

DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Nº XXXIV

Noviembre-Diciembre 1958

Núms. 366-367

Naturaleza jurídica de los montes públicos según la nueva ley que los regula

S U M A R I O

1. Naturaleza jurídica de los montes públicos.—2. Legislación forestal.—3. Catálogo de los montes públicos.—4. Deslinde de los montes públicos.—5. El Patrimonio forestal.—6. Intervención administrativa en los montes de propiedad privada.—7. Beneficios que otorga la ley.—8. Conclusión.

Examinaremos esencialmente la naturaleza jurídica de los montes públicos según la doctrina, la legislación del pasado siglo y la del presente que precedió a la vigente Ley de Montes promulgada el 8 de junio de 1957, con alusiones esporádicas a la regulación que ésta hace en punto a los montes, tanto de propiedad pública como privada, ya que la inserción de este trabajo en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en orden al espacio, no puede permitir ser más extenso.

1. *Naturaleza jurídica de los montes públicos.*—Aunque haya quien sostiene, como Porrini Ranieri (1), que nunca puede decirse

(1) *L'Amministrazione forestale*, «Trattato di Diritto amministrativo», de Orlando, vol. V, pág. 492.

que el Estado ejerza sobre los bosques un derecho de natur análoga a aquel que corresponda a las cosas de dominio público que nosotros llamamos común, veremos cómo tienen bastante razón, puesto que son inalienables e imprescriptibles en nuestro derecho los catalogados como públicos, con la salvedad, respecto esta última condición, en cuanto a los estatales.

El mismo Porrini sostiene que la ley italiana confiere a algunos bosques la nota jurídica de inalienabilidad, si bien el uso que hace la Administración pública y los derechos que eventualmente ejercitan sobre ellos los particulares, se diferencia de modo absoluto de aquellos que hacen relación con los bienes de dominio público calificados por nosotros de común.

Atribuye entre los bienes indisponibles el Código civil italiano (art. 826) los bosques y las minas, que nosotros incluimos entre los de dominio público especial.

Zanobini (2), considera la indisponibilidad como el no cambio de destino, y da a entender que los indisponibles pueden transferirse y enajenarse, pero ¿se puede hacer a entidades privadas o a particulares? Acaso puede suceder en el Derecho italiano, mas esa calificación de bienes patrimoniales indisponibles no rezaría bien en nuestro Derecho.

Entre nosotros las minas sometidas a la explotación indispensable se otorgan a los privados a perpetuidad; por eso las configuramos de dominio público especial, y asimismo los montes catalogados, pues aunque inalienables, se admite en ellos arriendos y gravámenes privados (servidumbres), y aun permutas con montes de particulares, y también su prescripción a largo plazo, al menos para los montes del Estado.

Amén del aprovechamiento circunstancial de los abrojos, hierbas, cortas de leñas y talas de árboles, que los propietarios de los montes pueden enajenar en subasta o directamente, con arreglo a la tesis que sustentamos sobre percepción de frutos accesorios, suelen concederse derechos a los particulares del aprovechamiento o del rozo para ganados y de pastos, no sólo en los montes del Estado, sino en los de los pueblos, Municipios, Provincias que consorciaban con el Estado la repoblación, lo cual suele consignarse

(2) Vid. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, t. I, 1947, pág. 130.

en las cláusulas del consorcio entre el Patrimonio Forestal y las Entidades locales dueñas de los montes catalogados.

Las servidumbres de pasto son reconocidas sobre los bosques del Estado por Porrini, con referencia a Italia (3), como una vieja tradición y respondiendo a necesidades antiguas, y con fundamento jurídico en el art. 682 del Código civil de 1865, que regulaba y disciplinaba el aprovechamiento de los pastos.

Lo evidente es que no se pueden dejar insubsistentes en los montes públicos las servidumbres de aguas y de paso, aun en beneficio de predios dominantes, aunque no sean de las colectivas de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel o vereda y reconocidas en el art. 570 del Código civil español.

Porrini (4) admite en los bosques públicos derechos de aprovechamiento ejercitado por los particulares. Alude, sin duda, a los de los Municipios, y agrega que el uso que haga la Administración de ellos debe de tener por fin principal el bien general, mas debe asegurar algún aprovechamiento (vecinal).

Ello no destruye nuestra tesis dominical pública de los montes, si bien les atribuyamos un carácter excepcional especial, no común, si se quiere gobernables a la par por el Derecho administrativo y por el Código civil, incluidos en zona intermedia participantes del dominio público y de gravámenes privados, como las servidumbres.

Así podemos poner, por vía de ejemplo, el derecho de servidumbre de paso de carros o de arrastre de madera, que tienen o pueden tener los dueños de montes privados limítrofes. sobre los públicos, distinto del derecho de aprovechamiento de leñas o de pastos ejercitable por los vecinos, que caracterizan los montes de aprovechamiento común, que es un derecho personal administrativo por razón de vecindad.

Es, pues, cierto lo que dice Porrini, que «los derechos de los usuarios tienen un contenido de índole privada y son en todo iguales a aquellos que tienen y pueden ejercitar sobre la propiedad forestal de un ente moral o de cualquier persona».

Observa, sin embargo, Porrini que el intento de conseguir una renta es secundario, que la Administración tiene que aplicar los

(3) *L'Amministrazione forestale*, cit., vol. V, págs. 493-495.

(4) *Loc. cit.*

métodos que la ciencia aconseje para obtener del modo más seguro un efecto útil desde un cierto punto de vista.

En conclusión: consideramos los montes como un dominio público especial que está afecto a un interés público (regulan las aguas y el estado higrométrico de una comarca y contribuyen al incremento de la riqueza nacional), si bien, con excepciones, a las líneas y características generales del dominio público.

2. *Legislación forestal.*—Siempre han tenido en nuestro país los montes mucha importancia, no sólo desde el punto de vista económico, por sus maderas para la construcción de buques, muebles y edificios, para entibar las minas y proporcionar material para el carbón vegetal, sino también por el interés social que representa la riqueza forestal, al distribuir convenientemente las aguas, evitando acumulaciones y torrenteras dañosas, y purificar la atmósfera. De los árboles se extraen también ciertas sustancias de posible utilidad para el hombre, como la colofonia y sus derivados resinosos, y, en general, de la madera se obtienen, mediante la química industrial, productos muy estimables en la vida económica del país, como fibras textiles, pasta para papel, etc. De aquí la preocupación que en todos los tiempos ha suscitado esta riqueza y el deseo social y político, persistentemente mantenido, de conservarla y acrecentarla.

Ya en las Cortes de Cádiz se discutía la necesidad de que los montes fueran cultivados por los pueblos, impugnando la desamortización el Cardenal Inguanzo, cuando se pretendía que los dueños del suelo considerasen suyo el vuelo forestal perteneciente a los Municipios y a los pueblos.

El 22 de diciembre de 1833 se promulgaron las Ordenanzas generales de Montes, considerando como tales las fincas con árboles destinados para la construcción civil o naval, carboneo, combustible o cualquier otra aplicación de utilidad común de toda especie, siempre que sea distinto a olivares y árboles frutales, y los terrenos que no sean útiles para el cultivo o grano.

Las disposiciones legales clasifican los montes en razón de la persona a que pertenecen, ordenan los aprovechamientos de los montes públicos y regulan la acción de policía, no solamente limitadora de los derechos dominicales de los particulares, sino en su

aspecto de fomento forestal, favoreciendo y auxiliando la repoblación. En la denominación de montes se incluyen no sólo las grandes elevaciones de terreno, sino también la tierra inculta, cubierta de árboles, matas e incluso de terrenos desnudos de vegetación que sean aptos para la creación de árboles. Luego debemos entender por montes, de modo general, como lo que es susceptible de aprovechamiento forestal.

La ley de 24 de mayo de 1863 reputó como montes públicos los del Estado, los de los pueblos y corporaciones que dependían del Gobierno, dividiéndolos en montes del Estado, montes de los Pueblos y montes de los Establecimientos.

Los montes públicos se clasificaron, según dicha ley: a) en exceptuados de venta, si lo creyera oportuno el Gobierno; y b) en situación de venta, por las leyes desamortizadoras de 1 de mayo de 1855 (5) y 11 de junio de 1856 (dehesas boyales), y la de Montes, de 24 de mayo de 1863.

Dicha ley de 1863 y el Reglamento de 17 de mayo de 1865, se referían a las porciones de tierra con plantío de árboles y arbustos no frutales, o susceptibles de su repoblación, por estar cubiertas de mata o argoma (6).

Ya dijimos que dicha ley clasificó los montes públicos en montes del Estado y montes de los Pueblos y Establecimientos públicos, los cuales podrán pasar a la primera clase en el momento en que el Estado desee adquirirlos, lo cual se hará mediante convenio. No se habla de montes provinciales, pero sí, en la nueva Ley de Régimen Local, de los montes catalogados, incorporándolos al dominio público, considerándolos inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 282, núm. 2, y 284, en relación con el 188 de la ley de 24 de junio de 1955, y el art. 4.º, núm. 2, del Reglamento de Bienes de las Entidades locales).

Aunque la Ley de Régimen Local no dice que los montes de los Pueblos sean bienes de dominio público, tampoco los considera pa-

(5) El Decreto de 26 de octubre de 1955, para aplicación de dicha Ley clasifica los montes en no enajenables (abetos, pinos o hayas, robles...); de enajenación dudosa o aplazables (arcornoques, castaños...), y enajenables (todos los demás).

(6) Vid. GUARTE, *Régimen jurídico de los montes*, 1951, pág. 4; el art. 1.º de las Ordenanzas de 22 de diciembre de 1933, la R. O. de 23 de mayo de 1846, la R. O. de 24 de diciembre de 1895 y el R. D. de 30 de mayo de 1894, art. 4.º.

trimoniales, aunque así se interpreta por algún administrativista español, considerándolos como comunales, y que a su vez los proclama inalienables, imprescriptibles e inembargables (7).

García Oviedo (8) entendió que no es exhaustiva la enumeración de bienes de dominio público municipal aparecida en la Base 19 de la ley de 17 de julio de 1945 de Régimen Local, y que deben de ser públicos por analogía con los montes provinciales catalogados, que lo son según la Base 47 y la ley articulada de 16 de diciembre de 1950, texto refundido de 24 de junio de 1955 (art. 282, núm. 2).

En la ley de 24 de mayo de 1863 se decía que «serán exceptuados de venta, prescrito por el art. 1.º de la ley de 10 de mayo de 1855, los montes públicos de pino, roble, haya, cualquiera que sean sus especies, siempre que consten de más de 100 hectáreas» (art. 2.º). ¿Ha querido decir esto que el estar exceptuados de desamortización lo eran en cuanto al ejercicio de una facultad, no obligatoriamente? (9).

Puede afirmarse que lo estaban obligatoriamente, sobre todo los bienes comunes exceptuados de venta para el aprovechamiento de los vecinos, como son los de los Pueblos y Municipios.

Se podía, sin embargo, permutar por otros públicos o de particulares que revistiesen carácter de utilidad pública (art. 26, Reglamento de 8 de enero de 1940), que fuesen de las especies exceptuadas en la vieja Ley de Montes (art. 4.º) (10), y adquirir por compra, aunque se tratase de montes incluidos en el Catálogo de utilidad pública otros pertenecientes a los Pueblos.

La excepción confirma la regla de la inalienabilidad y de toda dificultad a la transmisión de dominio, como la imprescriptibilidad (11). a menos que falten documentos que acrediten la propie-

(7) JORDANA DE POZAS, Prólogo de la obra citada de A. GUAITA, *Régimen jurídico administrativo de los Montes*.

