente expresaremos en otra pregunta del presente capítulo, una certificación literal de todos los asientos de su hoja registral, sólo posible si se ha cumplido la obligación de inscripción reseñada.

La eficacia de estos asientos queda puesta de relieve por el artículo 166 del Reglamento, al decir:

«Los asientos del Registro Mercantil harán prueba del dominio o propiedad de los buques, así como de las cargas impuestas sobre los mismos.

La persona que tenga a su favor inscrita la propiedad de un buque disfrutará de todos los derechos que corresponden al dueño y poseedor de buena fe. En caso de no tener la posesión material del buque podrá adquirirla por cualquiera de los procedimientos sumarios establecidos por las leyes».

¿Esta amplia referencia final autorizará a utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria? ¿Por qué no? El está incluido evidentemente en los términos en que está redactada, además de que, estando desarrollado ese artículo por el Reglamento Hipotecario y constituyendo éste un derecho supletorio del presente, su admisión pasa ya de ser una opinión interpretativa a constituir una referencia legal de forma más o menos directa.

Por último, reforzando y desarrollando el contenido de todas las disposiciones que hemos transcrito, se dice por el párrafo 2.º

del artículo 147 del Reglamento, que «lo dispuesto respecto a documentos referentes a Sociedades en los artículos 94 y 95, se aplicará igualmente a los documentos referentes a buques sujetos a inscripción». Lo cual no es otra cosa que la obligación impuesta a los Notarios de advertir a los otorgantes el deber que tienen de presentar esos documentos en el Registro Mercantil correspondiente, a efectos de su inscripción, así como la prohibición impuesta a los Tribunales, Jueces y Oficinas públicas de admitir documentos inscribibles, que no lo hayan sido, ni aun cuando se trate de presentarlos a algún Notario para que en su vista pueda autorizar cualquier otro.

CLASES DE INSCRIPCIONES.

Inscripciones provisionales.

Estas inscripciones, tan típicas de esta clase de bienes y que debieran haber servido como inspiradoras de otras análogas para los supuestos de fundaciones sucesivas de Sociedades, huérfanas casi de regulación legal, como ya dijimos, están fundadas en el hecho de que al ir surgiendo a la realidad la compleja construcción que supone el buque, lo hace revestido ya jurídicamente de un derecho de propiedad sobre él, que puede a su vez ser susceptible del de garantía más perfecta, o sea, de una hipoteca. Con esto se facilita su construcción, dado lo elevado de su coste; idea que ha sido recogida también por la legislación hipotecaria en cuanto a los edificios en construcción.

Conforme a lo expuesto, y siguiéndose con ello la normación de la Ley de Hipoteca Naval, que en el párrafo 6.º de su artículo 16 expresa que «la inscripción de una nave en construcción tendrá carácter provisional hasta que, terminada ésta, pueda ser matriculada en el Registro de la Comandancia de Marina», se ha establecido por el artículo 151 del Reglamento:

«La inscripción de propiedad de los buques en construcción, en caso de hipoteca, se practicará en la Sección especial del Registro de naves en construcción, en virtud de los documentos y con las circunstancias señaladas en el artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval.

Esta inscripción tendrá carácter provisional hasta que se termine la construcción del buque y sea matriculado en el Registro de la Comandancia de Marina, después de lo cual se convertirá en inscripción definitiva, trasladando a este efecto la inscripción provisional al Libro de Buques.

Esta traslación y la consiguiente conversión en inscripción definitiva se hará en virtud de solicitud del interesado, acompañando la certificación de matrícula y la escritura pública de entrega del buque otorgada por el constructor a favor del dueño.

Al margen de la inscripción provisional se extenderá una nota de referencia a la inscripción definitiva, indicando la traslación y conversión de la provisional».

La referencia al artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval del que antes hemos transcrito un párrafo, así como el constituir una repetición incompleta de él, nos obligan a estudiarlo con el fin de apreciar las circunstancias que deben reunir los títulos inscribibles y cuáles puedan ser éstos; todo lo cual es esencial para nuestro estudio. Se dice por dicho precepto:

«Para que pueda constituirse hipoteca sobre un buque en construcción es indispensable que esté invertida en ella la tercera parte de la cantidad en que se haya presupuestado el valor total del casco.

Antes de constituirse la hipotecá será condición indispensable que en el Registro de naves en construcción de la provincia en que el buque se construya se haga la inscripción de la propiedad de la que va a ser objeto de la hipoteca.

A este efecto, el dueño o armador presentará en el Registro una solicitud, acompañada de certificación expedida por un constructor naval, en que conste el estado de construcción del buque, longitud de su quilla y demás dimensiones de la nave, tonelaje y desplazamiento probables, calidad del buque, si ha de ser de vela o de vapor; lugar de su construcción y expresión de los materiales que en el mismo hayan de emplearse; coste del casco y plano del mismo buque.

Cuando la construcción se verifique por contrato, deberá inscribirse éste presentando una copia del mismo, firmada por el dueño o naviero».

Vemos que ni en la Ley de Hipoteca Naval ni en el Reglamento

se dice nada sobre las formalidades externas de esta solicitud, lo cual no quiere indicar el que puedan quedar al arbitrio del solicitante, sino sólo el que tenemos que acudir a otros preceptos para determinarlas. Entre estos nos encontramos con el artículo 34 del Reglamento, que al recomendar a los Registradores Mercantiles el que se ajusten en lo posible al redactar los asientos a los modelos oficiales que se publicaron a la vez que él, nos lleva directamente al modelo XXI dedicado a la inscripción de buques en construcción y en el cual se exige la legitimación notarial de las firmas que figuren al pie de la solicitud, así como al de la certificación acreditativa del estado en que se encuentre la construcción del buque expedida por el Ingeniero naval. Esto no obstante, esa legalización entendemos que puede ser sustituida mediante la ratificación de la solicitud ante el Registrador, a la vez que se lleva a efecto por éste la identificación del firmante, toda vez que así lo recoge, y con precisa referencia a la Ley de Hipoteca Naval, el número 22 del Arancel.

Finalmente, por exigencia expresa del artículo 42 del mismo Reglamento, tendrá que acompañarse a esta solicitud una copia simple, que cotejada y conforme será archivada en el legajo correspondiente de las de su clase.

Inscripciones primeras.

La primera inscripción de los buques, dice el artículo 149 del Reglamento, será la de su propiedad. Pero esta primera inscripción tiene sólo esa primacía respecto a las realizadas desde que el buque se abandera en España, ya que en otro caso, o sea, si tuviese que ser la primera desde su construcción, quedarían excluidos del Registro Mercantil los buques construidos en el extranjero o propiedad de extranjeros, que se adquiriesen por españoles para su abanderamiento en ésta.

Consecuentemente con esa suposición, el artículo autoriza a que pueda realizarse esta primera inscripción, bien de los buques construidos por o para su titular, o bien de cualesquiera otros que no siendo de nacionalidad española sean abanderados en ésta, ya que respecto a los buques españoles que no hayan sido inscritos con anterioridad, se tratará a lo sumo de una inscripción realizada

en defecto de la inicial por incumplimiento del deber de practicarla, si bien con requisitos especiales.

Estas inscripciones primeras de los buques pueden estar fundadas no sólo en contratos de construcción, adquisición al constructor, o adquisición de un buque extranjero, sino también en cualquier título adquisitivo normal, pues, como decíamos antes, si bien el primer propietario del buque abanderado en España debió inscribir su propiedad, es posible el incumplimiento de esta obligación, y preveyéndolo así el mismo Reglamento, y con el fin de habilitar un medio subsanador de ese defecto, regula en el párrafo 2.º de su artículo 150 la posibilidad de que esta primera inscripción pueda llevarse a efecto en virtud del título de adquisición del mismo y de la certificación de su matrícula, siempre que no constando inscrito el buque a nombre de otra persona, «el título de propiedad del transmitente sea anterior en un año a la fecha de adquisición».

Igualmente pueden originarse estas inscripciones primera o inmatriculadoras en adquisiciones derivadas de ocupación del buque (abandonado), de confiscación, o de presa, pero en todos esos supuestos se requerirá el correspondiente título, que junto con el certificado de matrícula será el originador de la inscripción de que se trate.

Una exigencia especial para poderse extender estas inscripciones, además de las antes expresadas, la constituye el certificado del Registro Mercantil en cuya demarcación se haya construido el buque, cuando, como es lógico, ésta haya sido realizada en España, y con cuyo certificado se trata de poner en armonía la posible inscripción del buque en construcción, con esta definitiva del buque ya construido.

Determina al efecto el párrafo 5.º del artículo 24 del Reglamento que: «Si un buque en construcción, inscrito en el Registro correspondiente al lugar de ésta, se matriculara una vez construido en Comandancia de Marina perteneciente a la jurisdicción de otro Registro de Buques, deberá acompañarse, al solicitar la inscripción definitiva, certificación literal de las inscripciones practicadas en el Registro en la Sección especial de buques en construcción, o negativa en su caso. Igual norma se aplicará, en su caso, a las aeronaves.»

El precepto, muy loable en principio, no ha captado del todo el sentido de su precedente en la Ley de Hipoteca Naval, y menos aún el de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de febrero de 1947, mejor dicho, lo ha recogido, pero de una manera tan contradictoria que sólo puede ser entendida a la vista del contenido de esa Resolución y del precedente contenido en la aludida Ley de Hipoteca Naval.

Se dice por el párrafo 3.º del artículo 15 de aquella Ley, que «cuando el buque se matricule para navegar en punto perteneciente a Registro distinto del lugar de su construcción, los Registradores exigirán certificación correspondiente del Registro del lugar en que se efectúa la construcción. Lo mismo harán en los casos de traslación de la matrícula o inscripción de un buque, cuando éste se hallase ya inscrito o habilitado para navegar.»

He interpretando las dudas que podría suscitar su aplicación, en relación con el 16 de la misma Ley, así como con los artículos 16, 17 y 22 del Código de Comercio y las normas reglamentarias entonces vigentes, se dispuso por la aludida Resolución «que para inscribir buques construidos en lugar no comprendido en el ámbito territorial correspondiente al Registro en que haya de inscribirse en propiedad, se acompañará certificación literal de todos los asientos obrantes en la Sección especial de Buques en Construcción del Registro del citado lugar o negativa, en su caso; que si la certificación positiva o negativa no se transcribiese en la escritura declarativa de la propiedad del buque, se presentará en el Registro Mercantil ambos documentos.»

Este es el verdadero sentido de todos aquellos artículos y el que ha pretendido recoger el párrafo 5.º del artículo 24 del Reglamento que hemos transcrito, pero con la poca fortuna de incluir la frase de «inscrito en el Registro correspondiente al lugar de ésta», o sea, que el buque en construcción resulte inscrito en el lugar correspondiente a ella, lo cual parece indicar el que la certificación sólo será exigible cuando existiere ya en el mismo u otro Registro una inscripción del buque en construcción y cuya idea se refuerza con la indicación que se hace a la solicitud de inscripción definitiva de él, llegándose así a poderse estimar el que la certificación sólo será exigible cuando habiendo sido inscrito un buque en la Sección de Buques en Construcción se pre-

tendiese su inscripción definitiva en un Registro distinto a aquel en que conste esa inscripción provisional; pero ello no es de ninguna manera cierto, ni sería ésta la interpretación acertada del precepto. Fundamos la opinión contraria a esa limitada interpretación no sólo en que el artículo del Reglamento está basado en los de la Ley de Hipoteca Naval transcritos, que son bastante expresivos al respecto y en lo evidente de la doctrina legal señalada por esa Resolución, sino incluso en el contenido mismo del artículo del Reglamento, ya que de no exigirse en todo caso el certificado del Registro en cuya demarcación ha sido construido el buque, no tendría sentido la referencia que en él se hace a la presentación de la certificación negativa de ello.

Finalmente y aun cuando nada se diga en este sentido por el Reglamento, como al llevarse a efecto la inscripción definitiva del buque en el mismo Registro en que fué inscrito provisionalmente como en construcción, se exige por el párrafo final del artículo 151, que transcribimos al tratar de éstas, que será necesario el hacer constar al margen de la inscripción provisional, y mediante la oportuna nota de referencia, la traslación y conversión efectuadas mediante la inscripción definitiva de él, para poderse cumplir esta exigencia en el presente caso, de que la operación se lleva a efecto en otro Registro, se requerirá el que por el Registrador de que se trate se oficie en ese sentido al titular del Registro en que se realizó la inscripción provisional, con el fin de que por éste se pueda extender esa nota de cierre al margen de la inscripción correspondiente de la Sección de Buques de Construcción, en la forma que dijimos cuando tratamos de los cambios de domicilio de las Sociedades en el capítulo correspondiente.

Nos queda por tratar en esta pregunta de las inscripciones motivadas en la adquisición de un buque por prescripción, materia en la cual ha surgido una importante reforma dado el contenido del precepto reglamentario que a ella se refiere.

Determinándose por el artículo 573 del Código de Comercio, en sus párrafos 2.º y 3.º, el que: «También se adquirirá la propiedad del buque por la posesión de buena fe, continuada por tres años, con justo título debidamente registrado. Faltando estos requisitos, se necesitará la posesión continuada de diez años para adquirir la propiedad», y expresándose por el artículo 15 de

la Ley de Hipoteca Naval que la primera inscripción de cada buque será la de propiedad del mismo, la concordancia entre ambos preceptos tanto podría ser entendida en el sentido de que la prescripción breve de tres años a que se refiere es una prescripción sanatoria de una inscripción en propiedad, que por adolecer de algún defecto no llevaba aparejada plenamente esta última, con lo cual no habría que admitir las inscripciones en posesión y quedaba respetado el criterio de la referida Ley; como el que, fundándose en los términos del Código y desconociendo los de la Ley, estimar como posibles las inscripciones en posesión que se convertirían en propiedad al darse las demás circunstancias señaladas por aquél, entre ellas el transcurso de los tres años.

En esta situación legal, el artículo 153 del anterior Reglamento del Registro Mercantil, y pese a que ha podido entenderse otra cosa, autorizó las adquisiciones por prescripción basadas en la posesión, pero lo que realmente permitió inscribir era ya la propiedad, basada en esta prescripción posesoria, con o sin justo título, añadiendo al efecto que «la posesión se acreditará mediante certificación, en la que consten expresamente estas circunstancias, expedida por el Comandante de Marina de la provincia en que el buque estuviera matriculado». Con esto se conciliaron, al menos en apariencia, ambos preceptos legales, al permitir la prescripción mediante la posesión, pero no el acceso al Registro de ésta, sino el de la propiedad ya adquirida en virtud de aquélla.

En este estado de cosas, el Reglamento actual ha reformado la redacción del precepto, diciendo al efecto el párrafo 1.º, en su artículo 150, que: «Podrá practicarse la inscripción primera de un buque adquirido por prescripción en los términos del artículo 573 del Código de Comercio»; pero consagrandolo en el 149 que «la primera inscripción de los buques será la de propiedad de los mismos», ateniéndose con ello al precepto claro y terminante de la Ley de Hipoteca Naval.

De lo expuesto creemos que puede deducirse: Que la prescripción de plazo breve sólo puede operar como sanatoria o confirmadora del título inscrito, siempre que éste no adolezca de un vicio de nulidad, ya que «la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a la Ley» (art. 4.º del Reglamento); sin que pueda dársele otro alcance al artículo 573 del Código de

Comercio, puesto que no admitidas las inscripciones en posesión, el requisito de que esté inscrito el título para aprovecharse de esta inscripción de tres años, sólo es posible respecto a los títulos motivadores de inscripciones en propiedad. Por la misma razón no será aplicable ese supuesto a las inscripciones inmatriculadoras, ya que para que opere la prescripción se requiere un título inscrito, y para inscribir éste se exige la inscripción en propiedad.

En cuanto a la prescripción de período largo, podrá originar tanto un asiento inmatriculador como uno de reanudación de tracto, pero con las siguientes diferencias: Que si lo que con ella se pretendiese fuese la inmatriculación, se requeriría, conforme al párrafo 2.º del mismo artículo 150 del Reglamento, la declaración judicial de haberse operado la prescripción, la cual sustituirá a la escritura a que en él se alude, y sin que, por el contrario, sea posible la inscripción con la certificación de la Comandancia de Marina a que se refería el Reglamento anterior. Y que si lo que se pretendiese fuere la reanudación del tracto, para poder operar en contradicción con el asiento registral, mediante la prueba de haberse dado los requisitos legales para la prescripción extraordinaria, se requerirá también la declaración judicial al efecto, ya que el asiento registral al que va a contradecir «se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales», según expresa el artículo 1.º del Reglamento, el que añade que el mismo producirá todos sus efectos mientras «no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud».

El Reglamento, pues, no ha derogado en este extremo al Código, pero, apoyándose en la Ley de Hipoteca Naval, lo ha dejado tan reducido, que imposibilita la aplicación de la idea que parece informarlo.

Inscripciones de transferencia o gravamen.

El artículo 147 del Reglamento declara obligatoria la inscripción de todos estos actos al decir que «los propietarios de los buques de matrícula y bandera española, están obligados a solicitar la inscripción en dicho Registro de los títulos en que se contengan los actos y contratos constitutivos, traslativos, modificativos

o declarativos de su propiedad y de los Derechos reales constituidos sobre los mismos, así como de las limitaciones que le afecten».

Ahora bien, habrá de tenerse en cuenta para ello que, según los artículos 2.º, 3.º y 4.º del Decreto de 23 de mayo de 1947:

2.º «Los propietarios de toda clase de embarcaciones o buques, sin distinción de tonelaje, no podrán transmitirlos a título oneroso ni lucrativo, ni realizar acto alguno de gravamen sobre los mismos, sin antes proveerse de la autorización previa de la Subsecretaría de la Marina Mercante, según dispone la Ley de 2 de marzo de 1938 en su artículo 3.º.

No obstante la autorización previa a que se refiere el párrafo anterior, podrá ser delegada por la Subsecretaría de Marina Mercante, si así lo estimase conveniente, en la autoridad del Comandante militar de Marina de la Provincia marítima donde esté inscrito el buque o buques, cuando éstos tengan un tonelaje inferior a 200 toneladas, siempre que el peticionario sea el que figure como tal en el asiento de inscripción marítima.

Los Comandantes de Marina, una vez que hubiesen concedido o denegado la autorización que en ellos hubiese delegado la Subsecretaría de la Marina Mercante, conforme al párrafo anterior, darán inmediata cuenta a dicho Centro para su toma de razón».