(8) *La teoría del dominio en la nueva Ley de Bases de Régimen local*, «Rev. de Est. de Ad Local», julio-agosto 1946, úm. 28, pág. 361 SIERIN BUSTELO tipifica los montes municipales catalogados como de propiedad distinta de los demás bienes propios, *Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de Montes de utilidad pública*, «Rev. de Est. de la Vida Local», 1956, núm. 86, pág. 165.

(9) El art. 407 hace nueva enumeración del servicio público de aguas.

(10) Vid. R. D. de 12 de diciembre de 1912

(11) GUAITA, *Régimen jurídico administrativo de los Montes*, págs. 43 y 44; estima que las leyes desamortizadoras facultan a no enajenar montes, no que prohiban la enajenación, y concluye en favor de esta tesis legal, no jurispru-

dad pública, prescribiendo entonces a los treinta años (art. 12 del Reglamento de Montes, Reales órdenes de 4 de abril de 1883 y 14 de enero de 1839, art. 14, ap. b), de la ley de 8 de junio de 1957).

Estimamos modalidad especial de dominio público la de los montes, pues amén del apuntado derecho de permuta y de la prescripción de treinta años, en el art. 9 de la ley de 24 de mayo de 1865 ya se declaraba que «subsistirán en los montes públicos las servidumbres y aprovechamientos vecinales que existan legalmente, siempre que sean compatibles con la conservación del arbolado» (arts. 339 de la ley y 47 y sigs. del Reglamento).

Es absurdo llamar públicos a los montes del Estado y de otras Administraciones y decir, en cambio, la R. O. de 8 de enero de 1906 que «son bienes patrimoniales de propiedad privada»; así, con toda la redundancia. Y el hecho es que hay una disponibilidad libre, como los auténticos bienes patrimoniales. ¿Que no tienen todas las características del dominio público común? Pues considerémoslas de dominio público especial.

Gascón y Marín (12) no vacila al incluir a los montes de utilidad pública como de «dominio público», comprendidos en el número 2 del art. 339 del Código civil—destinados al fomento de la riqueza nacional—, pese al criterio contrario a la Administración expresado en los Decretos de 10 de octubre de 1902 y 24 de febrero de 1903. Sin embargo, el R. D. de 24 de febrero de 1908 reconoce que «los montes exceptuados de la venta, por revestir caracteres de utilidad pública e interés general y por sus condiciones de propiedad patrimonial, tienen que estar y están vinculados a un régimen administrativo especial, consignado en las leyes del ramo».

Royo Villanova (13) justifica también que los montes de la Administración no deben de ser objeto de propiedad privada.

También se exceptuaban de venta: 1.º, los montes de aprovechamiento y administrativa, al poder permutarse los catalogados o venderse los de los pueblos. Insisto, en que la excepción confirma la regla, tanto más que a pesar de estas operaciones de transmisión no alteran la naturaleza jurídica dominical de los montes, pues siguen siendo de dominio público. Ya sostenemos nosotros la celebración de negocios jurídicos entre Administraciones de bienes públicos, conservando la naturaleza jurídica del dominio público, aun cuando el destino, siempre público, sea otro.

(12) *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 1951, págs. 398-399.

(13) *Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, 1948, pág. 626; 1950, página 620.

chamamiento común, con arreglo a la ley de 1.º de marzo de 1885 (art. 2.º), y 2.º, las dehesas boyales, es decir, destinadas a ganado de labor (art. 1.º, Ley de Desamortización de 1856).

Se ve clara la protección dominical frente a los intentos de usurpación por parte de particulares en el R. D. de 8 de mayo de 1884, que constituye, por así decirlo, el Código penal en materia de montes. En sus artículos se permite la imposición de multas a los que ocupan o roturan parte de un monte, a los que alteren hitos o mojones y a los que podaren o mutilaren árboles de modo que los inutilicen, así como a los dueños de ganado que permitan su entrada en montes públicos.

La nueva Ley de Montes de 8 de junio de 1957 recoge nuestro criterio, que ya hemos sustentado en la monografía sobre el *Dominio público* (14), y en el *Manual de Derecho administrativo español* (15), considerándolos como de dominio público, si bien especial.

Los montes incluidos en el Catálogo, según la nueva Ley de Montes de 8 de junio de 1957, son de dominio público, por su carácter de inalienables e inembargables y no sujetos a tributación.

Así vienen a declararlo los arts. 2 y 3 de la ley: «Los montes en el Catálogo sólo podrán ser enajenados mediante ley, salvo en los casos en que lo autorice la presente u otras leyes especiales, y las de expropiación forzosa para obras y trabajos y cuyo interés general prevalezca sobre la utilidad pública de los montes afectados. La indicada preferencia se sustanciará en expediente separado, en el que será oído el Ministro de Agricultura.»

La propiedad forestal catalogada es inembargable. Por excepción podrá constituirse garantía hipotecaria sobre aprovechamientos de los montes afectados, y la enajenación sólo podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado.

El monte catalogado como de dominio público lo incorporamos a la subclasificación de especial, en contraposición a dominio público común, por ser capaz jurídicamente de soportar servidumbres, e incluso en beneficio privado o de dominio privado, puesto que la ley no distingue el carácter del ente o persona beneficiaria o titular de la servidumbre, y que puede ser prescrito el dominio si

(14) Págs. 136 y sígs.

(15) Págs. 349 y sígs.

un tercero acredita la posesión efectiva ininterrumpida por más de treinta años.

En el Catálogo de montes de utilidad pública se reflejarán—según se expresa en el art. 16 de la Ley de Montes de 1957—las servidumbres y demás derechos reales que graven los inscritos y registrados en el mismo, con determinación de su contenido y extensión, beneficiarios, origen y título en virtud del cual fueron establecidos.

La Administración determinará a tales efectos la condición jurídica de las servidumbres y demás derechos reales actualmente existentes.

Las ocupaciones temporales de los montes catalogados se han de hacer, a nuestro parecer, en interés público, aun cuando la ley no esté clara a este respecto, pues el art. 20 dice que, con carácter excepcional y previa audiencia de los interesados, de la Asesoría Jurídica y del Consejo Superior de Montes, el Ministerio de Agricultura podrá establecer servidumbres o autorizar ocupaciones de carácter temporal en montes del Catálogo, siempre que se justifique la compatibilidad de unas y otras, con el *fin y la utilidad pública* a que estuviera afectado el monte. Si se trata de montes comunales o propios, las servidumbres y ocupaciones podrán ser concedidas cuando proceda por la Administración forestal, previo informe favorable de las Entidades locales si estuvieran declarados de utilidad pública.

Sin embargo, el art. 21 agrega que «en las concesiones administrativas podrán otorgarse servidumbres y *ocupaciones temporales* en montes del Catálogo, ajustándose a lo dispuesto en el artículo anterior», y en el artículo de referencia se señala la tramitación acabada de expresar, para autorizar la *ocupación temporal* sin fijación teleológica administrativa, si bien compatible con la utilidad pública.

3. *Catálogo de los montes públicos.*—El Catálogo de los montes es, según la ley de 1957, art. 6.º, un Registro público de carácter administrativo, en el que se incluirán todos los montes que hubieran sido declarados de utilidad pública pertenecientes al Estado, a las Entidades públicas territoriales y a los establecimientos públicos de Beneficencia o Enseñanza.

En el Catálogo de los montes se incluirán los exceptuados de venta, distinguiéndose los que sean propiedad del Estado, de la Provincia, de los Municipios y de los Pueblos, constituyendo Entidades locales menores (art. 4.º de la ley de 1863). Mas en virtud del art. 9, núm. 3, de la Ley del Patrimonio forestal, se habían de incluir también en el Catálogo los montes expropiados por utilidad pública, según el art. 8 del Reglamento para la aplicación de dicha Ley, todos los montes y terrenos que pertenezcan al Patrimonio forestal del Estado, con todos los beneficios que implican tal inclusión, considerándose de utilidad pública, por tanto de dominio público, pese a la denominación de patrimonio a toda la masa forestal.

Se incluirán, según la nueva Ley, en el Catálogo de los montes todos aquellos que hubieren sido declarados de utilidad pública con anterioridad a la publicación de la misma, y en lo sucesivo, por Ordenes emanadas del Ministerio de Agricultura, recibirán tal declaración, con incorporación simultánea al mencionado Registro, los montes y terrenos pertenecientes a Entidades públicas territoriales y a las de Beneficencia y Enseñanza, que estuviesen repoblados o fuese aconsejable repoblar de especies forestales y reunieren las características físicas, sociales o económicas que se consignen en las oportunas disposiciones reglamentarias.

Las reclamaciones, con inclusión o exclusión de los montes del Catálogo, que establecen las Entidades afectadas y no se refieran a cuestiones de propiedad, posesión o cualesquiera otros de carácter civil, tendrán carácter administrativo y se ventilarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure (16), sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales, posesión que se mantendrá y recuperará administrativamente, sin que pudiera esgrimirse, no siendo mediante acción reivindicatoria, un título inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de un tercero, pese

(16) La inclusión en el Catálogo acusaba—según la Instrucción de 17 de octubre de 1922 (art. 2.º) para los montes de las Entidades locales menores, Municipios y Mancomunidades—la posesión, pero no acreditaba la propiedad.

a la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de enero de 1958, respecto del dominio público de la zona marítimo-terrestre, que expresa no es dado desconocer a la Administración los títulos amparados en la legitimidad registral a favor de particulares, pues como preceptúa el art. 38 de la vigente Ley Hipotecaria: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo», de tal suerte, que interim subsistan deben ser respetados por todos, por hallarse, como dice el art. 1.º de la precitada ley, «bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley».

Todo monte incluido en el Catálogo y que haya sido deslindado se inscribirá «obligatoriamente» a favor de la Entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca, mediante certificación por triplicado de dicho dominio expedida por la Administración Forestal, en la forma y en las circunstancias que previenen los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, acompañada, si existe, del plano topográfico de la finca que se pretende inscribir (arts. 8 al 12 L. de M.).

No reza para esta clase de bienes de dominio público la exclusión prevenida en el art. 5.º del Reglamento Hipotecario para la generalidad de los bienes de dominio público, a virtud, sin duda, de que la naturaleza pública no es identificable físicamente como otra clase de dominio público, y es fácil confundirlo con los privados; y a fin de evitar, pese a la inclusión en el Catálogo, la prescripción extintiva por el transcurso de la posesión *de facto*, por terceros, ininterrumpidamente durante más de treinta años.

El artículo adicional 4.º de la Ley de Montes de 1863 se refería a la publicación por el Ministerio de Fomento del Catálogo de los montes exceptuados de venta. Hoy su aprobación corresponde al Ministerio de Agricultura, y las operaciones de deslinde y amojonamiento a las Jefaturas provinciales forestales dependientes de la Dirección General de Montes, radicante en dicho Ministerio.

Estos montes, además de inalienables, se consideraban imprescriptibles, pues en el Reglamento de 1 de febrero de 1924 se decía que no puede legitimarse la propiedad de los terrenos roturados

en los montes comprendidos en el Catálogo, con la salvedad que luego expondremos al tratar de los deslindes.

De suerte que se equivocan, tanto el preámbulo del mencionado R. D. de 10 de octubre de 1902, como la R. O. de 8 de enero de 1906, al considerar que estos montes, que, por otra parte los llama públicos, son bienes «patrimoniales de propiedad privada»; sin embargo, el R. D. de 24 de febrero de 1908 reconoce que «los montes exceptuados de la venta por revestir caracteres de utilidad pública e interés general, y por sus condiciones de propiedad patrimonial, tienen que estar y están vinculados a un régimen administrativo especial, consignado en las leyes del ramo».

Pero, ¿no están sometidos a un régimen administrativo especial los demás bienes de dominio público, cuyas características jurídicas son la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad? Aunque haya modalidades distintas en punto al uso o usufructo o aprovechamiento de estos bienes, gozan—con alguna salvedad—de la naturaleza jurídica de ellos, y digo con alguna salvedad, ya que permite permutar los montes públicos por otros de particulares, para mejorar las condiciones del Patrimonio forestal, pero no para extinguirlo.

En la Ley de Bases de Régimen Local (Base 47, párrafo 3.º) definitivamente se consideran de dominio público los montes provinciales catalogados. El señor Royo Villanova requiere que el legislador unifiqué su criterio para los montes catalogados del Estado y los Municipios.

Cierto que mejor es que así sea; pero después de lo que define el R. D. de 24 de febrero de 1908 y el Reglamento de 17 de febrero de 1924 y la Instrucción de 17 de septiembre de 1925, y puesto en parangón y analogía con la Base 47 de la Ley de Régimen Local, el art. 282, núm. 2, de la ley articulada de 16 de diciembre de 1950—texto refundido de 24 de junio de 1955—y el 4.º, núm. 2, del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, creo, no debe de haber duda del carácter público de los montes catalogados, incluso, por tanto, los de los Municipios y los Pueblos.

4. *Deslinde de los montes públicos.*—El deslinde de los montes públicos se llevará a cabo con sujeción a los siguientes trámites:

a) Las operaciones se anunciarán en el *Boletín Oficial* corres-

pondiente y mediante fijación de edictos en los Ayuntamientos, emplazándose a los colindantes y personas que acrediten un interés legítimo, sin perjuicio de notificar a aquellos cuyo domicilio fuera conocido para que presenten sus títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad y asistan al acto de apeo. Los que no compareciesen personalmente o por representante legal o voluntario, no podrán formular reclamaciones en el expediente de deslinde, considerándose la publicación de los edictos como notificación personal. Se admitirán pruebas que de modo indudable acrediten la posesión ininterrumpida durante más de treinta años.

Los expedientes de deslinde serán resueltos por el Ministerio de Agricultura mediante orden motivada, que pondrá término a la vía gubernativa. Si se hubieran formulado reclamaciones sobre cuestiones de propiedad, será preceptivo el informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, de acuerdo con lo previsto en el R. D. de 23 de marzo de 1886.

El amojonamiento en los montes se llevará a cabo con carácter provisional, al mismo tiempo que se realice el apeo y siguiendo la línea del mismo. El amojonamiento definitivo, previo los trámites que reglamentariamente se establezcan, tendrá lugar cuando se dicte la orden aprobatoria del deslinde.

El deslinde, aprobado y firme, declara con carácter definitivo el estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio declarativo ordinario sobre propiedad.

Las personas que hubieren intervenido como partes en el expediente de deslinde y resultaren afectadas por la resolución administrativa, podrán impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que en ella puedan plantearse cuestiones relativas al dominio o a la posesión del monte, ni cualesquiera otras de naturaleza civil.

Asimismo se entenderá la acción ante los Tribunales ordinarios para las Entidades públicas y los particulares que susciten cuestiones de propiedad, sin que sea preciso apurar la vía gubernativa regulada por el R. D. de 23 de marzo de 1886 (17), para quienes hayan formulado la reclamación administrativa (arts. 14 y 15 L. de M.).

(17) Hoy por el cap. III, sec. 1.^a de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 (*B. O. del E.* de 18 siguiente).

5. *El Patrimonio Forestal*.—El Patrimonio Forestal del Estado creado por ley de 9 de octubre de 1935, modificada ésta por Decreto de 26 de agosto de 1935, regulado por la ley de 10 de marzo de 1941 y el Reglamento el 30 de mayo del mismo año, es un Establecimiento público; por tanto, con personalidad jurídica para restaurar, conservar e incrementar la riqueza forestal del Estado, al que se le destinan por este mismo cien millones de pesetas para atender a sus fines, pudiendo ampliarse esta cantidad inicial en la medida que lo exija el plan a desarrollar con anualidades sucesivas, cada una no inferior a diez millones.

El Patrimonio Forestal podrá adquirir terrenos a los particulares: 1.º, por consorcio u otros convenios con los particulares que aporten al Patrimonio sus terrenos, a fin de obtener una participación en los beneficios que un día se obtengan de las masas arbóreas creadas; 2.º, por compra directa, satisfecha en metálico, propuesta por la Dirección y acordada por el Consejo del Patrimonio, siendo necesaria la autorización del Ministerio de Agricultura si la compra implica un gasto superior a 500.000 pesetas; 3.º, por expropiación forzosa.

En el primer caso, parece se configura una copropiedad, por lo que la doctrina del dominio público, en cuanto al sujeto, sufre una excepción, ya que el titular del dominio debe ser la Administración. Empero la propiedad privada se considera más bien del suelo reservada al particular consorciante, no del vuelo. Desde luego puede condicionarse el consorcio declarando inalienable el derecho patrimonial del particular consorciado, bajo sanción del derecho de retracto ejercitable por la Administración, sin que ello aparezca como requisito indispensable. Hay que reconocer, no obstante, que hay una copropiedad del vuelo del Patrimonio forestal y del particular.

6. *Intervención administrativa en los montes de propiedad privada*.—Si la ley de 1863 está inspirada en un criterio poco social y más bien individualista, siendo excepción los montes no desamortizados, que quedan en carácter de públicos, el Decreto de 24 de septiembre de 1938 sobre la riqueza forestal y la ley de 4 de junio de 1940, señalan otro criterio, pues permiten una intervención de la Administración en las actividades privadas en materia de mon-

tes y en beneficio del interés general (18). Así dispone el art. 1.º, ap. 1.º, de esta ley: «No podrán efectuarse cortas de árboles ni aprovechamientos leñosos de montes, bosques, dehesas, sotos y alamedas, cualesquiera que sea su propietario, sin la autorización previamente solicitada de la Administración Forestal del Estado. Tampoco se permitirá el cambio de cultivo agrícola por el forestal y las roturaciones de montes, sin la autorización de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca fluvial, previo informe de la Jefatura Agronómica Provincial y la del Distrito» (19).

El art. 3.º de dicha ley de 1940 declaró obligatorio el aprovechamiento de las fincas forestales particulares, compatibles con su conservación, previa la Orden correspondiente para cada caso, decretada por el Ministerio de Agricultura. A ningún particular se le podría obligar en estas adjudicaciones a más que entregar al pie la madera, cuyo aprovechamiento forzoso fuese ordenado, previo pago de su importe.

El art. 17 de la Ley del Patrimonio Forestal de 1941, en la redacción decretada el 1 de mayo de 1952, declaró también obligatorio participar al Patrimonio, por parte del propietario de un monte, y en su defecto al comprador, del proyecto de venta a comprador distinto del Estado, de predios superiores a 250 hectáreas, así como su precio, subrogándose, en todo caso, el Estado en los derechos del comprador, si no se participa la venta, sin perjuicio de la responsabilidad civil del vendedor.

Los dueños de montes que colinden con montes catalogados no podrán, desde que éstos hayan sido declarados en estado de deslinde, hacer más cortas en la extensión y faja de terreno que las que en cada año señale el Ingeniero de la Administración Forestal, la cual determinará los aprovechamientos forestales que procedan (art. 13 de la nueva ley).

La Ley de 1957 se inspiró también en un criterio social, limitando la propiedad de los montes de particulares en interés público.

Los montes de propiedad particular podrán ser sometidos, en

(18) Sobre intervención de la Administración forestal en los montes de los Municipios; véase MARTÍN RETORTILLO, *La nueva Ley de Montes*, «Rev. de Estudios de la Vida local», 1957, núm. 95, págs. 647 y sigs.

(19) Orden por el Ministerio de Agricultura, según los casos (D. 16 de junio de 1954).

cuanto a su aprovechamiento forestal, a la intervención de la Administración Forestal, que regulará los disfrutes con vista a la persistencia de dichos predios, pudiendo disponerse, por exigencias de la economía nacional y mediante Decreto aprobado por Consejo de Ministros, regulaciones o limitaciones en el aprovechamiento de cualquiera de sus productos.

En los casos en que el monte particular revista importancia forestal, económica o social, la Administración Forestal podrá establecer que sus aprovechamientos se sometan al oportuno proyecto de ordenación o plan técnico, según proceda.

Cuando exista una posibilidad de agrupar montes de gran producción en su conjunto, o bien sean públicos o particulares, y que al propio tiempo sean susceptibles de formar comarcas de ordenación, se estudiará y resolverá sobre la ordenación integral de la mencionada comarca.

Las agrupaciones de montes, a los efectos antes señalados, podrán ser voluntarias u obligatorias, y, aparte de los auxilios y beneficios que para la realización de las mejoras en sus montes se les otorguen, podrán asignárseles los anticipos económicos que en cada caso se estimen procedentes.

Serán obligatorias tales agrupaciones cuando los montes en ellas incluidos se hallen situados en zonas de protección o fuera necesario someterlos a planes dasocráticos de aprovechamientos y mejoras por otras razones de interés económicosocial.

Constituirá requisito indispensable para la formación de agrupaciones voluntarias la conformidad de los dueños, que, por lo menos, representen un 60 por 100 de la superficie global afectada por cada asociación.

Esto parece dar a entender que la agrupación es forzosa para el resto de los propietarios.

La constitución de las agrupaciones forestales se realizará en cualquier caso mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura.

Cuando el Decreto a que se refiere el párrafo anterior ordenase una agrupación forestal que afectare a alguna Entidad local, será dictado conjuntamente por los Ministerios de Gobernación y Agricultura.

7. *Beneficios que otorga la nueva ley de 1957 a los montes privados.*—El Estado, a través del Patrimonio Forestal, concederá, según la nueva Ley de Montes, ayuda técnica, subvenciones y anticipos a los particulares que, aisladamente o asociados en grupos sindicales, constituidos en el seno de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos, se propongan la mejora de los montes que les pertenezcan, siempre que concurra alguna de las siguientes condiciones:

a) Que la mejora consista en repoblaciones auxiliares del tratamiento de la masa principal o de claros y rasos existentes en los montes.

b) Que las obras de mejora se refieran a caminos de saca, artificios de desbosques y construcciones que pudieran comprenderse en los planes de mejora de los montes, si están ordenados técnicamente, y que tengan carácter de permanencia.

c) Que las obras tengan por finalidad el fomento y mejora de pastizales (art. 32 L. de M.).

8. *Conclusión.*—Del examen de la nueva Ley de Montes de 8 de junio de 1957 se llega a la conclusión que la configuración jurídica de dominio público especial que atribuímos a los montes catalogados no ha sufrido esencial revisión o retroceso, si bien se acusa una mayor intervención administrativa en los montes privados, persiguiendo, la Administración con ello, un fin de fomento de la riqueza forestal; por tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para entender hoy con la nueva Ley reguladora de esta jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956, art. 1.º, en los actos de la Administración pública, respecto de los montes privados, como sometidos al Derecho administrativo forestal, aun no existiendo un derecho subjetivo administrativo lesionado, bastando para impugnar los actos ilegales o por desviación del fin, tener un interés legítimo (arts. 28, ap. a), y 83 de la Ley de lo Contencioso-administrativo citada).

SABINO ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO.

Catedrático de Derecho Administrativo.
Magistrado del Tribunal Supremo.

Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas

SUMARIO

1. La prioridad, principio básico de nuestro Registro.—2. La denominada «tercería registral».—3. Inscripción de propiedad posterior a la anotación de embargo, en virtud de título también posterior. A) Inscripción anterior a la fecha de expedición de la certificación de cargas. B) Inscripción posterior a la fecha de expedición de la certificación de cargas.—4. Inscripción de propiedad posterior a la anotación de embargo, en virtud de título anterior. A) Posiciones doctrinales. B) Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—5. Soluciones actuales a estos problemas, según la legislación y la jurisprudencia.—6. Conclusiones.