3.º «Por los Notarios no se autorizará ninguna escritura, por la que se transfiera o grave la propiedad de buques, si antes no se le ha justificado, por el compareciente que aparezca como vendedor, la obtención de la previa autorización a que se refiere el artículo anterior.»

4.º «Igualmente los Registradores Mercantiles denegarán la inscripción o gravamen de buques, en los casos en que los propietarios no hubiesen cumplido lo dispuesto en el artículo 2.º del presente Decreto».

La comprensión e interpretación de este Decreto nos produce el mismo malestar que todos los restantes de esta caótica legislación relativa a la Marina Mercante. No queremos entrar casi en su exégesis, pero sí hemos de preguntarnos: ¿No se podrá ya to-

mar por el capitán del buque cantidades para repararlo o equiparlo, o préstamos a la gruesa sobre el casco, quilla, etc., sin obtener la autorización que por él se exige? ¿Es que estos especiales gravámenes que pueden contraerse por el Capitán conforme a los artículos 580 y 583 del Código de Comercio no están comprendidos en el espíritu de ese Decreto?

Poner una traba de esta naturaleza a una operación que se quiere regular con la mayor sencillez, o sea, con la mayor rapidez, hasta el punto de que pueda constituirse el gravamen por persona distinta del propietario, no parece admisible, ni creemos que pueda prevalecer como derogatoria de preceptos especialísimos del Código, y esto no ya sólo porque se trata de un Decreto, sino que incluso la misma Ley a que por él se alude, ya que uno y otra se están refiriendo, a no dudarlo, a situaciones normales, en tanto que los supuestos del Código están previstos para casos completamente anormales.

Desde luego, una interpretación literal del Decreto nos llevaría a la misma conclusión, pues si su obligatoriedad es sólo para «los propietarios» que quieran enajenar, gravar, etc., el Capitán no lo es y sus actos no pueden quedar afectados por esa prohibición. Esta interpretación es bizantina, pero si la lógica y congruente que antes hemos expuesto fuere estimada como inaceptable, creemos que entonces tendría que ser admitida como ortodoxa esta última.

Aún nos queda un requisito más, desconocido, como el anterior, por el Reglamento. Nos referimos al establecido por la Real Orden de 11 de mayo de 1886, cuyo cumplimiento fué recordado por circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1947. Según aquella Real Orden, su objeto es el «ordenar que, inscritas en los Registros Mercantiles las transmisiones de dominio de buques, o verificado cualquier asiento que afecte a la propiedad de los mismos, pongan los Registradores el acto en conocimiento de las Autoridades de Marina respectivas en el término máximo de ocho días, a contar del en que se extendió el asiento». Respecto de cuya obligación creemos que sería muy conveniente el que al remitirse dicha comunicación se hiciese constar ese hecho por nota al margen de la inscripción a que se refiera.

Finalmente, como norma netamente reglamentaria, hemos de señalar el que, según el artículo 148 del Reglamento:

«Para que pueda inscribirse o anotarse, en su caso, la transferencia, gravamen o limitación que afecte al dominio de un buque, será preciso que la persona que lo transfiera o grave, o respecto de la cual se constituya en el contrato alguna limitación legal, tenga previamente inscrito su derecho; suspendiéndose o denegándose la inscripción o anotación, según los casos, si no se hallare inscrito o lo estuviera a favor de otra persona».

Inscripciones especiales.

Hemos expuesto hasta aquí las normas comunes para cada uno de los grupos de que tratamos, pero en cuanto a algunas inscripciones concretas y aparte de la aplicación de aquéllas, se requieren otras especiales que, debidamente agrupadas, pasamos a exponer.

A) Compraventas en procedimientos ejecutivos hipotecarios.

No es éste un punto en el que se requieran normas aclaratorias. Lo que sí se ha requerido ha sido el interpretar ciertos requisitos previos que antes hemos enumerado entre los generales de toda enajenación y otros de los que trataremos con posterioridad en otras preguntas del presente.

Ha dicho a este respecto la Dirección General de los Registros en Resolución de 15 de julio de 1957, que no será indispensable la presentación de la certificación de la baja del buque para la enajenación e inscripción correspondiente, en los casos de venta en procedimiento ejecutivo, cuando el mismo ha sido seguido en rebeldía del demandado.

Igualmente estimamos el que en estas ventas no será exigible tampoco la autorización previa de la Subsecretaría de la Marina Mercante o de la Comandancia de Marina en su caso, ya que, concedida esta autorización para la imposición del gravamen, la venta subsecuente va insita en aquella constitución de hipoteca, siendo sólo una derivación de ella.

B) *Reanudación del tracto.*

Sólo dedica el Reglamento un artículo a esta materia, el 175, por el que se dispone:

«La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se verificará mediante el acta de notoriedad o el expediente de dominio que regulan los artículos 201 al 204 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, sustituyéndose la certificación catastral o del Registro fiscal por la correspondiente de la Comandancia de Marina, y debiendo publicarse los edictos, en todo caso, en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia donde el buque estuviere inmatriculado».

C) *Compraventa con precio aplazado.*

La Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 siguió en éste y otros extremos la tónica entonces dominante en la legislación hipotecaria. Por ello se limitó a disponer el que para que el precio aplazado en las compraventas de naves pudiese perjudicar a una hipoteca impuesta sobre ella, se requeriría el que ese aplazamiento constase en el Registro Mercantil (art. 18).

Este es el principio, pero al desarrollarlo en otros artículos, condicionó esa constancia registral del aplazamiento del precio a que éste hubiere sido indicado en el documento inscribible, de forma que no sólo constase el que todo o parte del precio no se pagaba al contado, sino también el que se precisase en él la cantidad líquida cuyo pago se aplazaba, la fecha en que deberán de abonarse los plazos, el interés, si lo hubiere y las demás condiciones que se hubieren pactado respecto al aplazamiento (art. 19). Esto no obstante, admitía el que el precio aplazado pudiera garantizarse mediante una hipoteca al efecto, en la forma ordinaria para garantizar cualquier otro crédito (art. 27).

Hoy, perfilada esta cuestión en la legislación hipotecaria y privándose por ella, al solo aplazamiento, el que pueda producir efectos contra terceros, ya que para ello se exige, o bien la hipoteca expresa, o bien la condición resolutoria explícita, se habrá pensado concordar esta doctrina con las de la Ley de Hipoteca Naval y le-

gisándose en este extremo por el nuevo reglamento, con reforma de aquel precepto legal, se ha dispuesto al efecto por el art. 156 del mismo:

«En los casos de venta de un buque con precio aplazado, se expresará en la inscripción, además de las circunstancias enumeradas en la Ley de Hipoteca Naval, que la parte del precio aplazado queda garantizada con pacto resolutorio expreso de la venta, o con hipoteca especial, y se practicará conforme al artículo 27 de la misma Ley.

El pago, en el primer caso, se hará constar por nota marginal, mediante presentación de documento auténtico».

Nos encontramos aquí con otra discordancia más entre varios preceptos relativos a un mismo extremo, y si nos fijamos en el Reglamento, tendremos que apreciar la maquiavélica forma en que deroga, sin manifestarlo, un precepto de aquella Ley, revistiendo para ello el ropaje de norma aclaratoria y adjetivadora de aquella. De esta manera, como sólo la práctica será la que los revelará como antagónicos, se traspaasa así a la interpretación jurisprudencial la misión de declarar el que no tiene efecto el de la Ley, ya que no se ha podido pensar el que se declarase sin efecto precisamente al del Reglamento.

La postura que el artículo del Reglamento plantea al Registrador mercantil es triple: Si el precio aplazado hubiere sido garantizado con una hipoteca especial, no se trataría ya de una inscripción de compraventa en la que constase el aplazamiento de su precio y sólo se «mencionase» la hipoteca que lo garantiza, sino que tanto la inscripción como los requisitos exigibles para ella serían los de una compraventa, y los de una hipoteca, con las circunstancias y finalidades propias de cada una de ellas y, por tanto, la referencia al aplazamiento del precio no supondrá nada por sí misma, ya que la garantía de su pago reside en la referida hipoteca, la cual tiene plena eficacia de por sí.

Si la garantía del precio aplazado radicase en una condición resolutoria explícita, o en un pacto resolutorio expreso de la venta como lo denomina el Reglamento del Registro Mercantil, el Registrador se encontrará ante una inscripción típica, que engloba en sí misma tanto la transferencia como la garantía del precio que haya sido aplazado. Se tratará, pues, de la inscripción de un de-

recho sujeto a condición resolutoria, que, mediante su constancia registral, podrá perjudicar a terceros, y para lo cual se requerirá, y además de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Hipoteca Naval, el que se reseña en la misma inscripción el pacto resolutorio que constituye la esencia de la garantía.

Por último, si en la compraventa con precio aplazado no se recogiesen ninguna de las dos formas de garantía antes expresadas, debería de inscribirse en la forma normal de las demás compraventas; pero esto hubiera requerido, en virtud de lo dicho por la Ley Hipotecaria Naval, el que se dijese expresamente por el Reglamento que el precio aplazado no produciría por sí solo efectos contra terceros. Al no haberlo hecho así, nos surge el problema interpretativo a que antes hemos aludido.

Relacionados esos ambiguos preceptos que son el artículo 18 de la Ley de Hipoteca Naval y el 156 del Reglamento, parece que su interpretación deberá ser la que, o bien el precio aplazado reúne los requisitos exigidos para su inscripción, y entonces estaremos en cualquiera de los dos primeros casos, o bien, al no reunirlos y, dado lo preciso de la frase que utiliza el Reglamento de «se expresará», tendremos que denegar o suspender la inscripción que se pretenda. Bien entendido que esta denegación o suspensión deberá limitarse al hecho de que el precio es aplazado y a los posibles efectos de ello frente a terceros, pero en modo alguno a toda la venta, cuya perfección no queda disminuida por la circunstancia de que se haya o no pactado alguna garantía para la seguridad del aplazamiento del precio y sin perjuicio de que, para practicar ese asiento, se obtenga la conformidad del presentante con la denegación del aludido pacto, con lo prevenido en el párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

D) *Hipoteca.*

La regulación de las hipotecas en nuestra patria ha rehuído la uniformidad unificadora, optando por la alegre y polifacética multiplicidad. Ha habido numerosas ocasiones de acometer este problema de la unificación, pero han sido soslayadas como nefasta tentación. Hoy, pues, tenemos: Hipotecas de muebles; hipotecas de bienes que sólo se estiman como inmuebles a esos efectos, e

hipotecas sobre inmuebles. No nos falta ninguno de los matices posibles en este caleidoscopio.

Como la de los buques que aquí vamos a ocuparnos tiene a su vez varios matices, expondremos sus distintas normas con la debida separación, ateniéndonos para ello a las varias clases posibles, bien entendido que, como norma básica para todas, hemos de recordar el que, según el art. 148 del Reglamento, que antes hemos transcrito, para poderse efectuar la inscripción de cualquier hipoteca, se requiere el que el buque aparezca inscrito a nombre del hipotecante, con los efectos de suspensión o denegación del asiento solicitado si no lo estuviere, como se indica por el mismo precepto.

1.º Hipotecas por la forma de prestación del consentimiento.

Desechando la clasificación en expresas y tácitas, ya que las mal llamadas hipotecas tácitas no son otra cosa que un grupo más en la clasificación de los créditos por razón de su preferencia, cuyo encuadre es más lógico, por tanto, dentro de las disposiciones legales y doctrinales sobre prelación y preferencia, ya que es inconcebible gramatical y legalmente el que se califique de tácitos a los créditos incluidos en ese grupo, al suponer esa cualidad, no sólo una aquiescencia con ellos en forma no expresada, sino también una posibilidad de repudiarlos de una manera expresa, lo cual es precisamente lo contrario de lo que ocurre con las mal llamadas hipotecas tácitas, en las que su preferencia sobre la cosa no sólo es obligatoria en cuanto al hecho de su nacimiento, sino incluso en su existencia misma, con lo que tanto su existencia como su exigibilidad se independizan de toda idea de convención, por muy atenuada que ésta sea, distinguiremos sólo, dentro de este grupo, las hipotecas legales y las voluntarias.

Dejando aparte las voluntarias, por constituir la norma general y ser en definitiva a las que nos referiremos en los números siguientes, diremos, en primer lugar, respecto de las legales, que están caracterizadas porque en ellas la voluntad del constituyente se ve constreñida a constituirla o, a lo sumo, es sustituida en todos aquellos casos en que su oposición no se estima como fundada.

La cuestión de si estas hipotecas son o no admisibles respecto a los bienes de que tratamos, está resuelta en un sentido favora-

ble siguiendo la tónica, no ya sólo de la Legislación Hipotecaria, legislación especial al fin y al cabo, sino del Código Civil, que en este punto no es solamente una legislación de carácter más general, sino que sus preceptos tienen de por sí un ámbito general, por el artículo 164 del Reglamento, en el que se expresa:

«La hipoteca legal sobre los buques podrá constituirse a favor de las personas enumeradas en el artículo 168 de la Ley Hipotecaria, siendo aplicables, en lo posible, las disposiciones pertinentes de su Reglamento, y se inscribirán en el propio lugar y con las mismas circunstancias que las voluntarias.

Si conforme al artículo 36 de la Ley de Hipoteca Naval, se hubieren inscrito en el libro de comerciantes los derechos o aportaciones de la mujer casada, que después obtuviere hipoteca legal sobre un buque, se hará constar la constitución de esta hipoteca, por nota al margen de la inscripción de aportación».

La redacción del último de estos párrafos es poco precisa, ya que las aportaciones de la mujer no podrán haber sido inscritas conforme al aludido precepto de la Ley de Hipoteca Naval, sino que, conforme a lo que en él se dice, para que las aportaciones de la mujer, incluso las inscritas en el libro de comerciantes en el Registro Mercantil, puedan perjudicar los derechos de tercero inscritos o anotados sobre una nave, se requerirá el que aquélla obtenga a su favor una hipoteca sobre ésta. Siendo precisamente esta hipoteca la que habrá de anotarse al margen de la inscripción de aportación, en la forma dicha por el precepto reglamentario.

2.º Hipotecas por el objeto.

De las clasificaciones por el objeto sólo nos interesa las de objeto único o múltiple. La posibilidad de estas últimas está recogida expresamente por los artículos 11 y 12 de la Ley de Hipoteca Naval, en los que se expresa:

11. «Cuando se hipotequen varias naves a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad de gravamen de que cada una debe responder».

12. «Fijada en la inscripción la parte de crédito que deba responder cada nave, con arreglo a lo ordenado en el artículo anterior, no se podrá repetir contra ellas en perjuicio de tercero que

tenga inscrito su derecho en el Registro, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectas y la que a la misma corresponda por razón de intereses». Bien entendido que, conforme al artículo 10 de la misma Ley, la hipoteca no asegurará en perjuicio de tercero más intereses que los correspondientes a los dos últimos años transcurridos y a la parte vencida de la anualidad corriente.

El principio de especialidad que se aplica en los supuestos de hipoteca de varias naves, parece de una similitud perfecta con el de la legislación hipotecaria. Pero esto es más aparente que real.

Efectivamente, la legislación hipotecaria sigue ese criterio en los casos de hipotecarse varias fincas en garantía de un mismo crédito, pero es porque considera posible, por su artículo 8.º, la existencia de una explotación agrícola, industrial o fabril formada por varias fincas no colindantes entre sí, pero que sin embargo forman una sola a efectos registrales, mediante el aglutinante que supone la unidad de destino; y esto es lo que precisamente no ha recogido la Ley de Hipoteca Naval, pese a las indudables ventajas que pudiera suponer la admisión de ese principio.

Hoy es casi corriente la existencia de flotas compuestas de varios buques que se complementan mutuamente en sus funciones, de tal forma que, al constituir una sola unidad de explotación, sus respectivas utilidades no es ya que se suman, sino que se multiplican. Véase si no el clásico ejemplo de las flotas balleneras dotadas de barcos de captura y barcos-fábricas, en las que la interdependencia de unos a otros es evidente. Pues bien, por una aplicación del principio de especialidad hipotecaria, no paliado por la posibilidad de inscribirse esas flotas como una unidad, sólo es posible su hipoteca individualizada, con lo que en el caso de ejecución podrán ocasionarse pérdidas evidentes al deudor, sin que por ello se aumenten las seguridades del acreedor. Todo lo cual aconsejaba la admisión de las flotas como unidad registral inscribibles.

3.º Hipotecas por el crédito garantido.

La clasificación de las hipotecas, en atención al crédito que garantizan, es quizá la más numerosa y la que alargaría excesivamente el presente con cuestiones que son de sobra conocidas. En mérito a esa consideración, sólo trataremos de aquellos de sus

términos en los que se requiere alguna aclaración, especialmente en aquellos en los que tanto el actual Reglamento como el anterior, han venido a introducir reformas que modernizaron los ya anticuados conceptos de la Ley de Hipoteca Naval.

Las hipotecas en garantía de cuentas corrientes se recogen por el Reglamento en el párrafo 1.º de su artículo 163, al decir: «La hipoteca naval en garantía de cuentas corrientes podrá otorgarse en escritura pública, y en la inscripción se expresará, además de las circunstancias generales, la cantidad máxima de que responde el buque y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y, si lo fuere, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta, acomodándose en lo demás a los trámites y requisitos establecidos en los artículos 153 de la Ley (se refiere a la Hipotecaria) y 245 y 246 del Reglamento Hipotecario».

Y a las en garantía de títulos al portador dedica el mismo artículo del Reglamento sus párrafos 2.º y 3.º, en los que respectivamente se expresa:

«La hipoteca naval, en garantía de títulos al portador, deberá otorgarse en escritura pública, y en su inscripción constarán, como circunstancias especiales, las relativas al número, valor, serie, fecha y plazos de la emisión y de la amortización de los títulos respectivos.

Estos títulos tendrán doble matriz, una de las cuales se depositará en el Registro Mercantil, quedando la otra en poder de la Entidad emisora. También se hará constar en los referidos títulos la fecha y el Notario autorizante de la escritura y el Registro Mercantil donde se hubiere inscrito la hipoteca».