1. *La prioridad, principio básico de nuestro Registro.*—A pesar de todos los avances de nuestra técnica registral, en verdad considerables, que han culminado con perfilar el denominado principio de legitimación, ya relativa, ya absoluta, según que la presunción legitimadora actúe *juris tantum* o *juris et de jure*, y con regular un cauce procesal sumario y eficaz para su virtualidad práctica; a pesar del desarrollo ético—no menos meritorio por la dificultad de armonizarle con las bases del sistema sin destruirlas—del principio de buena fe; a pesar del progreso manifiesto que la legislación vigente ha representado para la clarificación del antes enrevesado y perturbador concepto del tercero hipotecario y de las siempre problemáticas relaciones entre la

posesión y el Registro, como representaciones institucionales de dos mundos diferentes; a pesar de cuanto se ha mejorado, depurado y sustantivado nuestro sistema, resulta innegable que éste sigue obedeciendo, como siempre ha obedecido desde su implantación, a un principio básico, pudiéramos decir clave, tan importante, tan trascendental, que se eligió justamente como lema de toda la institución.

Me refiero, innecesario es decirlo, al principio de prioridad o de rango condensado en el apotegma latino *prior tempore, potior jure*.

Acertadamente lo define Roca Sastre (1), en nuestro sistema, como «aquel en cuya virtud el acto registral que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o con superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiese aún ingresado en el Registro, aunque fuese de fecha anterior».

No contiene la Ley Hipotecaria, ni tampoco su Reglamento (2), una definición de este principio, sin duda porque, en buena técnica legislativa, tan olvidada en los tiempos que corren, las leyes no necesitan definir conceptos jurídicos ni filosóficos, aunque regulen e impongan sus efectos y consecuencias. Por tal razón, indudablemente la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 suprimió el artículo del Anteproyecto que establecía de modo concreto aquel principio (3).

Pero no es ciertamente necesario que la ley declare explícitamente que se inspira en el principio de prioridad. Este la informa, la ambienta, la rige en todo momento, y su vigor fortificante sirve, con el de los demás principios, para mantener en pie

(1) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I de la segunda edición, pág. 469. Debe también citarse el muy interesante trabajo de Francisco Ruiz Martínez sobre *El principio de prioridad*, en «Rev. Crit. de Der. In.», pág. 879, año 1952.

(2) La Dirección General de los Registros y del Notariado, en uno de los considerandos de su Resolución de 22 de octubre de 1952, dice que «el principio de prioridad, básico en nuestro sistema, en virtud de lo dispuesto en el art. 248 de la Ley Hipotecaria, en cuanto al rango, se halla deficientemente regulado y ha de inducirse de preceptos aislados, de declaraciones de la jurisprudencia o de afirmaciones doctrinales».

(3) El artículo suprimido decía así: «La preferencia excluyente o de mejor rango entre derechos de posible registración sobre una misma finca o derecho se determinará por la prioridad de su ingreso en el Registro, cualquiera que fuere la fecha de su constitución».

todo el mecanismo registral. Ya dijo Jerónimo González (4) que «sin ninguna vacilación, y sacrificando antiguos privilegios, la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria centró todo el sistema sobre el riguroso orden cronológico de las presentaciones acreditado por el Diario». Y la ley vigente confirma la subsistencia del principio en sus arts. 17, 24, 25 y 248 fundamentalmente.

La prioridad en el tiempo, en ingresar en el Registro, robustece y mejora al derecho. En ocasiones, le antepone a otros que civilmente serian preferentes. La negligencia, pues, muchas veces resulta perjudicial. A este propósito contiene la Exposición de Motivos de la primitiva ley—manantial inagotable en el que hay que beber tan a menudo—, dos párrafos muy significativos. Uno afirma que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta, que a él sólo es imputable, al que, sin haberla cometido ni podido conocer, adquiere la finca gravada o la recibe como hipoteca en garantía de lo que se le debe». Y otro, que «el que no usa del derecho que la ley le da, impútese a sí mismo el perjuicio que su omisión le origine». Ya veremos más adelante cómo estas ideas han sido recogidas por la jurisprudencia hipotecaria.

Finalmente, hasta el mismo Código civil, concebido con inspiración romanista, y ajeno, por consiguiente, a los postulados registrales, aunque respetuoso con la legislación hipotecaria, a la que siempre deja a salvo para que rija en lo que le es peculiar y privativo, reconoce de modo explícito la jerarquía prevalente de la prioridad; y por ello, en su capital art. 1.473, regulador del supuesto de la doble venta, dispone que, tratándose de bienes inmuebles, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Quede, pues, establecido que el principio de prioridad, suavizado en su drástico rigor por algunas excepciones necesarias, fija el rango de los derechos inscritos o anotados, concede defensas especiales y ha de ser muy tenido en cuenta siempre que se trate de resolver colisiones jurídicas dentro del campo registral. El intérprete de la legislación hipotecaria patria no debe nunca olvidarle.

(4) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Principios Hipotecarios*, edición del Colegio Nacional de Registradores, pág. 290.

2. *La denominada «tercería registral»*.—La ley de 21 de abril de 1909 (5), que reformó parcialmente la anterior legislación hipotecaria en el sentido de dotar de cierta sustantividad a la inscripción, se propuso resolver en favor del titular registral un problema que se planteaba alguna vez en los procedimientos de apremio judiciales o administrativos, embargos preventivos u otros trámites de ejecución cuando se embargaban fincas que se hallaban inscritas en el Registro a nombre de persona diferente al deudor contra quien se había decretado el embargo.

Decía con razón Morell (6), que «si el que tiene inscrito en el Registro el dominio de una finca o derecho real puede verse privado por un tercero de ese derecho o finca, sin más que practicar un embargo dirigiéndose contra un deudor suyo, a cuyo nombre no aparece en el Registro, ¿para qué sirve la inscripción?». Si eso fuese posible, cabe agregar por nuestra cuenta, resultarían inútiles los básicos principios de tracto sucesivo, de legitimación, de inscripción, de consentimiento y de prioridad en que se inspira nuestra legislación. Es decir, socavada en su cimiento, se derrumbaría toda la prodigiosa arquitectura de nuestro sistema.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de diciembre de 1890 (7), llegó a exigir que el titular de la finca embargada interpusiera el correspondiente juicio de tercería de dominio para hacer prevalecer su derecho inscrito. Esto era, sobre absurdo, anti-jurídico, por desconocer totalmente el valor de la inscripción.

Las presunciones derivadas del principio de legitimación, admitidas de modo expreso por nuestra ley, aunque sólo sean *juris tantum*, colocan al titular en la posición procesal de demandado. Se presume, a su favor, que el derecho de propiedad inscrito es cierto, legítimo y eficaz; y a quien lo controvierte incumbe el ejercicio de la acción judicial y la carga de la prueba. Si el acreedor embargante sospecha que el registro es inexacto, esto es, que el titular inscrito no es ya el verdadero dueño de la finca o derecho, habrá previamente de postular la rectificación del registro para

(5) En su art. 16, que pasó a ser el 24 de la ley de 16 de diciembre de 1909 y ahora es el 38 del texto refundido de 8 de febrero de 1946.

(6) J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. II, página 56.

(7) Citada por Roca Sastre en la segunda edición de su monumental obra, pág. 198. t. I.

que, una vez inscrita la finca o derecho a nombre de su deudor, pueda tener viabilidad registral el embargo. Lo que a todas luces es inaceptable es que se puedan anotar embargos, ni continuar procedimientos de apremio sobre bienes que se hallen inscritos a favor de quien no ha sido parte en el procedimiento judicial o administrativo.

Por tal ineluctable razón, el art. 24 de la ley de 1909 estableció, y luego ratificó el art. 38 de la vigente de 1946, en su párrafo 3.º, como consecuencia del primero, que establece el principio de legitimación, y del segundo, que veda las acciones contradictorias del dominio inscrito, sin que previamente o a la vez se demande la nulidad o cancelación de la inscripción, que «en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas, en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera, del que aparece como dueña en el Registro».

Es de advertir previamente que en el vigente texto refundido se sustituyó la frase «por manifestación auténtica del Registro», por la más concreta y definida de «por certificación», lo que dió lugar a que luego en el nuevo Reglamento de 1948 se suprimiese el art. 92 del de 1915, que preceptuaba cómo debía tener lugar la «manifestación auténtica» del Registro (bien en el oficio de remisión al Juez del mandamiento de embargo con denegación de la anotación, bien en certificación).

Esta disposición legal da origen a lo que algunos tratadistas denominaron, gráfica, aunque impropriamente, «tercera registral». El titular inscrito de la finca embargada por responsabilidades ajenas en procedimiento en el que no es parte, se libera de la vía de apremio y deja sin efecto automáticamente el embargo, sin más que aportar a los autos certificación que acredite estar inscrita en el Registro a su nombre la finca embargada. En cuanto se presente dicho documento, el Juez o el Agente ejecutivo deben sobreseer, respecto a esa finca, el procedimiento de apremio.

No deja de advertirse que debiera bastar, para tal sobreseimiento, la sola incorporación a autos o al expediente administrativo del mandamiento en que conste la nota denegatoria de la anotación de embargo por el defecto, en principio insubsanable, de hallarse la finca embargada, inscrita a nombre de persona distinta al deudor, conforme a la regla 1.^a del art. 140 del Reglamento Hipotecario. Pero como puede ocurrir, sobre todo en los procedimientos judiciales, siempre rogados en lo civil, que la parte actora no aporte a los autos el mandamiento denegado y que el Juez continúe la ejecución, el legislador ha querido que el titular registral pueda actuar, sin necesidad de la formal interposición de un juicio de tercería, con sólo presentar en el Juzgado la certificación del Registro acreditativa de su derecho inscrito, sin más alegaciones ni más pruebas, y sin controversia alguna. Esto es recomendable (8); aunque tampoco ha de olvidarse que, si el titular permanece inactivo, no sufrirá grave perjuicio, puesto que el Registro siempre ha de defender su derecho inscrito, y si la ejecución sigue adelante y se llega a venta o adjudicación del inmueble embargado, la escritura o el auto no podrán inscribirse en el Registro, por impedirlo el art. 20 de la ley. En realidad, el acreedor ejecutante que se obstine en la ejecución después de denegado el embargo, que haga caso omiso de los pronunciamientos del Registro, perderá el tiempo... y el dinero.

Mas esta hipótesis de que al pretenderse la anotación de embargo se halle la finca embargada inscrita a nombre de persona distinta al deudor, no suele suscitar dificultad alguna. Ya con la simple denegación del mandamiento, ya con la presentación del certificado registral, ya con el cierre del Registro para los títulos de enajenación derivados del procedimiento indebidamente seguido, el titular registral queda indemne. Las propias defensas del sistema le protegen, y cabe que descansen, según la conocida frase de Jerónimo González, en «la almohada de la inscripción».

Los problemas surgen, y suele ofrecerlos la experiencia profesional, en otros dos supuestos que ha estudiado el Notario Molina Revelló, en brillante trabajo recientemente publicado en esta mis-

(8) Profesionalmente, tuve ocasión más de una vez de acudir a este procedimiento especialísimo, llamémosle «tercería registral», siempre con el rápido y eficaz resultado previsto por la Ley.

ma Revista (9), y anteriormente el Registrador Mazuelos (10), en el profundo estudio publicado no hace mucho también en estas páginas, y que ya había desvelado Ramos Folqués (11), con su habitual agudeza y fuerte dialéctica, en otros también notables trabajos. Son estos supuestos los dos siguientes, según el texto de Molina Revelló:

1.º Si al anotarse el embargo aparece el inmueble en el Registro como del ejecutado, pero ya se había enajenado a un tercero, quien inscribe después de la anotación su título anterior al embargo; y

2.º Si después de anotado el embargo sobre la finca inscrita a nombre del deudor, éste la transmite y el adquirente inscribe su título.

En mi opinión, ninguno de estos supuestos son de los que se denominan tercerías registrales, es decir, no son de los que da resueltos el párrafo 3.º del art. 38 de la ley, con su procedimiento automático e incontrovertible. En el primer caso, se produce la hipótesis de inscripción, tardía o retrasada; en el segundo, el del tercer poseedor de bienes anotados. Para su enfoque y resolución, habrá de tenerse en cuenta, aparte de otros principios, muy fundamentalmente el de prioridad.

Vamos a analizarlos separadamente, empezando por el segundo, por ser más sencillo y estar suficientemente regulado en nuestra legislación vigente, y dejando el primero para el final por ser el que plantea problemas más difíciles, aunque en ningún caso insolubles, ya que la solución se desprende de los nuevos textos legal y reglamentario y de las últimas declaraciones jurisprudenciales.

3. *Inscripción de propiedad posterior a la anotación de embargo, en virtud de título también posterior.*—Es incuestionable que

(9) ENRIQUE MOLINA RAVELLO, *De la llamada tercera registral*, «Rev. Crít. de Der. In.», año 1958, págs. 55 y sigs.

(10) JUAN MARÍA MAZUELOS, *Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas*, «Rev. Crít. de Der. In.», núm. 330-331 de 1955 y 332-333 y 334-335 de 1956.

(11) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, *La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944*, «Rev. de Der. Priv.», año 1951, págs. 553 a 568. Y *El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio*, en «Rev. de Der. In.», año 1953, págs. 785 y sigs.

los bienes inmuebles o derechos reales anotados de embargo pueden ser enajenados, si bien sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, conforme explícitamente declara el art. 71 de la Ley Hipotecaria; y que, conforme al párrafo final del art. 38 de la misma, cuando después de practicada en el Registro alguna anotación de embargo, pasen los bienes anotados *a poder de un tercer poseedor* (12), se observarán las reglas del párrafo anterior, o sea se procederá con arreglo a lo dispuesto en los arts. 134 y concordantes de la ley para la ejecución hipotecaria sumaria.

Aquí se comprueba que rige también la prioridad. A., dueño de una finca, es ejecutado por un acreedor C., que anota su embargo sobre aquélla. Si luego A. la vende a B. y éste inscribe su adquisición, ya no perjudica la inscripción a C., que llegó antes al Registro. Si, por el contrario, C. retrasase la anotación y B. hubiese inscrito primero, cuando el mandamiento de embargo llegase al Registro sería denegado, conforme al art. 20 de la ley y núm. 1.º del 140 del Reglamento, sin perjuicio, claro es, de las acciones que C. pudiese ejercitar si la enajenación estaba hecha en fraude de acreedores.

El legislador, con el fin de amparar el derecho del anotante, equivalente en estos casos de transmisiones posteriores a la anotación, a una verdadera «hipoteca judicial» (13), ha tratado de fa-

(12) Es de subrayar la escasa precisión técnica con que se produce el precepto legal al emplear la expresión gramatical de «pasar los bienes a poder de ». No cabe interpretarla como equivalente de «inscribirse el dominio de los bienes a favor de...», sino como acertadamente piensa Roca Sastre, que los bienes hayan entrado en la propiedad del tercero, después de anotado el embargo. Si fuese válida la otra interpretación, resultaría que habría de aplicarse el último párrafo del art. 38 de la Ley, incluso a las inscripciones posteriores a la anotación de embargo, pero en virtud de títulos anteriores, dando a la anotación preventiva un valor del que evidentemente carece.

Según afirma el insigne tratadista, el concepto de tercer poseedor es independiente de si ha inscrito o no su adquisición, por bien que si no inscribe puede pasar inadvertida su existencia.

(13) Por mucha que sea la repugnancia a identificar las anotaciones de embargo con las antiguas «hipotecas judiciales», es lo cierto que la propia Comisión redactora de la primitiva Ley confesó en la Exposición de Motivos que en este punto, conservando en sustancia las hipotecas judiciales que admitían las leyes procesales vigentes, lo que había hecho había sido sustituir su denominación por la más moderna de «anotaciones preventivas», en consideración a que su carácter es tan transitorio como el del peligro que tratan de evitar, esto es, que se eludan las sentencias mediante actos propios del demandado que imposibiliten la ejecución del fallo. Realmente, respecto a los actos

cilitar la ejecución, evitando los obstáculos que una o varias enajenaciones sucesivas podrían provocar. Por ello, a ese tercer poseedor le concede ciertos derechos que no podrían desconocerle; pero nunca el de imposibilitar ni siquiera entorpecer el procedimiento de apremio ni el de crear dificultades invencibles, derivadas del principio de tracto sucesivo, a la futura inscripción del título transmisivo—venta o adjudicación—que ponga fin a la ejecución.

El nuevo Reglamento hipotecario, siguiendo la plausible tendencia unificadora de los procedimientos ejecutivos sobre inmuebles, hizo extensiva a toda clase de tales procedimientos lo dispuesto en la regla 4.^a del art. 131 de la ley, respecto al judicial sumario de ejecución hipotecaria, es decir, implantó la trascendental novedad de hacer constar en el Registro, mediante la oportuna nota marginal, la expedición de la certificación de cargas prevenida en el art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta nota marginal, según afirma Roca Sastre, y con él la generalidad de los tratadistas, debe surtir, al menos respecto a los terceros poseedores, efectos análogos a la del art. 131 de la ley (14).

Con vista de la nueva disposición reglamentaria, habrá que distinguir dos supuestos diferentes: a) el de las inscripciones a favor del tercer poseedor anteriores a la expedición de la certificación de

de enajenación posteriores a la anotación de embargo, ésta funciona como una efectiva hipoteca. El maestro Roca Sastre ha deslindado a la perfección las verdaderas diferencias que separan a las anotaciones de embargo de las hipotecas en las págs. 496 y sigs. del t. III de la 5.^a edición de su obra *De-recho Hipotecario*.

(14) Sobre la constancia formal de esta nota, es decir, sobre el asiento a cuyo margen ha de extenderse, conviene una aclaración. El Reglamento dispone que se extienda al margen de la anotación practicada y, en su defecto, «al margen de la inscripción correspondiente». ¿Cuál es ésta? Sostuve en mis *Comentarios* (t. I, pág. 11), que «no puede ser otra, a mi juicio, que la vigente de propiedad de la finca de que se trate». Reza, Ruiz Artacho y hasta el mismo Roca Sastre se han mostrado disconformes con esta sencilla opinión, sosteniendo que dicha nota marginal no puede equipararse a una anotación ni puede sustituir a ésta. Claro que yo jamás he sostenido tal absurdo. Lo que sigo opinando es que cuando no hay anotación de embargo—y en muchos casos no la hay—la nota se extenderá al margen de la inscripción de propiedad, sobre la base, naturalmente, de que esta inscripción figure a nombre del ejecutado, embargado, etc., ya que si figura a nombre de tercero la nota habrá de denegarse, pues no habiendo anotación, tampoco en el Registro hay tercer poseedor. El caso contemplado por Roca de ejecución en procedimiento ordinario de una hipoteca, es poco frecuente en nuestros días: pero, si se produce, no veo inconveniente en que la nota se extienda al margen de la inscripción de hipoteca.

cargas; y b) el de las inscripciones posteriores a esa fecha. Por separado, las examinaremos.

Pero antes convienen dos aclaraciones. Una, casi innecesaria, es la de que partimos siempre de la base de que el tercer poseedor inscriba su título adquisitivo. Si no lo inscribiese resultaría totalmente desconocido en el Registro y en el procedimiento—salvo que espontáneamente compareciese en él—. Y ultimada la ejecución, el rematante en la subasta o el adjudicatario inscribirían su derecho, y ya no podría inscribir el suyo el tercer poseedor, por el art. 20 de la Ley Hipotecaria, e incluso perdería la propiedad del inmueble, como consecuencia del 1.473 del Código civil, pues se trataría de una efectiva doble venta: la hecha por el deudor al tercer poseedor y la hecha por el Juez, en nombre del mismo deudor, al rematante.

La otra aclaración es que, después de lo dispuesto por el nuevo Reglamento, en la certificación de cargas prevenidas en el art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe el Registrador, en el caso de haber inscrito su derecho el tercer poseedor, hacer constar el cambio de la titularidad dominical. Ciertamente que no se puede invocar por ahora ninguna disposición legal ni reglamentaria (15), que de un modo *expreso* y *directo* imponga esa obligación al Registrador; pero el hacer constar en la certificación tan importante extremo, de tan patentes repercusiones en el procedimiento, e incluso en el Registro, que a la competencia jurídica del funcionario certificante no deben pasar inadvertidas, no puede calificarse, como con cierta ligereza hizo Reza y recogió Roca Sastre (16), de *oficiosidad*, sino más bien de celo en el cumplimiento del deber para coadyuvar a la recta administración de justicia. No debe olvidarse, por otra parte, que el art. 232 de la Ley Hipotecaria, al regular las certificaciones en relación, como son las de cargas, después de consignar los extremos o circunstancias que deben contener, agrega, «y cualquier otro punto que el interesado señale o juzgue importante el Registrador»; y que el art. 233 del mismo texto legal dispone que en dichas certificaciones se relacionarán solo los asientos exigidos

(15) Pendiente de estudio una reforma parcial del texto reglamentario, es casi seguro que el legislador ha de completar el texto del art. 143, previniendo expresamente la obligatoriedad de hacer constar en la certificación de cargas la titularidad vigente de la finca o derecho embargados.

(16) REZA ULLOA. *Contradicción del art. 143 del Reglamento Hipotecaria con la Ley*. En «La Notaría», año 1948, pág. 50.

en la solicitud o en el mandamiento, pero sin omitir tampoco ninguno que pueda considerarse comprendido en los términos de dicho mandamiento o solicitud (17).

Ante esto, ¿cómo el Registrador no va a considerar punto importante para el ulterior desarrollo de la ejecución la existencia de un tercer poseedor inscrito con posterioridad a la anotación? ¿Cómo no va a considerarlo comprendido en el mandamiento, después del nuevo art. 143 del Reglamento, y por analogía con lo que para la certificación previene la regla 4.^a del 131 de la ley? Mejor que calificar de «oficiosidad» la inclusión en la certificación de tan vital extremo, sería juzgar de «descuido o negligencia» lamentables el no constatarlo.

A) *Inscripción anterior a la fecha de expedición de la certificación de cargas.*—Los actos dispositivos posteriores a las anotaciones de embargo resultan siempre perjudicados por éstas, precisamente por el principio de prioridad registral, que da en estos casos preferencia al derecho personal asegurado registralmente sobre el derecho real, constituido después.

Por tal razón, si el adquirente de los bienes gravados con una anotación de embargo, inscribe su adquisición antes de que se expida la certificación de cargas prevenida en el art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento civil, está fuera de duda que no puede interponerse tercería de dominio, judicial ni registral, puesto que tiene que soportar las consecuencias del gravamen con que ha adquirido los bienes, así como que tampoco puede paralizar o dificultar el curso de la ejecución, que ha de seguir adelante; pero, en cambio, se le reconoce por la ley algunos derechos que sería injusto e innecesario negarle; dada su condición de nuevo propietario de aquellos bienes.