Estas modalidades de hipotecas en razón del crédito garantizado no fueron recogidas por la Ley de Hipoteca Naval, bien es verdad, que tampoco estaban prohibidas por ella. La cuestión es importante si nos fijamos en que según la regulación del Reglamento se requiere para su constitución el requisito de la escritura pública, siendo así que conforme al artículo 3.º de aquella Ley el documento originador de toda inscripción de hipoteca puede ser muy vario.

Según éste último, el contrato en que se constituye la hipoteca podrá otorgarse:

«Por escritura pública.

Por póliza de agente de cambio y bolsa, corredor de comercio o corredor intérprete de buque que firmen también las partes o sus apoderados.

Por documento privado que firmen los interesados o sus apoderados y que presenten ambas partes, o cuando menos la que consienta la hipoteca, al funcionario encargado de verificar la inscripción, identificando ante él su personalidad».

Y esta variedad de titulación ha quedado limitada por el Reglamento en cuanto a estas hipotecas únicamente la primera de ellas. Con lo cual nos surge otra cuestión interpretativa, que estimamos el que deberá de resolverse en favor de lo dispuesto por el Reglamento, para lo que nos fundamos en que por tratarse de unas hipotecas especiales, cuya finalidad y requisitos no encajan bien en las normas dictadas por la Ley de Hipoteca Naval, habrá que atenerse al precepto reglamentario y a los que por él se aluden, lo cual nos llevará a estimar su contenido como de aplicación preferente a cualquier otro que no se refiera a ellas de una manera directa.

Finalmente, como otro de los términos de esta clasificación, merecedor de consideración especial, nos encontramos con los créditos a la orden de persona determinada, que en el aspecto hipotecario sólo están regulados por la Ley de Hipoteca Naval.

Radica la especialidad de éstos en que su cesión, y a diferencia de los créditos ordinarios en los que se autoriza a que se consigne en uno cualquiera de los documentos exigidos por la constitución, sólo se permite por el endoso en el mismo documento en el que conste la constitución de la hipoteca y sin que, a diferencia de aquéllos, se requiera notificar al deudor la cesión realizada en esta forma. Como más detalladamente expondremos al tratar de la cesión en pregunta especial del presente.

4.º Por la inscripción en que se basa.

Realmente esta clasificación se funda más en el estado del buque que en la inscripción en sí; pero como según el que el buque esté en construcción o ya construido, la inscripción que puede originar podrá ser, o una provisional en el Libro de Buques en

Construcción, o una definitiva en el corriente, la hipoteca tendrá que basarse en una u otra, conforme al estado de él.

La única especialidad derivada de esta clasificación radica en las operaciones que habrán de realizarse una vez ultimada su construcción para pasar la inscripción de unos a otros libros y convertirla así de provisional en definitiva; pero como de todo ello ya hemos tratado con anterioridad, y de lo que allí dijimos se desprendía la necesidad de trasladar a la vez todas las inscripciones que se refiriesen al buque en construcción, incluso las de su hipoteca, omitimos el reiterarlo de nuevo.

5.º Por la Ley reguladora de su forma.

Aparte de la forma normal constituida por aquellas hipotecas autorizadas por funcionarios españoles dentro o fuera de España y con arreglo a nuestra legislación, dada la movilidad del buque en el ámbito internacional y derogándose esta vez de una manera expresa un precepto de la Ley de Hipoteca Naval, se ha admitido por el Reglamento el otorgamiento de las hipotecas por funcionarios y según su legislación extranjera, aunque la norma reglamentaria no sea una novedad del presente.

Decía el artículo 17 de la Ley de Hipoteca Naval:

«Si el contrato de hipoteca naval se otorgase en país extranjero, para que surta los efectos que esta Ley le atribuye, deberá celebrarse necesariamente ante el Cónsul español del puerto en que tenga lugar, y además inscribirse en el Registro del Consulado, y se anotará en la certificación de propiedad que debe llevar el Capitán, con arreglo al artículo 612 del Código de Comercio.

El Cónsul español transmitirá inmediatamente copia auténtica del contrato al Registro Mercantil en que la nave se halle matriculada. El Registrador, luego que reciba la copia, deberá efectuar la inscripción en su Registro.

Con las mismas formalidades deberán otorgarse los demás contratos que se celebren en el extranjero y que hayan de tener preferencia o preferencia sobre el préstamo hipotecario naval en virtud de su inscripción en el Registro Mercantil.»

Este precepto ha venido a ser sustituido, o mejor dicho, completado derogándose las limitaciones que en él se contenían, por

el artículo 160 del Reglamento, que es copia del 171 del anterior, expresivo de que:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Hipoteca Naval, podrá inscribirse el contrato de hipoteca otorgado en el extranjero ante las autoridades y funcionarios competentes y conforme a la legislación del país en que se celebre, cuando, según los convenios internacionales y las disposiciones vigentes, dichos contratos tengan fuerza en España, y deberán figurar anotados en la certificación de propiedad que debe llevar el Capitán.

En el mismo caso serán inscribibles los demás contratos otorgados en el extranjero que hayan de tomar prelación sobre la hipoteca naval, en virtud de su inscripción en el Registro Mercantil, conforme al último párrafo del citado artículo 17.

Los Cónsules españoles que hayan autorizado algún contrato de hipoteca naval, en virtud de su inscripción en el Registro Mercantil, conforme al último párrafo del citado artículo 17.

Los Cónsules españoles que hayan autorizado algún contrato de hipoteca naval o de otra clase que deba inscribirse en el Registro Mercantil remitirán inmediatamente copia auténtica del mismo al Registro del lugar en que el buque esté matriculado. El Registrador, tan pronto reciba la copia, deberá efectuar la inscripción.

Si se tratare de venta a un extranjero, en el caso previsto en el artículo 155, se practicará lo dispuesto en el mismo.

Se considerará cumplido lo preceptuado en el artículo 578 del Código de Comercio y 17 de la Ley de Hipoteca Naval por el hecho de que quede en protocolo notarial del Consulado constancia de la enajenación del buque o de la imposición del gravamen, ya se formalicen los contratos por escritura otorgada ante el Cónsul, ya por anotación en el Certificado del Registro que debe llevar el Capitán».

6.º Por las personas que las otorgan.

El caso normal es aquel en que la constituye el propietario por sí mismo, bien porque tenga la libre disposición de sus bienes, o bien porque se halle autorizado para ello con arreglo a la Ley en caso de no tenerla.

Junto a ese supuesto y también podríamos decir que con idén-

tico carácter de normal, se recoge por el artículo 4.º de la Ley de Hipoteca Naval la constitución mediante apoderado con poder especial para ello, pero señalándose ya una especialidad, al admitir el que ese poder pueda estar «otorgado ante Notario o Agente Mediador de Comercio Colegiado».

Las especialidades más típicas son las recogidas por el artículo 5.º de esa misma Ley, al decir:

«Cuando la propiedad de la nave pertenezca a dos o más personas será necesario que preceda acuerdo de todos los partícipes: o de la mayoría de ellos, computada ésta, conforme a la regla establecida en el artículo 589 del Código de Comercio.

El Director o naviero nombrado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 594 (sigue refiriéndose a supuestos de copropiedad del buque) del Código, podrá constituir hipoteca cuando estuviere oficialmente facultado para ello por los copartícipes, en la forma prevenida en el citado artículo 589.

La hipoteca sobre buques en construcción se constituirá por el propietario.

Podrá también constituir la el naviero, si en el contrato de construcción se le hubiere concedido especialmente esta facultad».

Nosotros omitimos la consignación del contenido de esos preceptos del Código, a los que nos remitimos, porque de ellos no se plantean dudas de ninguna especie al aplicarlos en relación con el presente.

7.º Reglas generales para todas las hipotecas.

Sólo hemos de considerar como tales, y aparte de las normas que, como ya dijimos, por su carácter de generales a todas las especies de hipotecas no recogemos en el presente, las especiales que aludimos al tratar de las inscripciones de transferencia o gravamen en este mismo capítulo, que por su contenido tienen el carácter de generales respecto de las hipotecas.

E) *Transmisión del crédito hipotecario.*

Autorizan los artículos 2.º y 6.º de la Ley de Hipoteca Naval a que el crédito hipotecario pueda constituirse a la orden o «simplemente a nombre de persona determinada», y esta dualidad,

dada la naturaleza de toda cláusula a la orden, tendrá que repercutir forzosamente en los requisitos formales de su transmisión. Lo cual se ha puesto de relieve, a la vez que se normaba su ejecución, por los artículos 161 y 162 del Reglamento.

Se dice al efecto por el primero de ellos:

«Para que pueda inscribirse la transferencia de un crédito hipotecario naval constituido a favor de persona determinada, conforme al artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Naval en relación con el 347 del Código de Comercio deberá constar aquélla en alguno de los documentos a que se refiere el artículo 3.º de dicha Ley, pudiendo extenderse, si fuera privado, en el de constitución de la hipoteca. En todo caso será indispensable acompañar el documento que acredite la notificación de la transferencia al deudor.

En la inscripción se hará constar el nombre, apellidos y nacionalidad del cedente; la parte del crédito, si no fuere total, y las circunstancias de la cesión; la notificación hecha al deudor; el nombre, apellidos, profesión, domicilio y nacionalidad del cesionario y la fecha y lugar de la cesión.»

Para la transmisión de las hipotecas a la orden ya son más suscintas las exigencias reglamentarias, y así se dice por el artículo 162:

«La inscripción de la transmisión del crédito hipotecario naval constituido a la orden de persona determinada surtirá los efectos señalados en los títulos XI y XII (se sobreentiende del libro II) del Código de Comercio. La transmisión se extenderá en forma de endoso en el mismo título de constitución de la hipoteca y contendrá las circunstancias determinadas en el artículo precedente, excepto la de la notificación al deudor.»

F) *Cambio de matrícula.*

Se recogen las repercusiones registrales de este hecho por los artículos 23 y 24 del Reglamento, que por referirse indistintamente a este cambio de matrícula en los buques y al del domicilio de las sociedades, hemos tratado y comentado con extensión al hacerlo de esa materia en el capítulo correspondiente de los anteriores. Por ello nos limitaremos ahora a su transcripción, omi-

tiendo cualquier comentario que sería una repetición de lo allí expuesto.

Se dice por el artículo 23: «Cuando un comerciante o empresario individual o sociedad cambia de domicilio, o un buque de matrícula, dentro de la misma provincia, se hará constar mediante la correspondiente inscripción, previa presentación de solicitud escrita del interesado, documento notarial o certificado de la nueva matrícula del buque, según los casos.»

Y el 24, que fué el que nos ocasionó un comentario más extenso, se refiere al supuesto de que por este cambio sea necesario traspasar a otro Registro las inscripciones de que se trate; expresa al efecto:

«Si el cambio de domicilio o de matrícula se hiciere a otra provincia, se entregará en el Registro Mercantil de ésta, o, en su caso, en el de Buques, certificación literal de la hoja del comerciante, empresario, Sociedad, buque o aeronave, a fin de que se trasladen todas las inscripciones a la hoja que se le destine en dicho Registro, bajo la siguiente forma:

Certifico que en la hoja número..., folio..., tomo..., Sección..., del libro de (comerciantes, Sociedades, buques, o aeronaves) del Registro Mercantil de... aparecen las inscripciones siguientes (transcripción literal): Así resulta de la certificación expedida con fecha... por don..., Registrador Mercantil de..., que para practicar la inscripción siguiente ha sido presentada en este Registro a las... (fecha y firma entera).

A continuación se inscribirá el cambio de domicilio del comerciante, empresario individual o Sociedad, o el cambio de matrícula del buque o aeronave. El Registrador comunicará de oficio al titular del otro Registro haber practicado las oportunas inscripciones, indicando el número de la hoja, folio, tomo y sección en que consten. Este último cerrará la hoja respectiva y extenderá a continuación de la última inscripción un asiento de referencia.

Sí el cambio de domicilio o matrícula se efectuase a lugar correspondiente a la demarcación del Registro Mercantil en que hubieren estado anteriormente inscritos, bastará una certificación de las inscripciones efectuadas con posterioridad a la transcripción referida. El Registro Mercantil hará constar por nota que quedan de nuevo en vigor las inscripciones anteriores practicadas

y trasladará a continuación las nuevas, según resulte de la certificación presentada.

Si un buque en construcción inscrito en el Registro correspondiente al lugar de ésta, se matriculase, una vez construído, en Comandancia de Marina perteneciente a la jurisdicción de otro Registro de Buques, deberá acompañarse, al solicitar la inscripción definitiva, certificación literal de las inscripciones practicadas en el Registro, en la Sección especial de buques en construcción, o negativa, en su caso. Igual norma se aplicará, en su caso, a las aeronaves.»

G) *Modificaciones en el buque.*

Es esta la última de las inscripciones especiales de que vamos a tratar, aunque, como veremos, alguna de estas modificaciones no se recogen registralmente mediante una inscripción, sino sólo a través de una nota marginal.

Como norma fundamental nos encontramos con la recogida en el artículo 145 del Reglamento, el cual determina en relación con el 22 del Código de Comercio y como hechos sujetos a inscripción obligatoria en los libros de buques, los cambios que se realicen en éstos referentes a la denominación, clase de aparejo, sistema o fuerza de las máquinas, material del casco, dimensiones, tonelaje y señal distintiva en el Código Internacional de Señales.

Desarrollando esos preceptos se dice a su vez por el 153 del Reglamento:

«El cambio de nombre de los buques se hará constar por nota al margen de la última inscripción, en virtud de comunicación o certificación de la Comandancia de Marina, y las demás alteraciones de carácter substancial, por una nueva inscripción a solicitud de los interesados, en virtud de documentos justificativos y de la indicada certificación o de esta última solamente.»

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE,

Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SIEMPRE QUE NO SE HAYA ESTIPULADO EXPRESAMENTE COMO CLÁUSULA PENAL UN DERECHO DEL VENDEDOR PARA RETENER Y HACER SUYAS LAS CANTIDADES QUE COMO PRECIO O PARTE DE ÉL SE LE HUBIESEN ENTREGADO POR EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA, SURGE PARA LAS PARTES, SEGÚN EL ARTÍCULO 1.123 DEL CÓDIGO CIVIL, LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIRSE LO QUE HUBIEREN RECIBIDO.

PARA LLEVAR A CABO LA NUEVA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR, POR VIRTUD DEL PACTO COMISORIO EXPRESO, ES NECESARIO QUE ESTÉ PRESENTE SU TÍTULO Y QUE SE HAGA CONSTAR, SEGÚN ESTABLECE EL ARTÍCULO 59 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, LA NOTIFICACIÓN JUDICIAL O NOTARIAL HECHA AL COMPRADOR, Y ADEMÁS, PARA PODER CANCELAR LAS CARGAS Y GRAVÁMENES CONSTITUIDOS POR ÉSTE, SE DEBERÁ CUMPLIR LO REQUERIDO POR EL ARTÍCULO 175-6.º DE DICHO REGLAMENTO, CONSIGNAR EL IMPORTE DE LOS BIENES EN UN ESTABLECIMIENTO BANCARIO O CAJA OFICIAL, SIEMPRE QUE PROCEDA EL REINTEGRO DEL PRECIO.

PARA CANCELAR LOS EMBARGOS PRACTICADOS CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DE VENTA NO SE PRECISA MANDAMIENTO JUDICIAL.

Resolución de 3 de junio de 1961. («B. O.» de 8 de julio.)

Por escritura otorgada en Madrid el 9 de septiembre de 1958 por el Notario don Enrique Giménez Arnáu y Gran, la Sociedad Inmobiliaria Rubsanta vendió a don S. el piso sexto, o ático C,

de la casa sita en esta capital, calle Lope de Rueda, número 53, inscrita en el Registro de la Propiedad número 2. La expresada venta se realizó con precio en parte aplazado, y expresamente se estipuló que la falta de pago de cualquiera de las letras emitidas daría lugar de pleno derecho a la resolución del contrato. Presentada la primera copia de tal escritura en el Registro se inscribió con la condición resolutoria expresa pactada. El comprador, don S. C., dejó de satisfacer las letras de cambio con vencimiento al 1 de enero de 1960 y siguientes. Dicho señor había constituido una hipoteca a favor de «García Sanfrutos, Sociedad Limitada», en escritura otorgada en Madrid el 24 de octubre de 1959 ante el Notario don Antonio Soldevilla, por 206.649 pesetas de principal y 30.000 para costas y gastos; en 3 de febrero de 1960 se practicó una anotación de embargo en virtud de providencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de esta capital, y el 25 de junio otra por mandamiento del Juzgado de Primera Instancia número 13 en garantía de diversas deudas contra las cuales se siguieron los correspondientes procedimientos judiciales. La Sociedad vendedora, por acta autorizada el 8 de junio de 1960 ante el Notario de Madrid don Enrique Giménez Arnáu, hizo el requerimiento exigido por la Ley, artículo 1.504 del Código Civil, declarando resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de lo pactado.

Presentada por la Sociedad vendedora, «Inmobiliaria Rubsanta, S. A.», instancia en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Madrid, en solicitud de la inscripción a su favor del piso de referencia, por haber sido resuelto el contrato de venta mencionado y que se cancelasen todas las cargas y gravámenes de todo tipo que se hubiesen podido imponer sobre el mismo desde el día 9 de septiembre de 1958, fecha de la escritura de venta, se calificó con la siguiente nota:

«Inscrita la precedente instancia en unión de la escritura de compraventa y acta a que el mismo se refiere en el Registro de la Propiedad número 2 de Madrid, en el tomo..., suspendiéndose la cancelación de la inscripción cuarta de la hipoteca de igual finca obrante al..., por no haberse acreditado que ha hecho la consignación que preceptúa la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, defecto subsanable, tomándose en su lugar anotación preventiva por término de sesenta días y denegada la

cancelación de las anotaciones de embargo, letras a) y b) de la propia finca obrantes a..., por no acompañarse el mandamiento judicial correspondiente, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 83 de la vigente Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento. En Granada para Madrid, a 11 de octubre de 1960.—El Registrador, *Francisco López Font.*»

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación parcial del auto presidencial, que había confirmado totalmente la nota del Registrador, ratifica el primer extremo de ésta mediante la doctrina siguiente:

Que en este expediente, a consecuencia de la resolución llevada a cabo por el vendedor, que ha provocado una nueva inscripción del inmueble a su favor, se plantean las cuestiones siguientes:

1.ª Si para cancelar las cargas inscritas en el Registro impuestas por el comprador sobre la finca adquirida se requiere la devolución por el vendedor de la parte del precio que hubiera percibido.

2.ª Si para cancelar los embargos practicados es o no necesario un mandamiento judicial.

Que el pacto comisorio, con precedentes en el Derecho romano, en donde nació con la finalidad de que el vendedor no permaneciera indefinidamente ligado al vínculo contractual y recuperase su libertad si el comprador incumplía la obligación de pagar el precio, logró extenderse después a toda clase de contratos sinalagmáticos y amparado por el derecho intermedio, acabó, merced al derecho consuetudinario, por estimarse siempre sobreentendido, si bien la resolución no podía tener lugar sin pronunciamiento judicial, régimen que pasó al Código francés y al artículo 1.124 del Código Civil español.

Que junto a este llamado pacto comisorio tácito, las partes pueden convenir una cláusula resolutoria expresa, al amparo de los artículos 1.225, 1.504 y 1.505 del Código Civil, de evidente utilidad al permitir la resolución de pleno derecho sin necesidad de la intervención del Juez mediante la mera declaración de voluntad de aquel de los contratantes que hubiese cumplido sus compromi-

sos, cuyo funcionamiento radica según la doctrina, en el hecho de que la tutela jurídica no ha de limitarse a exigir la equivalencia de las prestaciones en el momento de la formación del contrato, sino también en la fase de ejecución.

Que siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se le hubiesen entregado por el ejercicio de la facultad resolutoria, surge para las partes, según el artículo 1.123 del Código Civil, la obligación de restituirse lo que hubieren recibido, y, en su consecuencia, en la compraventa, el comprador deberá restituir la cosa y el vendedor el precio, y además, según el artículo 1.124, se extinguirán los derechos adquiridos por terceros, con posterioridad a la celebración del contrato, salvo lo establecido en la Ley Hipotecaria.

Que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria vigente regula dos supuestos, de simple expresión de aplazamiento del pago—condición resolutoria tácita—que no surtirá efecto respecto de terceros, y—pacto comisorio expreso—susceptible de producirlos si se hallase inscrito, y en este último caso, por exigencia del artículo 1.504 del Código Civil, es necesario para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor que éste presente su título, y que se haga constar, según establece el artículo 59 del Reglamento, la notificación judicial o notarial hecha al comprador, y además, para poder cancelar las cargas y gravámenes constituidos por éste, se deberá cumplir lo requerido por el artículo 175-6.º del Reglamento, consignar el importe de los bienes en un Establecimiento bancario o Caja Oficial, siempre que proceda el reintegro del precio.

Que cuando las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial quedasen extinguidas por circunstancias que consten en el mismo Registro, como ocurre en el presente caso, en el que se practicaron dos anotaciones de embargo sobre finca sujeta a condición resolutoria, la providencia ejecutoria que para la cancelación impone como regla general el artículo 83 de la Ley, es innecesaria, dado el contenido especial del citado artículo 175-6.º del Reglamento; sin duda fundado en que su obtención sería superflua y dilatoria.

De dechado de imperfecciones califica ROCA SASTRE la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que MORELL, con referencia a su anterior de 1915—art. 151-6.º—confesó no entender.

Por ello acaso cuanto con tal norma se relacione parece contaminado de perplejidad y confusión.

Así, al menos para nosotros, acontece con la oración final del penúltimo de los Considerandos, referida a la necesidad de la consignación para poder cancelar cargas y gravámenes constituidos por el comprador, «siempre que proceda el reintegro del precio».

De la lectura de los Considerandos 1.º y 4.º que le preceden podríamos deducir que de haberse pactado como cláusula penal el derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se le hubiesen entregado, no procederá el reintegro de lo abonado. Y entonces, ¿estas cargas y gravámenes deben cancelarse sin consignación alguna?

Como sabemos la regla 6.^a del artículo 151 del anterior Reglamento (hoy 175) fué tomada de su homónima del artículo 2.º del Real Decreto de 20 de mayo de 1880, que ESCOSURA encontraba clara y precisa. No lo entendió así MORELL, según dijimos, que añadió «que la consignación del valor de los bienes o del importe de los plazos deja el ánimo perplejo, ya que parece un requisito siempre *necesario*»...

Pero adviene este otro gran hipotecarista, RAMÓN MARÍA ROCA, y al comentar el artículo 59 del Reglamento y tras la cita de la brillante Resolución de 17 de enero de 1933, escribe: «El vendedor que recobra la cosa vendida tiene que devolver o abonar la parte de precio que en su caso hubiere recibido, *salvo pacto en contrario*, en el cual había que ver una *cláusula penal*, sujeta a moderación por los Tribunales según la Sentencia de 8 de enero de 1945. Hay, pues, que tener en cuenta la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario».

Pero esto que nos parece perfecto en cuanto a interpretación de cómo se desenvuelve el artículo 59 antes citado, por cuanto se trata, como dice la expresada Resolución de 1933, de «producir una nueva inscripción a favor del vendedor o sus causahabientes, sin más requisito que el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador, según dispone el artículo 97 (hoy 59) del Reglamento»,

nos llena de perplejidad al concatenarlo con la regla 6.ª del 175 (antes 151), que, como entendió MORELL y confirma ROCA, «se refiere a actos jurídicos sobre bienes, que anteriormente ya estaban sujetos a resolución».

Cuando por el cumplimiento de la condición resolutoria bajo la cual tuvo lugar la adquisición del dominio o Derecho real, el que como resultado de ello adquiriera el dominio o Derecho real *u obtenga la liberación del gravamen impuesto, deba abonar la correspondiente indemnización o efectuar alguna entrega de cantidad, entonces, si se hubiera constituido algún Derecho real sobre dicho dominio o Derecho real resuelto*, la cancelación de la inscripción de aquel Derecho real *no podrá practicarse* sin que se acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial tal indemnización o cantidad a abonar (ROCA).

Luego—podríamos añadir—si nada hay que abonar por indemnización o hacer entrega de cantidad, por consecuencia de haberse estipulado cláusula penal, la cancelación del gravamen impuesto por el comprador deberá efectuarse sin consignación alguna.

O sea, tal y como dijimos se desprende de los Considerandos 1.º y 4.º en relación con la oración final, «siempre que proceda el reintegro del precio», del 5.º de la Resolución que nos ocupa.

Más contundente al respecto nuestro querido y admirado RAMÓN DE LA RICA, escribe: «Constituida una hipoteca u otro Derecho real sobre bienes sujetos de antemano a condición rescisoria o resolutoria inscrita, también será procedente su cancelación automática con sólo presentar el documento que acredite la rescisión o resolución del hipotecante o constituyente. La consignación de las cantidades que deben devolverse no procederá siempre, *como erróneamente dice el Reglamento*, sino sólo en el caso de que haya de hacerse tal reintegro y de que se hubiere negado a recibirlo la persona a quien legalmente deba hacerse».

La gravedad de esta afirmación nos resistimos a acatarla, siquiera aparezca avalada por la presente Resolución, pues choca abiertamente con una interpretación literal de la segunda parte de la repetida norma 6.ª del artículo 175 del Reglamento, que debió ser tenida en cuenta en los años 1947 y 1959 y al callar y aun confirmada su redacción en la última reforma—ésa del 59—son

datos más que suficientes para que nos atengamos a aquella otra interpretación más rigurosa de MORELL.

Véase.

MORELL, *Comentario*, tomo III, págs. 411 a 414, año 1917

ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomos II y III, págs. 355, 645 y siguientes, edic. V.

LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo II, págs. 89 y siguiente, 223 y 224, año 1949.

RUIZ MARTÍNEZ, *Sobre la Condición y sus Aledaños*, R.C.D.I., págs. 29 y 32, año 1951.

— *Precio aplazado* . etc. igual Revista, año 1949, pág. 601 y siguientes.

LA EXPRESIÓN EN UN ASIENTO «TIENE LA SERVIDUMBRE DE UNA CAÑERÍA QUE CONDUCE LAS AGUAS A LA HUERTA LLAMADA DE CASA», ¿CONSTITUYE UNA MENCIÓN SUSCEPTIBLE COMO TAL DE SER CANCELADA, O ES PARTE O TROZO DE DICHO ASIENTO QUE SE INTEGRA EN EL MISMO, AL QUE AMPARAN LOS ARTÍCULOS 38 Y 76 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CORRESPONDENCIA CON EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.º DE LA MISMA?

Resolución de 30 de mayo de 1961. («B. O.» de 7 de junio.)

El Ayuntamiento de Guadalupe solicitó por instancia de 19 de febrero de 1960, presentada en su nombre por el Procurador señor Sánchez Carmona, la cancelación al amparo de la disposición transitoria primera de la vigente Ley Hipotecaria de la mención existente en el Registro de Logrosán, en la inscripción segunda de la finca, folio, etc., de una servidumbre de acueducto a favor de la misma, que aparece en la inscripción primera de la finca.

Presentada en el Registro de la Propiedad la instancia fué calificada con la nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la cancelación solicitada en el precedente documento por el siguiente defecto: Porque se solicita la cancelación parcial de una inscripción, la segunda, de la finca 5.257, al folio 122, etc., respecto de un derecho de servidumbre de acueducto desde una toma de agua a favor de la misma finca. Este derecho se inmatriculó en 8 de agosto de 1865 en virtud de una certificación librada por los administradores de bienes desamortizados, para su inscripción a

favor del Estado, en la misma inscripción primera de la finca 354, al folio 196 del tomo 19 del archivo, libro tercero del Ayuntamiento de Guadalupe, al amparo del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, finca que es matriz de la descrita en la solicitud que antecede. Esa inmatriculación se practicó con suspensión de la fe pública registral durante un cierto período de tiempo con la publicidad entonces vigente, sin que el Ayuntamiento mantuviera oposición, al menos según los datos del Registro. Durante los noventa y siete años transcurridos desde su inmatriculación el derecho discutido ha venido arrastrándose en los sucesivos títulos de inscripciones sin contradicción. Y en virtud de los principios consagrados en los artículos 38 y 76 de la Ley Hipotecaria actual, los Derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el Registro, mientras no se cancelen o se inscriba la transferencia a favor de otra persona. A su vez, el derecho en discusión, en su forma tabular o registral no constituye claramente una simple mención, sino que tiene bastante más sustancia jurídica formal. El Registrador que suscribe no lo consideró una simple mención de la contemplada por la disposición transitoria a) de la vigente Ley Hipotecaria, a los efectos de su cancelación por caducidad: Primero, porque aparece suficientemente descrito. Segundo, porque presenta un título claro, inicial, la certificación del Estado de 3 de agosto de 1865, que produjo su inmatriculación, redactada de acuerdo con los archivos correspondientes, y continúa con títulos claros, auténticos e indiscutidos posteriormente. Por todo ello compete a los Tribunales declarar la validez o nulidad del derecho inscrito, cuya cancelación se solicita, ya que de acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria vigente, los asientos del Registro en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia judicial. No es posible aceptar una solicitud privada de un posible perjudicado por el derecho inscrito a favor de persona distinta. El Derecho se califica de insubsanable sin que proceda, por tanto, anotación preventiva de suspensión. Y por no haberse practicado la cancelación pretendida, no expido la certificación literal solicitada.—Lógrosán, a 7 de abril de 1960».

Interpuesto recurso por el citado Procurador, la Dirección, en vista de la *Certificación literal del asiento que pretendía cancelarse* (?), ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si constituye una mención susceptible de ser cancelada como tal, la expresión contenida en una inscripción de finca relativa a una servidumbre de aguas, o si, según sostiene el Registrador en su nota la cancelación no puede llevarse a cabo por constituir una cualidad del fundo dominante.

Que el asiento discutido fué practicado al inmatricular la finca con arreglo al Real Decreto de 6 de noviembre de 1865, de la que procede la actual, que tanto el artículo 13 de la Ley Hipotecaria de 1861 como la de 1909 exigían que las servidumbres se hicieran constar en la inscripción de dominio de los predios sirviente y dominante y en el artículo 30 se declaraban nulas aquellas que no figurasen en la inscripción de la finca gravada, supuesto que se da en el asiento discutido en el que además no consta la naturaleza, extensión y título del derecho controvertido, por lo que únicamente podría estimarse como un dato o referencia que según la legalidad a la sazón vigente podría surtir efectos contra tercero desde la fecha de presentación del título respectivo en el Registro.

Que una de las finalidades pretendidas por la Ley de 8 de febrero de 1946 fué precisamente la de eliminar del Registro todos aquellos asientos que por su prolijo contenido perturban el sistema y contribuyan a perpetuar cargas y derechos extinguidos en los libros hipotecarios con detrimento de su claridad y de la contratación inmobiliaria, y por eso el artículo 98 de la Ley estableció que las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada no tendrán la consideración de gravámenes ni gozarán el beneficio de la fe pública, y deberán ser canceladas por el Registrador a instancia de parte interesada.

Que al establecer la disposición transitoria primera de la misma Ley, apartado A), que caducarán y no producirán efecto alguno las menciones que en 1 de julio tuvieran quince o más años de fecha, procede la cancelación de la que ha sido objeto de este expediente, que no fué inscrita especial y separadamente, todo

ello sin perjuicio de que las partes puedan acudir a los Tribunales para contender entre sí, acerca de la existencia o validez de su derecho.

* * *

Si nos atenemos a un riguroso tecnicismo nos atreveríamos a decir que no es muy consecuente consigo mismo nuestro Ilustrado Centro con el concepto que dió de las Menciones «Mera existencia de *carga o gravamen real* que se halla relacionada, mas no constituida o establecida, en el título inscrito o anotado» (Resolución de 7 de julio de 1954), con la aplicación, para hacer desaparecer o cancelar la servidumbre en el predio dominante constatada, de la disposición transitoria primera, apartado A), de la Ley Hipotecaria.

Ciertamente que esta misma disposición transitoria primera, apartado A), se halla aquejada de esta falta de tecnicismo, pues al referirse a las «menciones de cualquier clase», ya extravasa el concepto depurado, propio, que respecto de la mención y a través de lo proclamado, según se ha dicho, por nuestro Centro y por el Tribunal Supremo—sentencia de 26 de febrero de 1942—, nos da la moderna doctrina (así, ROCA SASTRE y LACRUZ BERDEJO).

¿Se desprende que tornamos a aquel más amplio concepto de mención en el sentido de «cita, expresión de algo en un acto o documento» (MORELL), o sea, tal y como se reflejaba en el artículo 29 de la anterior Ley Hipotecaria?

Sin duda hoy la indicación registral de que una finca inscrita goza activamente de una servidumbre predial, no constituye una mención registral propiamente dicha. Pero al no constar inscrita en la hoja registral del predio sirviente aquella expresión (mención en sentido impropio o lato, podíamos decir nosotros) deviene inoperante o ineficaz, según prescribe el artículo 13 de la vigente Ley Hipotecaria y también establecía el artículo 30 en relación con el artículo 13, ambos de la Ley Hipotecaria anterior, aunque en esta última se adoptaba el rodeo poco técnico de considerar el caso como supuesto de nulidad formal. (Roca, nota en página 378, tomo III de Derecho Hipotecario, edición 5.ª; cuyo argumento se recoge indirectamente y para nosotros con mejor fortuna que lo dicho en C. 4.º, en el 2.º de la Resolución que nos ocupa.)

Pero surge un interrogante que suscitó en un cambio de impresiones que con él tuvimos un inteligente Notario: ¿Y si el predio sirviente, como bien puede suceder en este caso, pues fijémonos, es un Ayuntamiento la parte interesada en la cancelación, está exceptuado de la inscripción, conforme al artículo 5.º del Reglamento Hipotecario? Entonces—parece deducirse—esa servidumbre o cualquier Derecho real en general no puede acogerse al Registro, y como consecuencia la misma Ley ampara un supuesto de discordancia entre Registro y realidad.

Incluso de nada serviría el artículo 312 del Reglamento citado...

En su prudente y razonada nota el Registrador alegó el artículo 38 de la Ley fundamental. Estima Roca «que en nuestro sistema es dudoso si cabe calificar de dato registral de hecho, la consignación de un derecho de servidumbre en la hoja registral del predio dominante (página 414, tomo I, obra citada). Si con arreglo a la importante sentencia de 21 de marzo de 1953 la legitimación registral ampara al titular con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto en lo que respecta a la situación jurídica como a las circunstancias de la finca, se ha de reputar veraz mientras no se declare su inexactitud...; enlazando esto con la imposibilidad acaso de inscribir la servidumbre en el predio sirviente—artículos 5.º y 312 del Reglamento Hipotecario—, el largo tiempo transcurrido desde que se constató la misma—como pertenencia, elemento accesorio, *qualitatis predii*—en el predio dominante y hasta casi su creación en el título por el que el mismo se inscribiera, hemos de reconocer que son fuertes las razones que vienen a acompañar a las del Registrador, según vimos reflejadas en su nota.

No decimos tanto de las que añadió en el escrito de defensa o dictamen, en particular por lo que respecta a la brillante Resolución de 24 de marzo de 1922, cuyos Considerandos 2.º y 3.º explican la valoración de una mención de aguas, en términos, para nosotros, más bien adversos para la postura que el citado funcionario quiere defender.

En resumen, hemos de entender que la cuestión está erizada de dificultades y que la finalidad que guió a nuestro Ilustrado Centro es la que pone de relieve en el penúltimo de sus Consideran-

dos, o sea, llevar la claridad a los libros hipotecarios, conceptuada como *desideratum* de la reforma 1944-46.

* * *

En igual sentido la Resolución de 15 de junio de 1961 (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de igual mes y año).

También muy similares las de 26 de junio y 11 de julio de 1961, (B. O. de 4 de julio y 2 de agosto), aunque por ser el título inmatriculador del predio dominante un testimonio de información posesoria, amplió su nota el Registrador, la que vamos a reproducir, así como los Considerandos de la Dirección, que revocó aquélla, cual lo había hecho el Presidente de la Audiencia, cuyo auto ratificó.