El primero de estos derechos, y quizá el más fundamental, pues facilita el ejercicio de los demás, es el de *ser citado* en el procedimiento en el que se decretó el embargo. Claro es que para esta

(17) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, en *El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio*, en «Rev. Crit. de Der. In.», año 1952, pág. 803, ya apuntaba su creencia de que mi opinión sobre la necesidad de incluir referencia al titular dominical en la certificación de cargas se basaba en el último párrafo del artículo 233 de la ley. Mientras no exista precepto expreso, en dicho texto hay que basarse, pero, sobre todo, en el art. 232.

citación es requisito indispensable que conste en autos la existencia del tercer poseedor inscrito; y esto se consigue, en momento hábil, mediante la inclusión en la certificación de cargas del extremo relativo a la titularidad de los bienes, cuando han dejado de pertenecer al apremiado o ejecutado, según anteriormente se ha explicado.

Mediante esa citación, puede el tercer poseedor ejercitar los derechos que le concede el art. 134 de la Ley Hipotecaria, o sea, que se le exhiban los autos y que se entienda con él las ulteriores diligencias, como subrogado en el lugar del deudor; y puede también ejercitar los que le atribuye el 126 de la misma ley, esto es, pagar después de ser requerido o desamparar los bienes.

Resulta también esencial esa citación para que, en su día, resulte inscribible en el Registro la venta o adjudicación en que desemboque la vía de apremio. Si el tercer poseedor no ha desamparado los bienes, haya o no comparecido en el procedimiento, la escritura de enajenación deberá ser otorgada por el mismo, o, en su nombre, por el Juez; y quedará cumplida la exigencia del tracto sucesivo.

La nota marginal acreditativa de la expedición de certificación de cargas no surte, como se ve, ningún efecto contra el tercer poseedor inscrito antes de su expedición. Antes bien, le atribuye el derecho capital de ser citado.

Si a pesar de lo dispuesto en el art. 143 del Reglamento, ese tercer poseedor no hubiera sido citado, por no constar su existencia en autos, es evidente que no podrá inscribirse después la escritura de venta o adjudicación judicial, derivadas del apremio, por no estar ya inscrita la finca a nombre del ejecutado. Pero como no puede quedar inefectiva la actuación judicial, y como el tercer poseedor debe sufrir las consecuencias del embargo, por ser un gravamen anterior a su adquisición, el Juez deberá decretar, a instancia del ejecutante, del rematante o del adjudicatario, la cancelación de la inscripción adquisitiva de dicho tercer poseedor, en lo que no habrá dificultad por la inferioridad de su derecho, aun siendo real, frente al del anotante, personal, pero anterior a la fecha, y al derivado, también real, del rematante o adjudicatario. Huelga decir que la cancelación habrá de ser ordenada nominativa e individualizadamente.

B) *Inscripción posterior a la fecha de expedición de la certificación de cargas.*—Este supuesto es muy diferente al anterior. El adquirente de los bienes anotados que inscribe su adquisición después de expedida la certificación de cargas y extendida en el Registro la correspondiente nota marginal acreditativa—bien porque su adquisición sea efectivamente posterior, bien porque se retrase en llegar al Registro—, se ve seriamente afectado por tal nota. Por de pronto, *no debe ser citado*, es decir, carece de derecho a que se le cite. Claro que ello no impide que, conforme al art. 134 de la Ley Hipotecaria, comparezca espontáneamente en el procedimiento, acreditando la inscripción de su título.

Pero ya ese tercer poseedor, retrasado registralmente, no puede crear obstáculos a la ejecución ni a la inscripción de la transmisión que de la misma se derive. Si no ha comparecido por decisión propia en el procedimiento de apremio, éste le ignora; la escritura de venta o la adjudicación judicial se harán en nombre del deudor apremiado y la inscripción del rematante o adjudicatario se practicará con sólo cancelar previamente la inscripción del tercer poseedor, en virtud del mandamiento que genéricamente ordene cancelar todos los asientos posteriores a la referida nota marginal que constató la expedición de la certificación de cargas.

Si voluntariamente ha comparecido en el procedimiento, quedará subrogado en el lugar del deudor, si no desampara los bienes, y tampoco habrá dificultades, pues a su nombre se efectuará la venta o la adjudicación, que en tal supuesto podrán inscribirse sin necesidad de cancelar la inscripción del tercer poseedor, cumpliéndose así las exigencias del tracto sucesivo.

Mazuelos, en su acabado estudio sobre la anotación de embargo (18), sostiene—aun reconociendo que en la práctica se hace otra cosa—que la inscripción del tercer poseedor no debe ser obstáculo a la inscripción del título del adjudicatario o rematante, debido al carácter de «condición resolutoria expresa» que se atribuye a la nota acreditativa de haberse expedido la certificación de cargas (Resoluciones de 6 de noviembre 1933 y 22 mayo 1943), por lo que el caso contemplado debiera comprenderse en la regla 6.ª el art. 175 del Reglamento.

(18) JUAN MARÍA MAZUELOS, loc. cit., año 1956, pág. 168.

Mas esta opinión, que en rigor de buena doctrina ha de estimarse procedente, porque concuerda correctamente con la fundamental declaración del art. 171 de la Ley Hipotecaria, no ha prevalecido en la práctica por el rigor con que en ésta se observa, no sólo el principio del tracto sucesivo, sino también el de subsistencia del derecho inscrito, mientras no se cancele por voluntad del interesado o por mandato judicial. Claro es que el problema no ofrece gravedad, pues en estos casos, para la cancelación de la inscripción del tercer poseedor bastará la orden judicial genérica de cancelación de todos los asientos posteriores a la referida nota marginal, y el mandamiento cancelatorio se despachará sin dificultad ni necesidad de otros requisitos, a diferencia de lo que ocurre cuando el tercer poseedor inscribió su título antes de la expedición de la certificación de cargas.

4. *Inscripción de propiedad posterior a la anotación de embargo en virtud de un título anterior.*—Este supuesto es el que ofrece mayores dificultades prácticas y teóricas, tanto por la insuficiencia o ambigüedad de las normas aplicables como por la gran diversidad de las opiniones doctrinales e interpretaciones, e incluso por ciertas vacilaciones de la jurisprudencia hipotecaria. Pero en su solución, según se ha de ver, deberán también tenerse muy presentes las exigencias del principio de prioridad, en el que apenas han reparado los comentaristas.

Ante todo, conviene sentar algunas premisas previas, respecto a las cuales existe conformidad unánime o casi unánime. Nos referimos al valor jurídico o eficacia de la anotación frente a los actos dispositivos anteriores a la misma.

Es indiscutible que los embargos por consecuencia de obligaciones o de ejecución de sentencias deben trabarse sobre bienes propios del deudor o ejecutado. Si estos bienes han dejado de pertenecerle civilmente, aunque todavía en el Registro continúen inscritos a su nombre (lo que es consecuencia del eclecticismo o posición intermedia de nuestro sistema, que no ha llegado a la inscripción constitutiva), es evidente que si se embargan para garantía o efectividad de las responsabilidades del anterior propietario, se ha embargado algo que ya le es ajeno, que ya no está en su patrimonio. Se estará, ciertamente, en un caso de discre-

pancia entre Registro y realidad jurídica, de inexactitud de aquél; pero resulta innegable que el título adquisitivo anterior al embargo, aunque no esté inscrito, debe prevalecer sobre éste, pues, aparte de que la anotación del embargo no es una hipoteca, ni crea un verdadero derecho real, ni altera la naturaleza de las obligaciones que lo motivan, resultaría antijurídico que los bienes propios de un tercero civil puedan responder de obligaciones ajenas por el mero hecho de no haberse practicado todavía la inscripción de la transmisión en el Registro.

La anotación de embargo concede preferencia solamente sobre los actos dispositivos otorgados y créditos contraídos *con posterioridad* a la fecha de la anotación; pero nunca en cuanto a los actos transmisivos anteriores, ni en cuanto a créditos anteriores que sean preferentes. Tal es lo que disponen la Ley Hipotecaria y el Código civil. Terminantemente declara el art. 44 de la ley que el acreedor que obtenga a su favor anotación de embargo tendrá, para el cobro de su crédito, la preferencia establecida en el 1.923 del Código civil. Y éste, en su núm. 4.º, establece preferencia, en relación con determinados bienes inmuebles y derechos reales, a los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencia, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

Podrá discutirse, en el terreno de la nomotesia, si estas normas son o no son justas y si se ajustan o no a la lógica del sistema registral. Podrá sostenerse que las anotaciones deben ser verdaderas hipotecas judiciales y revestir el carácter constitutivo de ese derecho real, y que, una vez constatadas registralmente, han de anteponerse a todo acto, de cualquier clase, que se anote o inscriba con posterioridad, es decir, mantener que el contenido del Registro debe reputarse exacto e íntegro en beneficio del anotante, aplicándole en su plenitud los efectos de la fe pública registral. Pero, hoy por hoy, la realidad legal y jurisprudencial no es ésa, y a ella debemos atenernos mientras no se modifique.

Y otra premisa de la que también hemos de partir para nuestro estudio es la de que esos actos dispositivos anteriores a la anotación *se inscriban*, aunque tardamente, aunque con retraso, en el Registro, puesto que si no se inscribiesen y la ejecución si-

guiera adelante, se inscribirían en el Registro sin dificultad los títulos de adjudicación o venta judicial; y ya el tercer poseedor se encontraría frente a una colisión de títulos de propiedad, que habría de resolverse en el correspondiente procedimiento judicial ordinario.

Sentadas ambas premisas, vamos a exponer sucintamente las diferentes posiciones mantenidas por la doctrina sobre esta hipótesis, y a continuación las declaraciones jurisprudenciales más recientes.

A) *Posiciones doctrinales.*—Se pueden sintetizar en tres grupos, dos radicales, extremos, y uno intermedio.

Figuran en el primero quienes conceden tal valor a la inscripción del título dispositivo anterior a la anotación de embargo practicada después de ésta, que le atribuyen, con olvido de todo derecho del anotante que llegó primero al Registro, fiado en sus pronunciamientos, la posibilidad del empleo de la denominada «tercería registral». Y postulan que, con sólo la presentación en autos de la certificación que acredite la inscripción, se sobresea el procedimiento de apremio, de una manera automática e inflexible. Es decir, aplican a este supuesto de inscripciones retrasadas la misma regla del párrafo tercero del art. 38 de la ley, que se aplica cuando el título dispositivo ha sido inscrito en el Registro antes de presentarse el mandamiento para la anotación.

En el segundo grupo, tan radical como el primero, aunque en sentido contrario, ha de incluirse a quienes dan la primacía a la anotación de embargo, por considerarla protegida con la fe pública registral, y considerándola como una verdadera hipoteca judicial hacen sufrir sus consecuencias al tercer poseedor, que inscribió su título después de la anotación, a pesar de ser anterior. Y, por último, en el grupo tercero, evidentemente ecléctico, figuran quienes arbitran un procedimiento especial para la salvaguardia del derecho del tercer adquirente, con audiencia del anotante y sin admitir la aplicación de la expresada «tercería registral».

a') Quizá fué el original Gayoso Arias, hoy injustamente olvidado por los modernos hipotecaristas (19), uno de los primeros

(19) RAMÓN GAYOSO ARIAS, *Nociones de Legislación Hipotecaria*, t. II, página 310.

que trató el tema, muy lacónicamente por cierto, diciendo: «Si se enajenó la finca antes de la anotación, se hipotecó o gravó, el adquirente no es perjudicado por ella, aunque no inscribiera, y por esto se haga la misma; puede inscribir después y se sobreseerá el apremio, o no inscribir y salir en tercería.»