Presentada la solicitud en el Registro de la Propiedad, fué calificada con la nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la cancelación solicitada en el precedente documento por el siguiente defecto: porque se solicita la cancelación parcial de una inscripción, la sexta de la finca 3.383 al folio 140 vuelto, del tomo 250 del archivo, libro 44 del Ayuntamiento de Guadalupe, respecto de un derecho registrado por primera vez en la anotación letra a) al folio 127 del mismo tomo y libro, de fecha 17 de febrero de 1904, que fué convertida en inscripción primera al folio 127 citado del mismo tomo y libro, el 16 de mayo de 1904. Esa anotación se produjo por virtud del auto de aprobación de un expediente posesorio, dictado aquél por el Juez municipal de Guadalupe el 4 de enero de 1904. En dicho expediente se acreditó por quienes lo instaron, no sólo la posesión de la finca, sino que «tiene su fuente con agua potable de la cañería pública»; y de acuerdo con las normas legales vigentes en la época declararon dos testigos, se publicó edicto y se acordó dictamen favorables del Fiscal. Es decir, en su tramitación se cumplió exactamente la Ley vigente. Y como según el artículo 83 de la Ley Hipotecaria actual no pueden cancelarse las inscripciones y anotaciones practicadas en virtud de mandamiento judicial, sino por providencia ejecutoria, el medio de obtener la cancelación solicitada no puede ser un escrito o solicitud privada, sino una resolución judicial firme. El defecto se considera

insubsanable, no procediendo anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable. A mayor abundamiento, no puede calificarse con claridad si el derecho que tiene su fuente de agua potable de la cañería pública registrada, es en su forma tabular una mención, o algo más con sustancia hipotecaria. El Registrador que suscribe estima que el derecho inscrito no tiene rango legal de una inscripción de dominio, pues se trata de una inscripción de posesión aún no convertida en definitiva. Pero tampoco la considera una simple mención de la contemplada por la caducidad de la disposición transitoria a) de la vigente Ley Hipotecaria: a) Porque el derecho aparece suficientemente descrito. b) Presenta un título claro y auténtico el auto aprobatorio del expediente de posesión. c) Viene reiterado con claridad en los títulos y en los libros del Registro. d) Su eficacia, por emanar de un título posesorio no convertido en dominical, es provisional, sin perjuicio para tercero de mejor derecho, y los Tribunales habrán de declarar su validez o no definitiva y el derecho que haya de prevalecer. e) El propio Ayuntamiento solicitante de la cancelación, y que se considera perjudicado, pudo conocer la posesión que se alegaba para inscribir, porque se publicó edicto en forma; y aún más, en la citada inscripción primera de conversión al folio 127 del tomo y libro ya citados, expide para esa inscripción un título subsanatorio de defecto la nota de haberse tomado razón suficiente para el amillaramiento de la finca en su derecho y, por tanto, conoció, o debió conocer, punto que habrán de dilucidar los Tribunales, la inscripción posesoria solicitada. No expido la certificación literal solicitada por no haberse practicado la cancelación que se pretende en el escrito calificado.—Logroñán, a 7 de abril de 1960».

Que en el expediente posesorio la autoridad judicial se limitaba a sancionar un estado de hecho en armonía con la naturaleza de la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y a proveer al interesado, según el artículo 394-2.º de la Ley Hipotecaria de 1909, de un título hábil para la inscripción, que producía los mismos efectos que los documentos autorizados por Notario, por lo que no es aplicable para proceder a la cancelación lo dispuesto en el artículo 83 de la vigente Ley relativa a inscripciones o anotaciones hechas en virtud de orden o mandato judi-

cial, y además por tratarse de un supuesto de caducidad por ministerio de la Ley, conforme al artículo 174 del Reglamento Hipotecario, quedaría exceptuada de la formalidad exigida por igual precepto, ya que se encuentra extinguido el derecho.

Que el expediente plantea la misma cuestión, decidida por la Resolución de 30 de mayo próximo pasado, se defiende con idénticos argumentos y se aducen en su apoyo los mismos fundamentos legales, por lo que procede reiterar la doctrina en ella declarada de que el asiento examinado, según la legalidad a la sazón vigente, podía estimarse una mención susceptible de surtir efectos contra tercero, pero como el artículo 98 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 dispuso que tales menciones no tuviesen en lo sucesivo carácter de gravámenes, y que deberían ser canceladas una vez que se haya producido su caducidad, será forzoso concluir que procede cancelar la que ha sido objeto de este expediente, por no aparecer especial y separadamente inscrita, todo ello sin perjuicio de que las partes puedan acudir a los Tribunales para contender entre sí acerca de la validez o existencia de su derecho.

CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. PARA LLEVARLA A CABO SE PRECISA PROVIDENCIA EJECUTORIA, QUE NO PUEDE SUSTITUIRSE POR UN INFORME JUDICIAL EN EL EXPEDIENTE GUBERNATIVO, PUESTO QUE, SEGÚN EL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY HIPOTECARIA—A MÁS DE LO QUE ESTABLECE EL 83 DE LA MISMA—, SÓLO DEBERÁN TENER ACCESO AL REGISTRO LAS ESCRITURAS PÚBLICAS, EJECUTORIAS Y DOCUMENTOS AUTÉNTICOS.

Resolución de 26 de julio de 1961. («B. O.» de 16 de agosto.)

Otorgada el 7 de junio de 1957 escritura pública por don R., en estado de casado con doña F., fué vendida a doña M. la finca situada en la ciudad de San Sebastián, barrio de Miraconcha, donde se halla señalada con el número 10. El 31 de agosto de 1957, al tener la recurrente la noticia de existir litigio entre sus padres, retiró del Registro la escritura sin que se hubiera practicado asiento alguno.

Presentada de nuevo en el Registro la escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento el día 9 de mayo de 1960, a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos, según el asiento número 967, al folio 116 del tomo 89 del Diario, se devuelve al presentante sin haberse practicado operación alguna, porque en el tomo 227 del archivo, libro 68 del Ayuntamiento de esta ciudad, folio 183, finca número 822, aparece la anotación preventiva de demanda, letra A), ordenada en providencia dictada con fecha 1 de junio de 1957 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de esta ciudad y su partido por haberlo decretado así el de igual clase número 1 de los de Madrid, en providencia de fecha 9 de mayo del mismo año, en los autos declarativos de mayor cuantía promovidos por la esposa del vendedor contra el mismo y por la cual se prohíbe a éste administrar los bienes adquiridos durante el matrimonio y la expresa de enajenar la finca que se vende.—San Sebastián, 8 de junio de 1960».

Interpuesto recurso por el Procurador señor Arbide, en representación de doña M., basándose en que el pleito de prodigalidad existente entre los padres de su representada había terminado, con sentencia favorable al vendedor, y que careciendo la misma de legitimación para obtener de ningún Juzgado o Tribunal testimonio de las resoluciones recaídas debía el Registrador acordar para mejor proveer unir al recurso informes y documentos para subsanar los defectos que se oponen a la inscripción de la escritura de compra de doña M., el Presidente de la Audiencia, previo informe del Juez de Primera Instancia que había entendido en el expediente de prodigalidad, confirmó la nota del Registrador, que la Dirección corrobora y ratifica, mediante la irrefragante y razonada doctrina siguiente:

Que este recurso plantea la cuestión de si puede cancelar una anotación preventiva de demanda de incapacidad por prodigalidad mediante el informe del Juez en este expediente, que acredita haberse dictado sentencia firme por la que se desestimó la pretensión deducida.

Que la extinción del derecho inscrito o anotado engendra una discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, que debe rec-

tificarse conforme establece el artículo 40, b), de la Ley Hipotecaria mediante la cancelación del asiento inexacto por el procedimiento establecido en el título IV de la misma Ley, sin que el Registrador pueda proceder de oficio fundado en informaciones más o menos personales ni a instancia de parte interesada cuando no aporte los títulos necesarios, ya que sólo se deben tener en cuenta para la calificación los documentos presentados en tiempo y forma al hacer la petición del asiento correspondiente.

Que el artículo 83 de la Ley Hipotecaria establece que la cancelación de las anotaciones preventivas se llevará a cabo en virtud de una providencia ejecutoria, que ni ha sido presentada en el Registro ni puede sustituirse por un informe judicial en el expediente gubernativo, puesto que sólo deberán tener acceso al Registro, según el artículo 3.º de la misma Ley, las escrituras públicas, ejecutorias y documentos auténticos.

Que la recurrente aparece legitimada, según el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, para pedir la inscripción de su título de compraventa, si bien existe el obstáculo que supone la vigencia de un asiento que impide la inscripción mientras no se cancele bien por su caducidad, si procediere conforme a los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 del Reglamento para su ejecución, bien mediante la presentación del testimonio de la sentencia recaída, que la causahabiente del vendedor pudiera obtener del Juzgado correspondiente.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de enero de 1960.

LAS INSCRIPCIONES SOBRE VIVIENDAS FAVORECIDAS FISCALMENTE, SON APLICABLES A LA ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS O LOCALES O APARTAMENTOS DE AQUÉLLAS.

VENDIDO UN APARTAMENTO EN UNA CASA ACOGIDA A LOS BENEFICIOS DE LA LEY DE 3 DE DICIEMBRE DE 1953 Y DECRETO DE 6 DE OCTUBRE DE 1954 Y DISPOSICIONES CONCORDANTES, LA CORRESPONDIENTE ESCRITURA FUÉ LIQUIDADADA APLICÁNDOLE EL TIPO ORDINARIO DE COMPRAVENTA AL 6 POR 100.

La liquidación fué recurrida por estimar que a la transmisión le era aplicable el beneficio tributario establecido en las disposiciones citadas y confirmado en la Ley de 12 de mayo de 1956 y en el artículo 3.º, letra j) de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, y también en sentencias del Tribunal Supremo, tales como la de 3 de septiembre, 4, 5 y 10 de octubre de 1958.

El Tribunal Central dice que, llevada a cabo la construcción del edificio conforme a la legislación especial aludida, los beneficios de ella dimanantes son aplicables lo mismo a la transmisión de la cons-

trucción urbana, como bloque o inmueble total, que a la enajenación de viviendas o locales, aunque éstos formen parte de una copropiedad o dependan de otros elementos de la construcción general, o de otra construcción ajena.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de enero de 1960.

INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS SOBRE EL CAUDAL RELICTO, EN RELACIÓN CON EL ART. 20 DEL CONCORDATO VIGENTE, EN EL CASO DE QUE LA RENUNCIA FAVOREZCA A LO DISPUESTO POR LA TESTADORA EN FAVOR DE SU ALMA.

Antecedentes: A consecuencia del fallecimiento de cierta causante en 1955, se consignó en las operaciones particionales que dicha causante había instituido a una hermana suya heredera usufructuaria, con facultad dispositiva en caso de necesidad, según conciencia, y el remanente al alma de la instituyente.

La usufructuaria aceptó la herencia en usufructo y a la par renunció a la facultad de disposición de los bienes, concedida por la causante.

El albacea contador adjudicó la nuda propiedad de los bienes al Obispado, y la Oficina Liquidadora giró, entre otras, la correspondiente liquidación por caudal relicto a cargo de la usufructuaria, alzándose contra aquélla el albacea, por estimar infringidos los artículos 244 del Reglamento de 1947 y el 20 del vigente Concordato de 27 de agosto de 1953, en su apartado 5.º, y pidió que se anulase la liquidación y se girase otra sobre la base del 10 por 100 del valor de los bienes, por estar exento el resto, heredado por el alma, en virtud del dicho Concordato.

El Tribunal provincial denegó la pretensión fundándose en que ni la usufructuaria ni el alma de la causante estaban comprometidas en las excepciones señaladas en el citado artículo 244 del Reglamento, al efecto de fijar la base del caudal relicto.

Recurrido el acuerdo denegatorio, el Central, revocándolo, dice que, ocurrido el fallecimiento de la causante vigente, el Concordato, son de aplicar al caso sus preceptos, y entre ellos el núm. 2

de su artículo 36, que dispone que se consideran derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo que en él se establece, y que el núm. 5.º de su artículo 20, dice que las donaciones, legados o herencias destinados a finalidades de culto religiosas, serán equiparadas, a efectos tributarios, a aquellas destinadas a fines benéficos o benéfico-docentes; y que, por consiguiente, dentro de esta fórmula, han de estar comprendidas las herencias a favor del alma, como en el presente caso ocurre al ser adjudicada la nuda propiedad de la herencia al Obispado para sufragios por el alma de la causante y a las necesidades y atenciones de la Iglesia.

Por otra parte, como el artículo 245 del Reglamento del 47—en el actual el 257—ordena que de la base del impuesto sobre el caudal relicto ha de deducirse una cantidad igual al valor comprobado de los bienes que hayan de servir de base para liquidar el de Derechos reales correspondiente, entre otros, a los Establecimientos de Beneficencia, es claro que el supuesto estudiado cae dentro de esa prescripción legal, puesto que, en virtud de la renuncia de la herencia a disponer de los bienes, resulta que la nuda propiedad, de ellos recae en favor del alma de la testadora causante.

Cierto es—sigue diciendo el Trigunal Central— que el artículo 258 del Reglamento del 47, reiterado en el vigente de 1959, dispone que, en caso de renuncia de la herencia por personas cuyas porciones hereditarias estuvieren sujetas al impuesto sobre el caudal relicto, no se aplicarán las exenciones del artículo 244—hoy el 256—, aunque cuando en virtud de aquélla adquieran los bienes las personas o entidades a que el mismo precepto se refiere, pero no hay que olvidar, añade, que la renuncia de la usufructuaria implica que la herencia se refiera directamente a favor del alma de la causante o, sea que la adquisición, esto es, su causa, no proviene de la renuncia como causa jurídica de la transmisión, que es el supuesto del artículo 258 del Reglamento, sino de la voluntad de la causante misma.

Por la misma razón, sigue diciendo la Resolución que extraçamos, que tampoco el caso es de los comprendidos en el número 17 del artículo 31 del Reglamento, cuando dice que la renuncia de la herencia, simple y gratuita, a favor de los coherederos con

derecho de acrecer, así como la repudiación pura y simple, no son actos sujetos, pero que los beneficiados por tales actos satisfarán el impuesto correspondiente a lo renunciado o repudiado por el mismo tipo que correspondería al renunciante o repudiante, puesto que aquí la parte favorecida por la renuncia estaría comprendida en la exención concordataria.

Por nuestra parte, reconocemos que la solución, tal como la resolución la enfoca, es defendible, aunque discutible, aunque su razonamiento bien pudiera ser aplicable a toda clase de renunciaciones y repudiaciones propiamente dichas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de enero de 1960.

En esta Resolución se estudia el problema de la bonificación del Impuesto del Timbre del Estado en las *declaraciones de obra nueva*, referentes a proyectos de viviendas que disfrutaran de protección fiscal, y lo traemos a colación en esta sección del Impuesto de Derechos reales por la relación que unas y otras bonificaciones guardan y porque el problema surge con frecuencia conjuntamente en la documentación que acerca de tales viviendas se presenta en las Oficinas Liquidadoras.

La tesis de dicha Resolución sostiene que la bonificación de Timbre no es aplicable.

Antecedentes: Una Sociedad inmobiliaria presentó a la Oficina Liquidadora una escritura con la declaración obra nueva de una casa que había construido en solar propio, valorada en una considerable cantidad y acogido el inmueble a los beneficios fiscales contenidos en los Decretos-Leyes de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953, con hipoteca a favor del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional. La escritura era de fecha 5 de octubre de 1955.

La Oficina Liquidadora declaró exenta del Impuesto de Derechos reales la constitución del préstamo y no sujeta la declaración de obra nueva, y giró a cargo de dicho Instituto una liquidación por Impuesto del Timbre que importó 40.068 pesetas.

La entidad recurrió la liquidación, solicitando la bonificación del 90 por 100, de acuerdo con los mencionados textos legales y razonando que, si bien en ellos no se menciona expresamente la declaración de obra nueva como comprendida en tal bonificación, implícitamente sí lo está como acto complementario y necesario para el otorgamiento de préstamos hipotecarios terminantemente bonificados.

El Tribunal Provincial denegó la bonificación pretendida, fundado en que «la declaración de obra nueva es *acto independiente*, sujeto al Impuesto por la Ley del Timbre de 14 de abril de 1955, y no se encuentra comprendido entre los enumerados concretamente en los preceptos legales invocados por el recurrente, razones suficientes todas para excluirle de la bonificación pretendida».

El Tribunal Central, confirmando el acuerdo del inferior, dice que gozarán de bonificación los documentos referentes a aquellos conceptos o actividades en que así se declare por una Ley y que el alcance y cuantía de tales deducciones serán las que determinen las Leyes que las reconozcan, las que en el caso están contenidas en los Decretos anteriormente citados, los cuales, al enumerar los actos u operaciones bonificables, para nada se refieren a las declaraciones de obra nueva. Por tanto, deben estar sujetas al pago sobre la base fijada en la norma 4.ª del artículo 9.º de la mentada Ley del Timbre; sin que, por otra parte, puedan admitirse, en materia de exenciones fiscales, interpretaciones extensivas y antagónicas de los aludidos preceptos.

Comentarios: Prescindiendo de la calificación dada por la Oficina Liquidadora a los actos de constitución de hipoteca en garantía del préstamo y declaración de obra nueva, cuya calificación fué de exención para el primero y de no sujeción para el segundo, puesto que ello no fué objeto de contienda, aunque alguna apostilla pudieran merecer.

Nos limitamos, pues, a la denegación acordada por el Central en cuanto a la exención o bonificación del Impuesto del Timbre del Estado; negativa fundada, como va dicho, en que ni esta Ley ni los invocados Decretos-Leyes establecen semejante exención.

No desconocemos ni negamos que en ninguno de dichos pre-

ceptos legales se habla específicamente del acto de declaración de *obra nueva*, como no lo mencionan tampoco las demás disposiciones referentes a la materia, cuales son: la Ley de 25 de noviembre de 1944, la Orden de 14 de abril de 1948, normativa de los preceptos de esa Ley, y la Orden de 10 de julio de 1954, que las da para el desarrollo de los repetidos Decretos de 1948 y 1953, referidos especialmente a viviendas bonificables; pero, siendo ello así, también lo es que tales disposiciones, además de coincidir en las exenciones y bonificaciones de Derechos reales y Timbre sobre las adquisiciones de terrenos, hipotecas, etc., están igualmente acordes en extender los mismos beneficios fiscales a «los contratos de ejecución de obra que se refieran a las fincas expresadas».

Esto supuesto, ¿se puede sostener, como la Resolución comentada afirma, que la declaración de obra nueva es un acto independiente sujeto al impuesto por la Ley del Timbre, y que «no se encuentra comprendido entre los enumerados en los preceptos legales invocados?»

Nosotros, dejando a salvo, como siempre, los respetos que la autoridad del Tribunal Central nos merece, decimos que su tesis nos parece asaz vulnerable, y sentamos, en primer lugar, que es una realidad que la Ley del Timbre, en el núm. 4.º del artículo 9.º claramente dice que las declaraciones *obra nueva* están gravadas, y a la par sostenemos que, ello no obstante, es de aplicación la misma Ley cuando, al enumerar las exenciones y reducciones del impuesto, dice, en el núm. 25 del artículo 89, que en éste están comprendidos «los actos y contratos reflejados documentalmentemente en cuyo favor se haya reconocido o se reconozca la exención por leyes especiales...»

Este reconocimiento de la bonificación de que se trata en todos los textos legales invocados, es para nosotros indiscutible, al establecer en todos ellos la bonificación del 90 por 100 del Impuesto del Timbre respecto a «los contratos de ejecución de obra que se refieran a las fincas expresadas».

No se dice, es cierto, *obra nueva*, pero, ello no obstante, es claro que le alcanza la bonificación. En efecto: el argumento de la Resolución, reducido a un silogismo, es éste: las disposiciones invocadas «para nada se refieren a las declaraciones de obra nue-

va», por lo que al Impuesto de Timbre afecta, y, por otra parte, tales declaraciones están expresamente tarifadas y gravadas en el núm. 4.º del artículo 9.º de la Ley del Timbre, luego la bonificación es improcedente; y el argumento se puede redondear y reforzar con este otro: si bien es cierto que el núm. 25 del artículo 89 de la propia Ley prevé la exención o la bonificación en los casos en que «se haya reconocido o se reconozca la exención por Leyes especiales», el precepto es inaplicable a la actual contienda porque los repetidos Decretos-Leyes no comprenden en la bonificación las declaraciones de obra nueva.

El argumento, no obstante su aparente fortaleza, no es eficaz. En efecto: ya hemos hecho notar que los Decretos-Leyes citados, específicos para el caso, y con ellos todas las restantes disposiciones sobre viviendas, ya sean bonificables, protegidas o para la clase media, mentadas también, únicamente expresan que las bonificaciones, incluida la del Timbre, comprenden «los contratos de ejecución de obra que se refieran a las fincas expresadas»; y ante tan categórica afirmación, preguntamos: si tal expresión no se refiere a la edificación, a la construcción, a la obra nueva que sobre el solar se levanta, ¿a qué se refiere?: a nada; y quedaría sin contenido el texto legal y habríamos incurrido en la infracción del axioma jurídico que dice que «toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse».

Es incuestionable, pues, que la bonificación debatida, unida a la de Derechos reales y referida al contrato de *ejecución de obra*, tiene que referirse forzosamente al edificio u obra nueva de que se trata, con el aditamento de que al expresarse el legislador así, no pudo emplear la locución *declaración de obra nueva* porque estas declaraciones no estaban mencionadas ni tarifadas en la Ley y Reglamento de 1947, entonces vigentes, como desligadas del contrato de *ejecución de obra*, que sí estaba regulado y tarifado en esos textos. Por lo mismo, al que presentaba la liquidación una escritura con una mera declaración de *obra nueva* sobre un solar de su propiedad, a fin de inscribirla con accesión de éste en el Registro de la Propiedad, no se la liquidaba el impuesto por esa simple declaración o manifestación, y el acto se calificaba como no sujeto, sin perjuicio, claro está, de que si la construcción hubiese tenido lugar, mediante un contrato de ejecu-

ción de obra de éste tributase con acto sujeto, que era por la tarifa entonces vigente.

Esta es la razón de que el texto de la bonificación contenida en los tan repetidos Decretos-Leyes, como dictados durante la vigencia de la Ley y el Reglamento de 1947 sobre el Impuesto de Derechos reales, hiciesen referencia tan sólo a la bonificación por Derechos reales y Timbre en cuanto a los contratos de *ejecución de obras*.

Llegados a este punto de nuestro razonamiento, hemos de completarlo con lo dispuesto en la legislación vigente sobre el Impuesto de Derechos reales, contenida en la Ley de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959, cuyos textos incluyen por primera vez en el área del impuesto las declaraciones de *obra nueva* y han de servirnos para redondear y remarcar nuestra argumentación de manera contundente.

Estos textos son el apartado VI del artículo 2.º de la Ley y el del mismo número del art. 5.º del Reglamento, los cuales, al enumerar los actos, contratos y documentos que están sujetos al impuesto, dicen que lo están «las declaraciones de obra nueva de inmuebles, salvo cuando se acredite que se ha satisfecho el impuesto por el contrato de construcción», completadas con lo que el apartado 7) del artículo 18 del mismo Reglamento, dedicado a la regulación de «los contratos de obras de todas clases» expresa, diciendo: «En las declaraciones de obra nueva referentes a inmuebles o buques, se presumirá la preexistencia de un contrato mixto de obras con suministro, en las primeras, y de compraventa en las segundas, *liquidable por tales conceptos*».

¿Qué se deduce de ello con toda claridad? Se deduce—y éste es nuestro argumento Aquiles y el remate definitivo de nuestro punto de vista—que la declaración de obra nueva carece de substantividad por sí misma ante el Reglamento y que, a los efectos tributarios no es más que el vehículo o expresión externa de un contrato anterior de ejecución de obra; de tal manera, que si éste, al ser exteriorizado en ella, había tributado, la declaración será inoperante a efectos fiscales, y, en caso contrario, se exigirá el impuesto, no como tal declaración de obra nueva, sino, por el contrato preexistente de ejecución de la misma.

Corroborra nuestro pensamiento el mismo artículo 18, al aña-

dir en el mismo apartado 7), párrafo 2.º, que «si la persona a cuyo favor se hace la declaración alegase haber aportado en parte los materiales, el valor de tal aportación será deducible de la base liquidable, y si los hubiese facilitado en su totalidad, se liquidará solamente el contrato de obras...»

En conclusión, entendemos que queda demostrado, en contra de la tesis combatida, que la bonificación por Timbre objeto de la controversia, está claramente comprendida en los tan repetidamente citados Decretos-Leyes, y que, por lo mismo, está contenida en el también citado artículo 91, núm. 4.º, de la Ley del Timbre, puesto que la reconoce para los «conceptos o actividades en que así se declare por una Ley».

Como colofón de cuanto queda expuesto, añadiremos que la teoría de que la declaración de obra nueva no implica transmisión alguna de bienes, sino que simplemente encierra la presunción legal de un contrato anterior o coetáneo de ejecución de obras, está proclamada por el Tribunal Central en dos Resoluciones inmediatas a la que comentamos, de fecha 26 del mismo mes de enero de 1960.

Terminamos estas consideraciones saliendo al paso del argumento que a nuestra tesis se puede hacer, y es éste: una cosa es que la declaración de obra nueva nunca está por sí sujeta al Timbre, y otra que lo esté, además, al acto de ejecución de obra o de contrato mixto implícitamente contenido en aquélla; y a ello contestaremos que el verdadero contenido jurídico-económico, según va razonado, de la declaración de obra nueva, es el dicho contrato mixto o de ejecución de obra, y ese contenido será el tributable, con la bonificación que legalmente le corresponda. De lo contrario, tendríamos que llegar a la durísima conclusión de aplicar la disposición 4.ª del artículo 8.º de la Ley del Timbre, que dispone que si un documento comprende actos de distinta naturaleza jurídica sobre los mismos bienes, se exigirá el reintegro por cada uno, y en definitiva exigir el timbre por la declaración de obra nueva y además por el contrato mixto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de enero de 1960.

LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES MOBILIARIAS POR ANTE AGENTE DE CAMBIO Y BOLSA EN ESTA Y CON DETERMINACIÓN DEL CAMBIO CORRESPONDIENTE AL CONTADO CON DETERMINACIÓN DEL CAMBIO RESPECTIVO, NO ESTÁ EXENTA DEL IMPUESTO SI EN ESCRITURA PÚBLICA POSTERIOR CONSTA QUE EL PRECIO FIJADO FUÉ PROVISIONAL, A RESERVA DE QUE EL DEFINITIVO SERÍA FIJADO POR EL TERCERO, CONFORME A LO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 1.448 DEL CÓDIGO CIVIL.

Antecedentes: Vendidos al contado y en importante cuantía ciertos paquetes de acciones de varias Sociedades Anónimas, ante Agente de Cambio y Bolsa, en fechas 21 y 29 de diciembre de 1951 y 23 de enero de 1952, constando las operaciones en las correspondientes pólizas con su respectiva cotización por cada paquete, se consignó en escritura pública de 17 de septiembre de 1952 que el precio de tales acciones constante en las pólizas era provisional, según se había concertado por escrito, y que el definitivo habría de ser fijado por un tercero en determinado plazo, a contar desde la notificación de su designación.

El arbitraje se realizó y consignó en acta notarial de 10 de octubre de 1952, y la Abogacía del Estado, en servicio de investigación, giró liquidación por el Impuesto de Derechos reales sobre una base de varios millones de pesetas, aplicando el número 59 de la Tarifa al 1 por 100.

Después de ciertas incidencias procesales, que no son del caso, producidas ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo al ser recurrida la liquidación, se alegó ante éste que se trataba de una negociación de valores de Bolsa, a la que debió aplicarse la exención establecida en el núm. 7.º del artículo 5.º del Reglamento del Impuesto de 7 de noviembre de 1947, sin que las modalidades del negocio jurídico, concertado de conformidad con lo previsto en los artículos 1.445 y 1.447 del Código Civil, hubiesen desvirtuado su propia naturaleza jurídica, debiendo, en su consecuencia, ser anulada la liquidación y aplicada la susodicha exención.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, por estimar que en el caso no concurrían los supuestos del aludido núm. 7.º para que la exención fuese aplicable, tanto más cuanto que las exenciones han de ser siempre aplicadas con criterio restrictivo.

Planteada la alzada ante el Tribunal Central, éste, confirmando la desestimación del recurso, dice que es de tener en cuenta que las mismas estipulaciones contenidas en la escritura aludida de 17 de septiembre de 1952 ponen de manifiesto la improcedencia de la declaración, porque de «sus propios términos se deduce el carácter de promesa de venta que, por propio reconocimiento de los interesados, tuvieron las operaciones concertadas en la Bolsa de Barcelona, contrato preparatorio del de compraventa contenido en la escritura, complementada por el acta de 10 de octubre siguiente, en la que la persona designada determinó el precio de las acciones transmitidas».

A mayor abundamiento, sigue diciendo la Resolución del Central, es de tener en cuenta el criterio restrictivo que impone la Ley de Contabilidad para la aplicación de las exenciones, al exigir el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos para ello.

Esto supuesto, añade, «siendo característica de las operaciones al contado concertadas en Bolsa, conforme al artículo 39 del Reglamento de 31 de diciembre de 1885, que los Agentes se ajusten estrictamente al curso de los cambios, precepto reiterado por el Reglamento de la Bolsa de Madrid de 12 de junio de 1928, que en su artículo 31 admite las operaciones al contado y a plazos, en firme o a voluntad, con prima o sin ella, pero no las condicionales, resulta indudable que la transmisión de que se trata no fué operada en Bolsa ni mediante la intervención de Agente, al menos en cuanto al elemento esencial de determinación del precio de los valores». En definitiva, pues, como va dicho, desestimó la declaración y confirmó la liquidación impugnada.

Comentarios: Por nuestra cuenta y simplemente, decimos que si la operación primitiva se figuró y desarrolló lisa y llanamente, como parece deducirse claramente de los antecedentes que la propia Resolución comentada consigna, está exenta, a tenor del artículo 3.º, núm. 7.º de la Ley del 47; y si se hubiese condicionado

originariamente, no lo está, ya que no se puede estimar comprendida en los términos de la exención, la cual, como es sabido, dice que disfrutan de ella «las negociaciones efectos públicos o de valores industriales o mercantiles que se realicen en las Bolsas de Comercio mediante contrato intervenido por Agente de Bolsa o Corredor oficial de Comercio; y ello es claro, porque, condicionada la operación y siendo por lo mismo antirreglamentaria, sería por completo extraña al espíritu del precepto.

En cuanto a la escritura adicional de 17 de septiembre estableciendo el arbitraje para determinar el precio de los valores objeto de la operación bursátil, distinguimos: si se estima que modifica una operación exenta, no debe ser sometida al impuesto, y si se da el supuesto contrario, si debe tributar.

Por lo que respecta a la tesis del Tribunal de que la operación bursátil discutida encierra un contrato de promesa de venta o preparatorio del de compraventa, a tenor de la mencionada escritura de 17 de septiembre, disintimos—siempre respetuosamente—de tal criterio, primero porque ambas figuras jurídicas no son confundibles ni asimilables, como parece desprenderse de la letra del Considerando correspondiente, y segundo, porque el concepto de dichas figuras jurídicas no se desprende del contenido de las pólizas del Agente de Bolsa, ni tampoco de los términos de la repetida escritura, dados los del artículo 1.451 del Código Civil y los esclarecedores y diferenciales que sobre las mismas enseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 y 23 de marzo de 1945, 11 de noviembre de 1943 y 1.º de julio de 1950.

Corroborando nuestro pensamiento, añadimos que los antecedentes de hecho que la Resolución da, únicos con que contamos, vemos que las pólizas figuran y documentan una operación al contado, con cambio concreto y con determinación precisa del importe total de la operación, con lo cual es indiscutible que ésta quedó concertada y consumada y perfecto el contrato, con arreglo a las disposiciones que rigen en la materia, como son los Reglamentos de 31 de diciembre de 1885 y el de la Bolsa de Madrid de 12 de junio de 1928, aplicable a la de Barcelona—lugar de la operación—, según la Orden de 4 de julio de 1941. La operación

así consumada, quedó, por consiguiente, comprendida en la discutida exención.

Esto supuesto, ¿qué trascendencia tienen la escritura y el acta notarial referidas en cuanto a la esencia del contrato bolsístico, supuesto que se limitan a traducir un convenio entre los contratantes, exclusivamente sobre modificación del precio estipulado, facultando a un tercero para que lo determine? En cuanto a la subsistencia y validez del primitivo contrato, ninguna, porque se trata de un pacto válido autorizado expresamente por el artículo 1.441 del Código Civil, al decir que el precio será cierto aunque su señalamiento se deje al arbitrio de persona determinada; y por tanto, así como el acta, escritura o documento en los que un tercero, designado por comprador y vendedor, fijase el precio de una compraventa ordinaria, no estaría sujeto a impuesto como tal documento, tampoco puede estarlo la escritura y acta referidas.

En cuanto al razonamiento que dice que de los propios términos de la escritura se deduce que las operaciones de Bolsa tuvieron el carácter de promesa de venta, como preparatorio del de compraventa contenido en las escrituras, también disentimos con el máximo respeto, porque conjugado el contenido de las pólizas con el de la escritura, no se aprecian las características del precontrato o contrato preparatorio o de opción, ni del de promesa de venta, las cuales figuras jurídicas están perfectamente discriminadas, como antes hemos hecho notar, por la jurisprudencia, diferenciándolas en sus características de satélites del contrato de compraventa propiamente dicho.

Esta Resolución que acabamos de comentar fué recurrida ante el Tribunal Supremo y la Sala III, en sentencia de 19 de mayo de 1961, confirma aquélla, y después de sentar los antecedentes en la forma expuesta en nuestro comentario, dice que de ellos se desprende «el carácter imperfecto de las operaciones bursátiles de compraventa de los títulos-valores a que el expediente se refiere, puesto que tales operaciones han sido consumadas en la escritura pública posterior de 17 de septiembre de 1952, cumplimentado por el acta de 10 de octubre del propio año, siendo, en

consecuencia, indudable la corrección legal con que se practicó la liquidación tributaria reclamada, en la que, por haber la transmisión de los valores adquiridos por la Sociedad recurrente tenido realidad y eficacia jurídica, al menos en cuanto al elemento esencial de la determinación del precio de los mismos, no por las aludidas negociaciones bursátiles, sino mediante los mencionados documentos notariales, se aplica el núm. 59 de la Tarifa del Impuesto, que para las transmisiones por escritura pública de valores emitidos por Sociedades mercantiles o industriales».

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo-Central de 9 de febrero de 1960.

LAS ANOTACIONES DE EMBARGO A EFECTOS DE SU SUJECCIÓN AL IMPUESTO HAN DE GARANTIZAR COSAS O DERECHOS VALUABLES Y NACER DE UNA CONVENCIÓN CON CAUSA LÍCITA. LA CONVENCIÓN ENTRE CÓNYUGES DURANTE EL MATRIMONIO, NO TIENE CAUSA LÍCITA.

Antecedentes: En escritura pública, marido y mujer estipularon su separación voluntaria, autorizando el primero a la segunda para que pudiera fijar su domicilio donde le conviniese, sin limitación alguna, quedando los hijos al cuidado de ella hasta la mayoría de edad de los mismos, recibiendo del marido, al efecto, el 64,29 por 100 de la renta del capital propio de éste, quien percibiría el 35,71 por 100 restante para su sostenimiento.

Además, se pactó que el marido no podría, durante la menor edad de los hijos o hasta su fallecimiento, si éste ocurriese durante su menor edad, vender ni gravar, tanto los bienes propios como los de la sociedad conyugal, sin el consentimiento de su esposa, detallándose concretamente los bienes y pactándose que tales limitaciones se inscribirían en el Registro de la Propiedad.

La Oficina Liquidadora practicó una liquidación por el concepto «pensiones» y otra por el de «anotaciones».

Recurridas dichas liquidaciones, se alegó contra la primera que la distribución de la renta de los bienes matrimoniales para atender a las cargas del matrimonio no podía tener el concepto de pensión, porque tratándose de bienes gananciales, el Código Civil,

establece que han de destinarse al sostenimiento de la familia y educación de los hijos, en los artículos 1.401 y 1.408; y en cuanto al concepto «anotaciones» se razonó diciendo que era un acto exento, porque no se trataba de asegurar ningún crédito a la mujer, sino de ejercitar el derecho a ser sostenido el marido con cargo a los bienes gananciales.

El Tribunal provincial acordó anular la liquidación girada por el concepto pensiones, y en cuanto al concepto anotaciones, dijo que la prohibición de enajenar, inscribible en el Registro de la Propiedad si era liquidable, a tenor del artículo 17 del Reglamento del Impuesto.

Ante el Tribunal central se alegó sobre dicho extremo que el expresado artículo grava el importe de la obligación garantizada con la anotación, y en el contrato no se determina ninguna obligación o crédito a favor de los contratantes.