Parece deducirse de las anteriores líneas que, para Gayoso, bastaba con inscribir el título anterior, fuese de transmisión o de gravamen, para que el procedimiento de apremio fuera sobreseído y la anotación cancelada; esto supondría la aplicación de la regla del párrafo 3.º del art. 38 de la ley, aunque expresamente no lo diga el autor. No se comprende, ciertamente, en virtud de qué razón legal iba a sobreseerse el apremio si ese título anterior, inscrito después de la anotación, era de hipoteca o de cualquier otro gravamen. Si se tratase de una hipoteca, se plantearía el problema del valor constitutivo de la inscripción de ese derecho real, sólo existente con validez cuando se inscribe; es decir, si en tal caso el derecho del acreedor hipotecario se reduciría a poder promover una tercería de mejor derecho por la prioridad y preferencia de su crédito, o a sostener la subsistencia de su derecho hipotecario sobre la finca, aunque ésta se enajenase o adjudicase en el procedimiento de apremio; pero sin que éste fuese sobreseído. Y si se tratase de un título de gravamen, por ejemplo de una servidumbre, es evidente que lo más que podría postular el adquirente de la carga sería su subsistencia y efectividad frente a dicho rematante o adjudicatario de la finca embargada, pero nunca el sobreseimiento del apremio.

Se ve que éste es uno de los puntos en que Gayoso no se planteó los problemas interpretativos que la norma legal suscitaría si fuese cierto su criterio, acaso por la premura inverosímil (20) con que redactó su magistral obra; y que quizá hubiese rectificado su opinión con un estudio más detenido.

Rafael Chinchilla Rueda, dinámico y eficiente director del Centro de Estudios Hipotecarios, coincidiendo con la opinión de

(20) Según dice en el «Epílogo», escribió su voluminosa obra (dos tomos, con 1.143 páginas en total) «en unos cincuenta días, simultaneando tan pesada tarea con las de su cargo, y sin tener nada preparado». En verdad, tan pasmosa fecundidad es asombrosa y demuestra la enorme preparación y la profundidad de los conocimientos del autor.

Gayoso Arias, escribe (21): «Si los bienes embargados pertenecieran a persona distinta del ejecutado *con anterioridad* a la fecha de su embargo, aunque figurasen inscritos en el Registro a nombre del apremiado, su verdadero dueño podrá lograr que se sobreseal el procedimiento, inscribiendo los bienes a su favor y acreditando tal extremo con la oportuna certificación *en cualquier instante*, con tal de que el procedimiento no estuviese concluso.»

Tampoco este autor se plantea los problemas que surgen de la aplicación en estos casos del principio de prioridad y de la indefensión en que se deja, con el automatismo del sobreseimiento prevenido en el párrafo tercero del art. 38, al anotante que llegó primero al Registro. y, fiado en sus pronunciamientos, embargó bienes que figuraban inscritos a nombre de su deudor. Tampoco, al admitir la inscripción «en cualquier instante» del título adquisitivo anterior, distingue si la fecha de la inscripción es anterior o posterior a la certificación de cargas y la correspondiente nota marginal que la acredite.

Por otra parte, Chinchilla cita y transcribe en una nota de su notable trabajo el párrafo primero del art. 9 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, que con razón juzga inspirado en la Ley Hipotecaria de 1909. Dicho texto legal dispone: «Si en el procedimiento administrativo se hubiesen embargado bienes inmuebles que estuviesen inscritos con anterioridad a la fecha de origen del débito a favor de persona distinta del deudor, se sobreseerá desde luego en cuanto a tales bienes.» Es decir, que esta ley sienta el acertado principio de que para el sobreseimiento automático es indispensable que el tercer adquirente haya inscrito su título con anterioridad, no ya a la anotación, sino a la fecha de origen del débito que motivó el embargo.

Finalmente, en este mismo grupo de opiniones doctrinales figura de modo muy destacado la del Notario Molina Ravello (22), que trata brillante y extensamente el tema contemplándolo desde sus diversos puntos de vista y argumentando hábilmente en pro de

(21) RAFAEL CHINCHILLA RUEDA, *Temas Hipotecarios: la legitimación del Derecho inscrito*, en «Rev. Crit. de Der. In.», año 1957, pág. 359.

(22) ENRIQUE MOLINA RAVELLO, *De la llamada Tercera registral*, en «Rev. Crit. de Der. In.», año 1958, págs. 55 y sigs.

su tesis, coincidente con la de Gayoso y Chinchilla, y rebatiendo las adversas, así como la práctica, que dice reiterada, de los Juzgados, que no acepta la «tercería registral» en la hipótesis contemplada.

Opina Molina Ravello que el párrafo tercero del art. 38 de la Ley Hipotecaria brinda un procedimiento nuevo al tercerista que ha inscrito su dominio para conseguir instantáneamente la liberación de lo suyo, trabado por deuda de otro; y defiende que la eficacia de la inscripción se retrotraiga a la fecha del título inscrito, con lo que ninguna norma se quebranta, dada la preponderancia que el título goza en el régimen hipotecario español.

Olvida este razonamiento que, frente a terceros, lo que cuenta es la fecha de la inscripción (recuérdese el art. 25 de la Ley Hipotecaria de 1909 y el 1.473 del Código civil), y que con esa doctrina de prevalencia de la fecha del título (prioridad instrumental) se echa por tierra el principio de la prioridad registral.

Lejos de robustecerse el sistema inmobiliario con esa aplicación drástica del sobreseimiento automático del párrafo tercero del art. 38 de la ley, a esas inscripciones retrasadas, con buena o mala fe, lo cierto es que se socavan sus cimientos. Si la ley ha querido crear un procedimiento tajante, sin réplica posible, para preservar al titular inscrito de procedimientos de apremio por deudas ajenas, fácilmente se comprende que esa llamada «tercería registral» sólo es viable cuando al llegar el embargo al Registro éste proclama que el titular no es el apremiado; pero que no puede aplicarse ese mismo procedimiento cuando ya el embargo ha sido anotado, precisamente porque en el Registro las fincas embargadas estaban inscritas a nombre del deudor. En tal caso, el tercer adquirente que llega tarde al Registro tendrá medios legales para hacer valer su mejor derecho—reconocido por la legislación vigente—, mas no el de la «tercería registral», establecido para otros supuestos, como reconoció la Ley de Administración y Contabilidad.

Defiende Molina Ravello su opinión con una razón, indiscutiblemente vigorosa, cual es la de que el art. 38 no limita, en relación con el embargo, el momento en que han de estar inscritos los bienes a favor de la persona distinta de aquella contra la cual se decretó; y que para los títulos posteriores a la ano-

tación, inscritos también, como es natural, con posterioridad, el art. 38, en su último párrafo, establece la oportuna excepción. Ya veremos más adelante los peligros de esta doctrina, que, según el propio Molina reconoce, no ha sido admitida por la mayoría de los tratadistas, ni tampoco, a juzgar por los casos que conoce, por la práctica judicial. Baste indicar, por el momento, lo difícil que resultaría aplicar esa doctrina ahora, después del nuevo Reglamento Hipotecario y de lo que dispone su art. 143, cuando el tercer adquirente inscriba su título adquisitivo después de expedida la certificación de cargas y acreditada su expedición por la correspondiente nota marginal.

b') Al frente de quienes postulan una opinión también radical, aunque en sentido contrario, podemos citar a dos autores: Díaz Moreno y Ramos Folqués.

El primero, insigne hipotecarista, acaso no superado ni siquiera igualado en la claridad y brillantez de la exposición, y también, como Gayoso, hartamente olvidado por las nuevas generaciones, escribe (23): «Excepción a la norma del art. 24 (hoy el 38) de la ley: tampoco se suspenderá el procedimiento porque los bienes, después de hecha la anotación, pasen a poder de diferentes personas del ejecutado. La cuestión queda reducida a determinar si los bienes perseguidos pertenecientes, según el Registro, a dueño diferente del deudor, constaban o no gravados con la anotación del embargo antes de que el referido dueño o tercer poseedor *inscribiera* su título: si lo estaban, el procedimiento no puede suspenderse, a pesar de que se dirija contra bienes o derechos que ya no son propios del deudor; si no lo estaban, ha de aplicarse la regla general opuesta del párrafo tercero del art. 24 (hoy 38).»

Este tratadista, como se ve, centra el problema sobre el principio de la prioridad registral; si la anotación todavía no se ha practicado en el Registro, procede el sobreseimiento; pero si ya se ha practicado, la inscripción retrasada de un título anterior ya no puede provocar el sobreseimiento. Claro que esta opinión, a diferencia de la que vamos a analizar seguidamente de Ramos Folqués, no significa que el tercer adquirente carezca de medios para hacer prevalecer su derecho—que legalmente es preferente

(23) EUSTAQUIO DÍAZ MORENO, *Legislación Hipotecaria*, t. II, pág. 165.

al del anotante—, sino que lo que la prioridad registral le impide es utilizar el procedimiento automático del sobreseimiento.

Ramos Folqués (24), con su acostumbrada agilidad mental y fértil ingenio, sienta una doctrina mucho más radical que, a nuestro juicio, podría sostenerse en Derecho constituyente con el fin de promover una profunda reforma legislativa, pero que, según la legislación vigente (arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil) es de imposible defensa, a pesar de la hábil dialéctica del autor, que, en realidad, argumenta más sobre *lo que debiera ser* que sobre *lo que es*.

Nada mejor para sintetizar la discutida (25) opinión de Ramos Folqués que transcribir una de las conclusiones, la cuarta, de su notable trabajo. Dice así: «Quien ha anotado el embargo trabado en los bienes inscritos a favor de su deudor goza de los beneficios de la fe pública registral, derivada de la inscripción de dominio de su deudor inscrito y de los efectos aseguradores que la legislación hipotecaria atribuye a las anotaciones preventivas, y, en consecuencia, quien adquirió el dominio de la finca antes de la fecha de la anotación, pero inscribe su derecho después de ella, no tiene más remedio que respetar los derechos adquiridos del anotante y sufrir las consecuencias de su abulia o de su desprecio a la legalidad vigente.»

El radicalismo de esta opinión salta a la vista; no sólo no permite el sobreseimiento del procedimiento de apremio cuando el tercer adquirente anterior a la anotación de embargo inscribe su derecho de dominio después de practicada ésta, sino que le obliga, como a los adquirentes posteriores a la anotación, a sufrir las consecuencias del embargo. Nosotros admitimos la primera parte de esta opinión, y, fundados en la legislación vigente, rechazamos la segunda.

c') Y vamos a analizar brevemente las opiniones doctrinales intermedias, o moderadas.

(24) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, *La anotación preventiva de embargo de los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944*, en «Rev. de Der. Priv.», año 1951, pág. 568.

(25) ROCA SASTRE combate con cierta acritud la, para él, equivocada tesis de Ramos Folqués, en el t. III de su *Derecho Hipotecario*, págs 501 y 502 y nota núm. 3.

Debe citarse, en primer lugar, al ponderado Morell (26), a quien no se ocultó el problema. Tratando del sobreseimiento de los procedimientos de apremio, mediante la presentación de la certificación registral acreditativa de que la finca embargada se halla inscrita a nombre de persona distinta del deudor, dice que dicha certificación, además de auténtica, ha de ser oportuna, no extemporánea, esto es, «debe referirse al preciso momento en que deba anotarse el embargo». Y añade: «Desde luego, no puede estimarse prueba suficiente la certificación del contenido del Registro en una época anterior o posterior a la de la pretensión de la anotación.»

Claramente se deduce de lo anterior que para Morell el sobreseimiento automático no cabe cuando la inscripción del título anterior del tercer adquirente se practica después de la anotación. Para la aplicación del párrafo tercero del art. 38 de la ley, es necesario que la prueba de que en el Registro consta inscrito como propietaria una persona distinta al apremiado, se presente cuando la anotación aún no se ha practicado. Si la anotación ya se ha practicado, el sobreseimiento no puede ser automático, es decir, la llamada «tercería registral» es inaplicable.