El Central, elevando el tono del problema, parte de que no puede darse al citado artículo 17 una interpretación extensiva y debe aplicarse con rigor, frente al Fisco y frente al contribuyente, conforme a la naturaleza del acto, y, según esto, ha de concluirse que «sólo se encuentran sujetas al impuesto las anotaciones que por aplicación de disposiciones legales vigentes puedan tener entrada en el Registro de la Propiedad, circunstancia que no es de apreciar que concurra en un convenio de separación de un matrimonio modificativo del régimen de bienes, con posterioridad al matrimonio, y, por tanto, con causa ilícita y en contra de los artículos 1.320 y 1.321 del Código Civil, sin que tales estipulaciones puedan por sí solas determinar la práctica de la anotación preventiva de prohibición de enajenar bienes, por impedirlo los artículos 26, 27, 42 y 44 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento de la misma».

En definitiva, el Central anula las liquidaciones, no anuladas por el provincial.

Comentarios: Brevemente diremos que nos parece acertado y con elevado sentido jurídico el razonamiento en cuanto a la anotación preventiva en discusión, no solamente por lo que hace al rigor de la interpretación en general del contenido de las convenciones, tanto ante el Fisco como frente al contribuyente, sino tam-

bién en lo que respecta a la interpretación que la Resolución sienta sobre el apartado 1) del artículo 17 del texto reglamentario del Impuesto. Este habla, en efecto, de las anotaciones «cuando deban practicarse en el Registro de la Propiedad o Mercantil», mientras que el Tribunal Central viene a decir que lo que la letra quiere expresar es que serán liquidables cuando realmente puedan legalmente tener acceso al Registro, de manera que si nacen de un acto nulo, o con carencia de requisitos esenciales que impida su entrada en el Registro, no podrán ser gravadas por el Impuesto.

Esto, además, puede relacionarse con el artículo 41 del propio Reglamento fiscal, el cual, como es sabido, dice que la liquidación procederá, pese a los defectos de fondo o de forma que afecten a su validez, cuyo rigor ya había sido dulcificado por el Central, por ejemplo, en Resoluciones de 23 de octubre de 1951 y 25 de mayo de 1945, diciendo que dicha carencia de requisitos intrínsecos no rezaba con los contratos civilmente inexistentes, como en definitiva lo era el calendado al ser celebrada entre marido y mujer durante la subsistencia del matrimonio.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de marzo de 1960.

INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.^a DE LA VIGENTE LEY DEL IMPUESTO, TEXTO REFUNDIDO DE 21 DE MARZO DE 1958.

Tal transitoria dice, como es sabido, que cuantas exenciones y bonificaciones no figuren mencionadas en los artículos 3.º y 4.º quedan sin efecto, y a sus preceptos habrá de estarse exclusivamente para determinar la extensión de las en ellas recogidas, sin perjuicio de los derechos ya consolidados, al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor.

Se trataba de cinco millones y medio de pesetas entregadas por un Banco, mediante acta notarial, en 26 de julio de 1958, a una Sociedad, en cumplimiento de escritura de hipoteca de fecha 9 de mayo anterior, con garantía de un solar en el que se estaba construyendo una edificación acogida a los beneficios de bonificación del 90 por 100 de Derechos reales y Timbre, a tenor de la Ley de 3

de diciembre de 1953, según acuerdo de la Comisaría de Urbanismo de 7 de noviembre de 1957.

La Oficina Liquidadora y el Tribunal Provincial aplicaron la aludida transitoria y fijaron el tipo corriente de «hipotecas» al 1,20 por 100.

El Central anula la liquidación y revoca el acuerdo del Provincial, y dice que la expresada transitoria, si bien deja sin efecto las exenciones y bonificaciones que en la nueva ley no consten expresamente, respeta los derechos ya consolidados individualmente, al amparo de disposiciones anteriores, y en el caso está acreditado que las construcciones a ejecutar con el préstamo estaban acogidas a la expresada Ley de 1953 e iniciadas en tiempo oportuno; sin que la condición de derechos adquiridos se desvirtúe por la circunstancia de que su aplicación dependa de otros factores, como es, en el caso, el desarrollo ulterior de la construcción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1961.

CÓMO DEBE SER COMPUTADO EL PLAZO DE DOS MESES EN EL REGLAMENTO VIGENTE DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES O ANTES EL DE UN MES EN EL DE 1947.

En el número de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de mayo-junio del presente año 1961, estudiamos en nuestros comentarios sobre el impuesto el caso concretamente al comentar la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 13 de octubre de 1959. Nosotros discrepamos entonces del criterio del Tribunal Central, y el Tribunal Supremo ahora, en la sentencia a que el encabezamiento se refiere, confirma aquel criterio nuestro, si bien sus razonamientos no coincidan con los nuestros completamente.

El causante falleció el día 8 de julio de 1957, habiendo transmitido a sus dos hijas y herederas por ante Corredor de Comercio, el día 7 de junio precedenté, un paquete de acciones mobiliarias por un importe de más de 11.000.000 de pesetas.

La Oficina liquidadora estimó que tales valores formaban parte del caudal hereditario, porque, dado el cómputo de las fechas antedichas, no habían dejado de pertenecer al patrimonio del causante durante un mes antes de su fallecimiento, a tenor de lo dis-

puesto en el artículo 75 del Reglamento de 7 de noviembre de 1957, vigente al fallecer el causante.

Puesto el caso en tela de juicio, el Tribunal Central, confirmando el acuerdo del Provincial, en Resolución de 13 de octubre de 1959, desestimó el recurso y confirmó la liquidación, fundado sustancialmente en que el artículo 114 del Reglamento del Impuesto, tanto el de 1947 como el actual de 1959, previene que cuando el último día del plazo sea feriado, éste no vence hasta el siguiente día hábil, cuya circunstancia concurría en el caso debatido, puesto que si bien el plazo del mes debía vencer el 7 de julio, legalmente no pudo ocurrir así, porque ese día fué feriado y no venció hasta el día siguiente, fecha del fallecimiento del padre causante, y, por tanto, se da el supuesto del artículo 75, que impone incluir los bienes en el acervo común si han pertenecido al causante durante el plazo del mes anterior a su muerte, plazo elevado a dos meses en el Reglamento vigente.

La Sala estima que la inclusión de los bienes en el caudal hereditario fué improcedente y revoca la liquidación recurrida, no exactamente por las razones que nosotros expusimos, que pueden verse en el mencionado comentario del número de mayo-junio de esta REVISTA, sino por estas otras:

Dice, pues, la Sala que el artículo 114 del Reglamento emplea la palabra «plazos» y que ésta «tiene una aplicabilidad limitada a los de presentación»—en lo cual coincide con nuestro referido comentario—, mientras que la «expresión de los artículos 11 de la Ley y 75 del Reglamento, es otra, pues habla de «periodo máximo de un mes anterior al fallecimiento», o sea que ya no se alude a plazos, sino a unidad de tiempo, lo que exige aplicar el artículo 7.º del Código Civil, que manda computar los términos como equivalentes a treinta días los meses no determinados por sus nombres. Por tanto, dice el Considerando correspondiente, «hay que fijar el mes de treinta días anterior al 8 de julio de 1957, fecha del óbito, como comprendido entre los días 7 de dicho mes y 8 de junio anterior, ambos inclusive, quedando, por tanto fuera del mismo el de la transmisión de las acciones por el padre a sus hijas, que fué 7 del último mes expresado».

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—*Propiedad.*

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1960.—*Manera de cumplir el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—Valor del contenido de la «súplica» de la demanda.*

Con evidente lógica sienta esta sentencia la doctrina o afirmación de que al prescribir el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que se entable demanda de cancelación de la inscripción registral correspondiente a la vez que se ejercite una acción contradictoria de un Derecho real inscrito, no puede exigir que se entablen dos pleitos simultáneos por separado y es muy suficiente que las dos peticiones se formulen en la misma demanda, como se ha hecho, indiscutiblemente, en el presente caso, ya que el contenido de la demanda está constituido por el que se formula en la «súplica», y nada significa en contra de esto que tal petición esté más amplia o más reducidamente razonada en el cuerpo del escrito, por lo que está cumplido lo que requiere el repetido artículo 38.

III.—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1960.—*Donación por razón de matrimonio.*

Declara esta resolución que, como ya tiene fallado la Sala en sentencia de 6 de febrero de 1954, dictada en caso análogo, al establecerse una donación por razón de matrimonio, se constituye un contrato *inter vivos* y no en consideración a la muerte del donante, que tendrá vida real desde el momento de ser otorgado, con contraprestaciones recíprocas, formando un acto de liberalidad, que debe regirse por las normas de la donación, sin que altere esta cualidad

el que los bienes donados se detrajeren del tercio de mejora, lo que constituye sólo un modo jurídico.

Insiste también la sentencia en la doctrina de que la prueba testifical es de la libre apreciación del Tribunal de Instancia y el error en su apreciación no cabe ser alegado en casación.

SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1960.—*Mandato de carácter general.—Facultades.*

Existía en el caso contemplado un mandato verbal de carácter general. limitándose las facultades conferidas, según dispone la Ley, a actos de gestión o administración, hecho declarado probado.

El Tribunal Supremo entiende que con tal mandato no cabe efectuar lo que el propio Tribunal estima que fué una transacción, la cual exige el mandato del artículo 1.713 del Código Civil en su párrafo 2.º

SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1960.—*Retracto de coherederos.—No hay ordenado forma especial de notificación.—Resistencia del notificado.*

Es de interés el Considerando de esta sentencia, que expone que el artículo 1.067 del Código Civil al establecer y regular el retracto de coherederos, claramente determina que el plazo que señala para su posible ejercicio es de un mes, que se computará a contar desde que se haga saber a los herederos la venta de bienes de la herencia, antes de la partición, por otro de los herederos. Como quiera que la Ley no señala forma especial para tal notificación, claro está que será suficiente cualquiera en que se verifique con tal de que se haga con todos los requisitos generales de todos los retractos que afectan a la identificación del bien, precio y condiciones de la venta, por lo que debe estimarse totalmente ajustada a derecho la doctrina sustentada en la resolución recurrida de que procede estimar suficiente la notificación personal de aquellas circunstancias al posible retrayente con exhibición del documento en que se formalizó el contrato. No cabe que el requerido arguya que no quiso enterarse, ni leer el documento, porque se le ha puesto en condiciones de conocer y su resistencia o rebeldía para la notificación jamás puede servirle de disculpa para no darse por enterado de su contenido.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1960.—*Arrendamientos Urbanos.—En la realidad se puede ejercer una industria sin pagar contribución ni cuotas oficiales, y pagar unas y otra y no ejercerla.*

Es frecuente en materia de Arrendamientos Urbanos que los litigantes invoquen preceptos de carácter fiscal (pago de contribuciones, matrículas, etc.). Como justificativos de sus alegaciones y la situación a dichos efectos fiscales, que es uno de tantos medios de prueba, intenten convertirla en una prueba decisiva a efectos de derechos arrendaticios.

En este caso, se estimó probado el cierre de un local de industria por más de seis meses y se llegó hasta el recurso de casación sobre la base de manifiesto error que suponía tal hecho probado, error que se pretendía fundamentar

en que se habían aportado justificantes del pago de la contribución industrial, cuota de la cámara de industria, etc.

El Tribunal Supremo, con tal motivo y con un criterio realista, afirma que en la realidad se puede ejercer una industria sin pagar por su ejercicio contribución ni cuotas, y pagar una y otras sin ejercer la industria.

La realidad está por encima de esos documentos de carácter fiscal.

IV — Sucesiones «mortis causa».

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1960 — Sucesión «*ab intestato*». — *Se rige por la Ley nacional — No se concede valor para cilla a una legitimación hecha según la Ley cubana, de contenido contrario a los preceptos fundamentales de la Ley española.*

La demandante es hija adulterina, declarada legítima después de haber contraído matrimonio sus padres, conforme a la Ley cubana.

¿Puede concurrir con sus hermanas de padre a la herencia *ab intestato* de un tío suyo, español?

El Juzgado de Primera Instancia entendió que no. La Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El problema fundamental que en este pleito se planteó y el que en resumen se suscita en el recurso, dice la sentencia, se reduce, en síntesis, a determinar si por obra de una Ley extranjera que en contraste con la española admitió la posibilidad de legitimar hijos adulterinos, cabe equipararlos en sus derechos en la sucesión *ab intestato* de un español a los que tenían y tienen la condición de legítimos y han de suceder con arreglo a la Ley nacional del causante.

En el recurso se denunció la violación por inaplicación del artículo 9.º del Código Civil en relación con el párrafo 1.º del artículo 14 del mismo Cuerpo legal y doctrina jurisprudencial; sosteniendo en conclusión que sometidas por el primero de dichos artículos, en su relación con el segundo de ellos, a la Ley nacional de la reclamante las cuestiones relacionadas con su estado, condición y capacidad legal, esa Ley debía regular su capacidad para suceder *ab intestato* en la sucesión de su tío, aunque este fuese español. Pero la recurrente olvida, contesta la sentencia, que en el caso no se trata de amparar uno de los derechos a que específicamente y con claridad meridiana se refiere el artículo 9.º del Código Civil, ni de un problema general de capacidad que en otro caso tendría en dicha norma su lugar adecuado, sino de resolver con arreglo a la Ley española, si en la sucesión *ab intestato* de un español regida por las Leyes patrias pueden tener la misma consideración los sobrinos del causante ungidos con el sello de la legitimidad y la que en ningún momento tuvo a los ojos del derecho patrio esa condición, ya que entonces no puede entrar en juego el artículo 9.º del Código Civil, sino los preceptos del derecho sucesorio aplicables a la sucesión de los colaterales propiamente dichos, establecidos precisamente en contemplación de una voluntad presunta, que no puede deducirse del hecho de haber obtenido una legitimación irregular a los ojos de la Ley española, tan opuesta a las normas que regula nuestro estatuto familiar patrio.

En el segundo de los motivos de casación, sigue diciendo la sentencia, el recurrente amplía a su modo y alcance del párrafo 2.º del artículo 10 del expresado Código, reputándolo precepto excepcional que, por serlo, no puede aplicarse con criterio extensivo, reducido como pueda, a someter a la Ley sucesoria el orden de su ceder, la cuantía de los derechos sucesorios y la validez intrínseca de las disposiciones aplicables. Pero este argumento, seguimos copiando la sentencia, no puede tomarse en consideración en casos como el que aquí está en litigio, por que no se trata de discernir si la señora reclamante tiene en relación con su padre y con arreglo a su Ley nacional una u otra condición, sino de que produzca efectos decisivos en una sucesión gobernada por una Ley que le es ajena y que por serlo ha de interpretar y aplicar un Tribunal extranjero, en relación con la sucesión *ab intestato* de un súbdito suyo, con entera independencia de los actos que fuera del país y en pugna con las Leyes fundamentales organizadoras de la familia hubiera podido eventualmente realizar el padre de la reclamante y ella misma.

El recurrente, en el tercer motivo del recurso, estima erróneamente interpretado el artículo 11 del Código Civil, por haberse aplicado a un supuesto que no rozaba el orden público y las buenas costumbres. Pero aun siendo muy vaga y confusa esa noción y aun siendo también exacto que la noción de orden público internacional tiene—continuamos copiando la sentencia—legitimamente más amplio campo de aplicación en el Derecho público que en el privado, no por ello dejan de ofrecerse situaciones como la de autos, en que se produce una notoria colisión entre la Ley extranjera y la nacional. En tal supuesto sólo la apelación al orden público puede salvar el conflicto y del propio modo que mediante una jurisprudencia reiterada y conocidísima, este Tribunal ha puesto coto a todo intento de atacar la legislación reguladora del matrimonio mediante disposiciones y actos realizados en país extranjero, de igual suerte en este caso, se niega a parificar la situación de los hijos nacidos como ha podido apreciarse a una de esas situaciones irregulares, que, por añadidura, también lo eran a la luz de la Ley extranjera cuando la hija nació en condiciones que le privaban de la legitimación obtenida después con efecto retroactivo; afirmaciones que no pueden enervarse ni invocando textos que no tienen aplicación ni doctrina jurisprudencial que como dictada para proveer situaciones de emergencia no tiene aplicación más que en los casos en que precisamente recayó.

En el cuarto de los motivos de casación, el recurrente denunció la infracción del artículo 11 en relación con los 119, 128 y 128 del Código Civil y doctrina congruente, porque sostuvo que no siendo la legitimación de un hijo adulterino un acto nulo de pleno derecho, mientras esa declaración no se obtenga no hay medio hábil de excluir de la sucesión a la reclamante. Este argumento,—continuamos con la sentencia—sólo tiene una aparente fuerza de convicción porque lo que la sentencia de Instancia hizo—añade el Tribunal Supremo—no fué declarar nula una legitimación, que a la luz de la Ley en que nació era perfectamente lícita para los efectos que en esta resolución se indican, lo que hubiese estado notoriamente fuera de su jurisdicción, sino impedir que por contraste pudiese tener consecuencias en la sucesión de un español, gobernada en este punto y en otros por normas que nada tenían que ver con las indiscutibles facultades del gobierno cubano para legislar como lo hizo.

No era de fácil solución el problema que este caso planteó al Tribunal Supremo.

Sabido es que muchas legislaciones regulan la materia de la naturaleza jurídica de los hijos y su legitimación con normas totalmente opuestas a las de nuestro Código Civil. «En el correr de la Edad Moderna—dice Aguilar Navarro, en su Derecho Civil Internacional—se percibieron fórmulas progresivas en favor de los hijos no legítimos.» En la época actual este régimen ha encontrado mayor eco: Países escandinavos (los más avanzados), Rusia, Alemania, Suiza México... En España, en la constitución de la República, ya se recogió esta corriente en favor de los hijos ilegítimos.

El conflicto de Leyes es claro y violento. La invocación del artículo 9.º, en relación con el 14 de nuestro Código Civil, no era para desecharla sin honda meditación. La cubana traía su condición de legitimada conforme a su Ley nacional y el Tribunal español no ha tenido más remedio que entrar a calificar ese «status» personal nacido de una Ley extranjera. Si no lo ha anulado formalmente, como dice la sentencia, lo ha desconocido, lo que, en definitiva, es lo mismo.

Se ha aplicado la doctrina del orden público con cierta extensión, equiparando esta cuestión de sucesión «ab intestato» a las cuestiones matrimoniales, más de orden público, valga la expresión, a nuestro entender.

MERCANTIL

II.—Sociedades.

SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1960.—*Ley de Sociedades Anónimas.*—Validez de la convocatoria de Junta general. Competencia de la jurisdicción ordinaria para examinar la impugnación del balance y de las cuentas. Derecho de información y examen de la contabilidad por los socios.

Son declaraciones fundamentales de esta sentencia las siguientes:

El que no asistiera al Consejo de Administración su presidente, no impide que la persona que le sustituyó pueda convocar la Junta general de accionistas, ni obsta a su validez, la persona que firma los anuncios de su convocatoria, en este caso el Consejo, ya que lo que pretende la ley es que tal celebración llegue a conocimiento de los accionistas dentro de los plazos reglamentarios y tal fin está cumplido, mucho mas habida cuenta de que la inasistencia del presidente fué voluntaria.

No sólo es competencia de la Administración de Justicia el conocer en los casos de impugnación de aprobación de balances y cuentas del ejercicio y del cumplimiento de los requisitos formales que aquéllos deben reunir, sino también de los que integran la llamada contabilidad material y que por su contenido y por los criterios seguidos para la valoración de los elementos del activo, permitan reflejar con claridad y exactitud la situación patrimonial de la empresa en los términos del artículo 102 de la Ley de 17 de julio de 1951, o en aquellos otros del 108, cuando exige conste la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y cuentas de pérdidas y ganancias como contenido preceptivo del informe de los censores de cuentas, exactitud y veracidad que deben presidir e informar todos los balances y cuentas de las Sociedades anónimas.

El derecho de información y examen de la Contabilidad del socio ha sido configurado por la jurisprudencia como uno de los derechos consubstanciales e irrevocables del accionista, sin que dicho examen directo de la Contabilidad pueda ser substituido por el artículo 65 de la Ley, de solicitar por escrito antes de la Junta, o verbalmente durante ella, los informes o aclaraciones que estime preciso por ser de muy distinta naturaleza, aunque complementarios entre sí, ambos derechos.

IV—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1960.—*Concepto de las Cuentas en participacion. Diferencia con las Sociedades*

En nuestro Derecho se llama asociación en participación o contrato de cuentas en participación—dice esta sentencia—al convenio por el cual, según se desprende del artículo 239 del Código de Comercio, uno o más comerciantes se interesan en alguna o algunas de las operaciones que otro verifique en su nombre y bajo su crédito particular, contribuyendo a ellos con una parte del capital y participando en sus resultados en la proporción que determine, siendo lo característico de este contrato, no lo limitado y momentáneo o accidental de las operaciones sobre que versa (como se ha creído algunas veces), sino la existencia secreta y puramente interna de la relación que por él se constituye, relación interior de cuentas que forma un contrato, no una persona, no tiene vistas al exterior, nadie la ve ni debe verla.

Si bien las asociaciones de cuentas en participaciones, añade otro considerando, tienen de común con las Sociedades, la intención del lucro y la repartición de ganancias o pérdidas, difieren de ella: 1.º Por estar desprovistas, generalmente, de fondo común, en el sentido de una comunidad, en cuanto a la propiedad de las aportaciones, ya que cada uno de los participantes, salvo acto en contrario, sigue siendo dueño exclusivo de lo que ha aportado. No tiene más fin la participación que el reparto de los beneficios y pérdidas y no la constitución de una comunidad de aportaciones, fondo común que de nada serviría si no había de estar ajustado como garantía exclusiva de los acreedores sociales. 2.º Por no tener existencia frente a los terceros, y consiguientemente carecer de personalidad jurídica distinta de la de los socios.

Añade la sentencia que, como ha declarado la Sala en su sentencia de 8 de abril de 1897, lo que caracteriza a las Sociedades accidentales o de cuentas en participación y las distingue de las Compañías mercantiles propiamente tales, es que por ellas no se crea una persona jurídica con razón social determinada, sino que cada interesado, o el gestor de un negocio, según los casos, contrata y se obliga en su nombre, comprometiendo su propio crédito personal, dentro de las condiciones estipuladas y sin perjuicio de los pactos que se establezcan para la distribución de ganancias o pérdidas, doctrina ratificada por la sentencia de 10 de abril de 1954 concretando la de 16 de diciembre de 1946, respecto al caso que es objeto de examen, que la diferencia con la Sociedad irregular está en que en la Sociedad se ponen bienes o industrias en fondo común participando de las ganancias o pérdidas, y en la

cuenta en participación el negocio sigue perteneciendo al gestor, que hace suyas las aportaciones y los cuenta-participes no tienen intervención

En otro Considerando se lee que, teniendo naturaleza tan distinta el estudiado contrato de cuenta en participación del de Sociedad, es aventurado y peligroso el criterio de analogía entre ambas instituciones, debiendo, por tanto, suplirse las deficiencias del Código de Comercio por los preceptos del Código Civil sobre comunidad de bienes, situación jurídica la más análoga a la de las cuentas, y aplicando antes las reglas derivadas de los usos comerciales, en cuanto la índole de las cuentas lo permita, por aplicación de los artículos 2º y 50 del Código de Comercio.

Aunque el Tribunal Supremo se había ocupado ya, en anteriores sentencias, del contrato de cuentas en participación, no deja de ser digna de estudio esta sentencia. De manera clara perfila sus analogías y diferencias y las normas por las que debe regirse: los artículos específicos del Código de Comercio, primero; las reglas derivadas de los usos comerciales en cuanto le sean aplicables, en segundo lugar, y, por último, las normas del Código Civil sobre comunidad de bienes.

Sabido es que de la primitiva «commenda» nacen, para el Derecho moderno, dos tipos contractuales: las Cuentas de participación y la Sociedad comanditaria. Ambas, como enseña GARRIGUES, descansan en el mismo fundamento económico (aportación de un capitalista a un negocio industrial dirigido por otro), pero tienen profundas diferencias. En las Cuentas en participación, el capitalista aparece oculto para los terceros, sin responsabilidad; no hay persona social, no hay firma social; la Sociedad comanditaria, por el contrario, tiene plena personalidad; se configura como una subespecie de la Sociedad colectiva con responsabilidad limitada para los socios comanditarios e ilimitada para los colectivos, y con carácter personalista, puesto que las condiciones personales de los socios se tienen en cuenta para la constitución de la Sociedad.

Los puntos de coincidencia aludidos que tiene el contrato de cuentas en participación con la Sociedad han sido la causa, sin duda, de los litigios habidos y basados en la confusión con la Sociedad, y de que los Códigos alemán, italiano y mejicano coloquen esta figura jurídica a continuación de las Sociedades mercantiles y bajo la misma rúbrica. Nuestro Código la coloca también a continuación de las Compañías mercantiles, pero bajo la rúbrica general de los contratos del Comercio y en título diferente. La distingue, pues, claramente de las Sociedades, distinción recogida terminantemente por el Tribunal Supremo.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

V A R I A

Actas del Congreso Internacional del Instituto de Clases medias.

Tomo I, que comprende el desarrollo del Congreso y los distintos actos celebrados, con información gráfica, conclusiones, estatutos de la Comisión Nacional Española, etc. Tomo II, comprensivo de los informes y comunicaciones siguientes: De la Comisión Española, don Salustiano del Campo informó sobre Las clases medias y la movilidad social en la sociedad industrial; don Marcelo Catalá Ruiz, acerca de Las clases medias en el orden laboral y de la seguridad social, y don Francisco Murillo Ferrol, con respecto a Los problemas específicos de la clase media española. Y con referencia a las comunicaciones, inserta las de don Antonio Amor (Fuentes estadísticas para un estudio de las clases medias españolas), don Manuel Fraga Iribarne (Las clases medias ante los problemas de hoy), don Mariano González Rothvoss (Proletarización y clases medias), don Jorge Jordana Fuentes (La promoción social en la Universidad), don Manuel Lizano Pellón (Naturaleza y función de la reserva comunitaria), don Jesús López Medel (Los resortes jurídicos de promoción en las clases sociales), don Eugenio Pérez Botija (Las clases medias y el derecho del trabajo), don Antonio Perpiñá Rodríguez (Cuantificación de las clases medias españolas), y don Alberto Rubio Fuentes (La clase media ante el problema de la vivienda).

Los trabajos de los ilustres y competentísimos catedráticos y profesores nombrados, cada uno en su estilo, son dignos de estu-

dio y meditación. Al final de cada uno aparece un resumen en francés, italiano y alemán.

Siempre fué la clase media, emparedada entre dos clases poderosas, la que ha sufrido más, la que ha sido menos atendida y la que, indudablemente, sostiene, mantiene, encauza y es alma, nervio y fuerza de toda sociedad justa. Así como el proletariado, justamente, ha sido mimado y protegido hasta incrustarse en enorme proporción en la clase media propiamente dicha; ¿ha sido o es atendida, mimada y protegida claramente esta clase media, al menos en España? ¿Han sido resueltos o se ha procurado resolver sus problemas y su vigorización como clase única, ideal religioso, político y económico?

Estas interrogantes llevan a la lectura de tales actas a preocuparse de estas cuestiones y a miraras como algo imprescindible en el presente y, acaso más, en el futuro.

La familia rural, la urbana y la industrial en España, por Jesús López Medel.—Ediciones del Congreso de la Familia Española. 10, Madrid, 1961.

Este trabajo, de unas 125 páginas, constituye el tema central de estudio de la Reunión Internacional de la U. I. O. F., Grupo «Familias Rurales», que tuvo lugar en Madrid del 16 al 20 de mayo de 1961, y trata de la delimitación histórica y sociológica de la rural, lo urbano y lo industrial en España, como parte preliminar; y como parte especial, de los supuestos comparativos de la familia, en sus dimensiones humana, religiosa, económica, social, jurídico-política y educativa, terminándose con las tendencias actuales y con las conclusiones (que son 22, cada cual más interesante), con gran acopio de datos estadísticos y de observaciones profundas y realistas, que ponen de relieve la subsistencia y sobrevivencia de la familia española, aunque en fase de transición, según se lee bien en la solapa interior del libro. Buen trabajo, acaso el de más finas percepciones sociales del autor, claro y preciso, y que satisface al lector.

Instituciones de Derecho Financiero, por H. Rossey, Jefe de Administración del Cuerpo General de Hacienda.—Librería Bosch. Ronda Universidad, 11. Barcelona, 1959.

Antes debió aparecer esta nota bibliográfica, por el tiempo que tengo el libro, por el excelente contenido, magnífica y práctica encuadernación y ser materia de tanta importancia.

Por haber examinado, tiempo ha, obras de este autor, me doy perfecta cuenta de cómo ha evolucionado de lo bueno a lo mejor; de cómo resume, expone y presenta cada capítulo y de lo difícil que es convertir, en amena, lectura de esta naturaleza, por muy necesaria que sea.

Previo el índice sistemático, dedica la parte primera al Derecho financiero e instituciones jurídicas, y comprende en ella las nociones generales del Derecho financiero, fiscal y tributario: el Derecho financiero positivo (noción, elementos, división de la norma, fuentes de este Derecho, jerarquía de fuentes y de normas, las leyes financieras, sus requisitos, división y estructura); los límites espaciales de las normas financieras (principios informadores y examen de la legislación tributaria, en todas sus manifestaciones); los límites personales y temporales (comienzo de su vigencia, término y retroactividad; la interpretación de las normas jurídicas financieras (teorías, medios, clasificación de resultados, las lagunas legales, la analogía y las clases de interpretaciones); la soberanía financiera, y las instituciones jurídicas financieras:

Por esta simple enumeración conocemos que se quiere recoger en el libro todos y cada uno de los aspectos teórico, jurídico, filosófico, exegético, práctico, etc. Y, además, los examina prolijamente, con abundantes referencias doctrinales, españolas y extranjeras, con el prodigioso resultado de que en breves líneas, en párrafos cortados, nos da idea de la materia de que trata en un resumen suficiente e indicativo (abre caminos al pensar y al buscar nuevos horizontes). La vieja Roma, la elegante Grecia, con su pensamiento profundo y diverso; la Edad Media; las teorías; las escuelas, etc.

Tan ambicioso esquema requeriría varios tomos para tratar debidamente tanto detalle, y éste es uno de los méritos de la obra: en uno solo se condensa y reduce al mínimo el conocimiento su-

ficiente para orientar y dibujar las instituciones principales que abarca el Derecho financiero, Derecho que ahora, en España, es cuando empieza a ser tenido en cuenta seriamente. En una de las notas del libro se afirma por Fenech que hace muy pocos años sólo había cinco autores que se preocupasen de esta clase de temas.

Muy pocas veces el contribuyente está preparado para comprender, orientarse y seguir rumbo firme en cuestiones contributivas. El propósito de poner en manos de profanos un instrumento que guíe, me parece que es el principal objeto del autor. Acaso al preparado medianamente le recuerden estas instituciones, datos, doctrinas o preceptos medio olvidados: acaso al preparado especializado le sepa a poco, aunque comprenda el mérito del libro. Pero al medianamente culto y profano en esta materia, de la que es objeto obligatoriamente y desde luego en contra de su voluntad, este libro le prestará servicios muy apreciables y apreciados, incluso para hacerle comprender cuándo debe recurrir, por no estar el acto administrativo correctamente fundamentado. El detalle le tendrá que buscar generalmente en otro lugar, pero ya sabrá en qué lugar hay que buscarle.

Pero sigamos, para dar idea de lo que se puede aprender o repasar en las *Instituciones*.

La parte segunda está dedicada al patrimonio, gastos e ingresos del ente público. Primero se trata del patrimonio, su noción, clasificación de los bienes en él comprendidos, sus caracteres, adquisición, conservación, explotación y enajenación. Luego se entra en el estudio del presupuesto, principios por que se rige, sus fases, su formación y su fiscalización. Se indica lo que son los gastos y los ingresos del ente público (realización, pago, clasificación de los ingresos y diversidad de los mismos). Este capítulo termina con la referencia a la deuda pública y al papel moneda, también minuciosamente estudiado y con un sumario detalladísimo.

No se puede elogiar ningún epígrafe como destacado; todos por igual están medidos, pensados y claramente expuestos, a pesar de que la materia es intrincada, profusa, difusa y muy discutida. Por ejemplo, la afirmación de que el crecimiento de los gastos públicos, su evolución, las necesidades que cubre, etc., son de escaso interés para el Derecho financiero, es una verdad y una realidad; son hechos y necesidades exteriores, que evolucionan con la vida y, a ve-

ces con el capricho de la Administración. Al Derecho financiero compete dar las normas, los principios y los límites para que este capricho mejor llamado abuso de poder, no pueda o no deba realizarse. Sin embargo, al sujeto le interesa enormemente conocer diversos aspectos de este problema y no puede encontrarlos en obras de esta naturaleza.

Merece plácemes la sistematización y los cuadros sinópticos, ciertamente expresivos, la diferenciación de figuras o conceptos parecidos y la valentía al no ocultar que si bien la Ley acude a prestar auxilio al deudor contra un afán usuario del prestamista, en cambio, en los empréstitos se puede, sin sonrojo, *convertir* las deudas emitidas, atropellando el derecho del acreedor.

Más tarde nos encontramos con el examen de los hechos y los actos: en los primeros se da cuenta del hecho imponible, de la base imponible y de la unidad fiscal; en los segundos se muestra el acto administrativo en sus diversas facetas (económico administrativo; dentro del proceso administrativo de gestión económica; como perteneciente al proceso técnico administrativo, y, por último, como realizado por particulares en auxilio de la Administración fiscal).

Y con lo dicho llegamos a la relación jurídica tributaria, en un capítulo final, donde se estudian el nacimiento de la obligación tributaria (con indicación de todas y cada una de las contribuciones e impuestos), se perfila el sujeto de la relación jurídico tributaria, muchas veces más tributaria que jurídica; se menciona al sujeto pasivo tributario, al domicilio fiscal, a la representación y a la extinción del sujeto; se trata del objeto de la mencionada relación, las causas, las garantías, los privilegios de la Hacienda pública, la novación fiscal, las alteraciones de plazos, las moratorias fiscales; se sigue con la extinción de la obligación tributaria (pago, imputación, consignación, compensación, adjudicación de bienes, condonación, bajas y anulación de créditos, ingresos y pagos indebidos, prescripción y caducidad y retracto fiscal de bienes inmuebles).

Es cierto que la imposición, cualquiera que sea su naturaleza, no está debidamente justificada y legitimada sin existir previamente la necesidad a que ha de atender, pero... ¿sucede siempre así? El estilo llano, sencillo, al alcance de todos, es atrayente y se

señalan incongruencias de bulto; hay precepto que después de ordenar que el plazo de prescripción es de cinco años, a continuación añade que sólo se podrá exigir el pago de dos anualidades completas, más el devengo del ejercicio corriente (R. D. L. de bases de 11 de mayo de 1926).

El trabajo es de muchas horas recopilando datos, con el examen de cientos y cientos de Leyes, Reglamentos, Ordenes, Circulares, etcétera, más la lectura de obras doctrinales y prácticas. Créo se ha hecho libro muy práctico, muy sistematizado y muy orientador; una verdadera enciclopedia en pequeño que ha de prestar excelentes servicios, sobre todo a los profanos cultos, a los medianamente preparados o especializados en otras ramas y a veces, más que nada, a los especializados en materias conexas (ahora creo que está de moda esta forma de señalar). Ejemplo: al tratarse en la página 430 de la contribución sobre utilidades sobre los préstamos hipotecarios, se verifica un detenido y concreto estudio sobre la clase de hipoteca en favor del Estado, y en las páginas anteriores y posteriores pueden encontrar los Registradores sugerencias y afirmaciones muy interesantes incluso acerca de la naturaleza de las afecciones fiscales que se hacen constar en el Registro por nota marginal. Tiene razón el autor con que algún hipotecarista debía verificar un estudio detenido y meditado sobre estas notas, no muy fáciles de justificar, interpretar y definir exactamente. Ciertamente, el autor *propone* a Roca Sastre; yo le sigo en segundo lugar.

Y con esto termino, pero no sin aludir a un hecho casual, muy satisfactorio y que demuestra las sorpresas que proporciona la vida, en su transcurrir sin pausa. Resulta que el autor del libro y el autor de la nota se conocieron en edad temprana, en la infancia, y luego, después de haberles separado la vida de todo trato, les une una relación literaria, que, indefectiblemente, ha de ocasionar una relación personal que vuelva a situar a los interesados en el mismo plano de hace... más de cincuenta años.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.