Por otra parte, Morell no da su opinión sobre la forma en que el tercer adquirente podrá hacer valer su mejor derecho sobre el del anotante.

El magistral Roca Sastre, después de afirmar que el párrafo tercero del art. 38 presupone que no se ha practicado la anotación de embargo (27), en lo que coincide con la opinión de Morell, sostiene que para hacer valer la preferencia del título adquisitivo anterior sobre la anotación de embargo debe el tercer adquirente emplear oportunamente la tercería de dominio o llegar a la inscripción de su título. Si éste ha sido inscrito, opina en otro lugar Roca Sastre (28) que el Registrador no podrá inscribir la enajenación forzosa provocada por el procedimiento de ejecución, salvo que así lo ordene el Juez, y siempre, además, que dicho adquirente anterior haya sido debidamente citado.

(26) JOSÉ MORELL TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. II, página 564.

(27) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. I de la 5.ª edición, pág. 275.

(28) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *id.*, *id.*, t. III, pág. 517.

Este supuesto de inscripción retrasada del título anterior, agrega Roca Sastre, ya no resulta tan claro, «debido a que la legislación hipotecaria guarda silencio en este punto», no obstante lo cual insiste en lo dicho, o sea que el Registrador debe abstenerse de inscribir la enajenación forzosa efectuada; opina que no es aplicable el párrafo último del art. 38 de la Ley Hipotecaria, porque éste se refiere al caso de que, después de anotado el embargo, pasen a un tercero los bienes embargados; y ante esta inaplicabilidad, unida al silencio legislativo, es obligado buscar una norma hipotecaria análoga, y la encuentra en el párrafo último del art. 198 del Reglamento, relativa a las anotaciones de demanda (29).

«Al presentarse para su inscripción—dice—la enajenación forzosa, derivada del proceso de ejecución, correspondiente al embargo anotado (escritura de venta o auto de ejecución) al Registrador se le plantea, con datos registrales que le constan, un problema de prelación o preferencia que él no puede resolver, pues carece

(29) El art. 198 del Reglamento se dictó, como es sabido, para resolver el problema planteado por la existencia de títulos anteriores a la anotación de demanda, pero inscritos después de practicada ésta. Cuando la sentencia accede a la demanda provoca la cancelación de los asientos posteriores a la anotación practicados en virtud de títulos también posteriores; pero para cancelar los practicados en virtud de títulos anteriores surgían graves dudas, suscitadas por la gran variedad de esas anotaciones. El Reglamento se inspiró en una fórmula intermedia que permite establecer el verdadero valor de la anotación de demanda. Por un lado, debía respetarse el gran valor jurídico y social de las sentencias firmes; por otro, sostener la validez y eficacia de los actos jurídicos autenticados por Notario; y todo ello sin violentar los principios básicos del sistema inmobiliario, único que puede conceder legitimaciones absolutas de derechos por el mecanismo de la publicidad. El Reglamento ha intentado buscar la solución, si bien con resultado difícil de predecir. El párrafo final de dicho art. 198, dispone: «Cuando los asientos posteriores hubieren sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de demanda, para cancelarlos será preciso que, en ejecución de la sentencia, el demandante pida la cancelación de tales asientos, y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los arts. 262 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento civil, si dichos titulares no se opusieren a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieren constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes, y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución firme». Es de notar que, según el anterior precepto, quien ha de accionar es el anotante en la ejecución de la sentencia que ha admitido la demanda; en cambio, en la aplicación análoga de este procedimiento sugerida por Roca Sastre, y según la desarrolla Mazuelos, es al tercer adquirente a quien corresponde accionar para obtener la cancelación de la anotación de embargo. Tratándose de anotaciones de demanda, al Juzgado se solicita la cancelación de los asientos posteriores de los terceros adquirente. Tratándose de anotaciones de embargo, lo que se solicita al Juzgado es la cancelación de la anotación. La analogía existe, pero no es completa ni mucho menos.

de competencia para ello. No cabe que por sí mismo deje sin efecto la anotación de embargo practicada. La posición obligada del Registrador es abstenerse de inscribir dicha escritura o adjudicación y esperar que el Juez de la ejecución, aplicando analógicamente lo dispuesto en el citado párrafo último del art. 198 del Reglamento Hipotecario, decida la cuestión, previa citación de aquel adquirente anterior. Si éste vence—como seguramente sucederá—, entonces el Juez deberá ordenar la cancelación de la anotación de embargo, con lo cual la adquisición de aquél quedará libre de la misma».

Claro es que, sucediendo así las cosas, también ocurrirá, aunque Roca lo silencie, que se quedará sin inscribir la escritura del rematante o el auto de adjudicación judicial, y que el rematante o el adjudicatario perderá la propiedad de la finca inscrita a nombre del tercer adquirente y el precio pagado por la misma, bajo la garantía del Poder judicial. Y resultará que un tercero de buena fe que haya pujado y comprado una finca en una subasta judicial, dentro de un procedimiento legítimo tutelado por el Juez, y sin que la certificación registral obrante en autos le advierta de ningún peligro (si el título del tercer adquirente se inscribe después de expedida aquella), se verá despojado de su adquisición, y seguramente privado del dinero del precio, acaso pagado al mismo Juez dentro del procedimiento, puesto que habrá sido entregado al acreedor ejecutante, y el sobrante, si lo hubiere, al deudor ejecutado o a quien tuviere derecho, y unos y otros pueden ser insolventes y hacer infructuoso todo intento de repetición. Y todo ello, por el retraso voluntario de la inscripción del título del tercer adquirente, que, lejos de perjudicarlo a él, como quèria la Exposición de Motivos de la primitiva ley, a quien perjudica es a quien menos culpa tiene.

Pero, además, no parece que en materia procesal, que es fundamentalmente de orden público, de *jus cogens*, sean aplicables determinados procedimientos por meras razones de analogía. Cada especie de proceso es aplicable únicamente para el ejercicio de las acciones que el legislador haya determinado concretamente, y no es concebible que, fundándose en una semejanza, que puede ser discutida, se aplique un procedimiento judicial, dado para un determinado supuesto, a otro supuesto diferente. Coincidimos con

Molina Ravello en que la opinión de Roca Sastre es difícil de aceptar.

Ha de objetarse también que esta opinión, según ya se ha apuntado antes, no tiene en cuenta los distintos efectos de la inscripción retrasada del tercer adquirente, según que se haya practicado antes o después de expedida la certificación de cargas, y que, en este último supuesto, deja totalmente indefenso, y como víctima propiciatoria, al rematante de buena fe, que compra y paga judicialmente una finca que, según la certificación registral unida a los autos, pertenecía al deudor embargado al practicarse la anotación y al certificarse de cargas, sin que el indolente tercer adquirente se haya molestado en personarse en los autos de apremio para reivindicar su derecho.

Juan María Mazuelos, en su meritísimo trabajo antes citado (30), no considera aplicable al tercer adquirente que inscriba su adquisición anterior, después de practicada la anotación de embargo, lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 38 de la ley, «al menos con el carácter automático, inflexible y expeditivo que refleja el texto legal».

No considera tampoco procedente obligar a ese tercer adquirente a seguir un juicio ordinario de tercería para defender sus preferentes derechos dominicales, y como también repugna a la seriedad de la justicia continuar el procedimiento de apremio, constándole al Juez que la finca no pertenece al apremiado, sino a un tercero, que civilmente no es perjudicado por la anotación, cree que el legislador ha debido articular un procedimiento especial de tercería, de carácter breve y sencillo, en que, con audiencia e intervención de las partes, se decida, provisional o definitivamente, los intereses jurídicos entrelazados. Ante el silencio de la ley, y dado el carácter de *jus cogens* de las normas del Derecho procesal, parece que el tercer adquirente sólo puede defender su dominio en el correspondiente juicio declarativo o de tercería de los arts. 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil. Como Mazuelos opina que esto es absurdo, coincide con Roca Sastre en que puede utilizarse para estos fines el procedimiento especial del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, dictado para caso análo-

(30) JUAN MARÍA MAZUELOS, *Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas*, «Rev. Crít. de Der. In.», año 1956, pág. 171.

go, siempre que esta tercería especial se promueva en los plazos que señala el art. 1.533 de la Ley procesal, es decir, antes de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes embargados. Sin embargo, Mazuelos confiesa noblemente que la aplicación a las anotaciones de embargos de lo establecido en el art. 198 del Reglamento, le ofrece dudas y vacilaciones.

Finalmente, el Profesor Lacruz Berdejo, en su enjundiosa reciente obra sobre Derecho inmobiliario registral (31), trata muy de pasada este problema, como corresponde al carácter general de su libro; pero parece deducirse que su opinión es contraria a que el tercer adquirente que inscribe su título anterior a la anotación, después de practicada ésta, pueda utilizar el procedimiento de sobreseimiento automático. Escribe: «Como tercerista, el titular inscrito tiene hoy a su favor una especial protección registral. Anteriormente a 1909, para sustraer sus bienes al procedimiento de apremio debía acudir a una tercería de dominio por los trámites del juicio ordinario. Según el actual art. 38, tiene hoy el procedimiento de su párrafo tercero. . . (que transcribe). Y agrega: «La inscripción podrá haber tenido lugar en cualquier momento anterior a la tercería, aun cuando se hubiera iniciado ya el procedimiento de ejecución, y salvo la anotación preventiva a favor del acreedor ejecutante». De estas últimas palabras se infiere que para Lacruz Berdejo, cuando ya se ha practicado la anotación de embargo, carece de aplicación la regla del sobreseimiento automático.

B) *Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*—Citaremos tan sólo la más reciente.

La Resolución de 31 de diciembre de 1919 (32), en uno de sus considerandos enseña que «la anotación preventiva de embargo, tomada en el Registro para garantizar las resultas del expediente de apremio seguido por débitos de contribución, acredita auténticamente la existencia de un procedimiento, del cual puede derivarse la enajenación de la finca embargada, y avisa a los que con

(31) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, 2.ª edición: pág. 210.

(32) En el caso contemplado por esta Resolución se trataba de la cancelación de una hipoteca inscrita después de expedida la certificación de cargas, sin que en el expediente se hubiese notificado al acreedor hipotecario. La Dirección declaró inscribible el mandamiento cancelatorio.

posterioridad inscriban derechos reales sobre la misma finca la necesidad de que intervengan en el expediente administrativo o interpongan la tercería que corresponda en defensa de sus intereses, si quieren evitar consecuencias perjudiciales».

La Resolución de *11 de diciembre de 1937* sienta en uno de sus considerandos la doctrina de que, «de conformidad con lo establecido en el art. 126 de la ley, la Dirección General, en sus Resoluciones de 13 de enero de 1912 y de 31 de octubre de 1914, ha declarado que para la efectividad de las responsabilidades garantizadas por las anotaciones preventivas de embargo, cuando las fincas han pasado a un tercer poseedor, es imprescindible realizar el previo requerimiento de pago, sin cuyo requisito no es inscribible la venta o adjudicación, doctrina también sustentada por las Resoluciones de 8 de abril de 1893, 20 de febrero y 15 de marzo de 1907 y 17 de julio de 1908, en armonía con los preceptos de la ley anterior (la Hipotecaria de 1869), de los que es una reproducción el art. 126 de la vigente, y que el requerimiento, conforme al art. 127, ha de realizarse dentro del procedimiento y en el momento procesal oportuno para que pueda surtir los efectos propios del mismo (33).

La Resolución de *20 de mayo de 1944* resolvió un caso interesante. Anotado un embargo a favor de la Hacienda, y vendidas las fincas embargadas en subasta, la inscripción de la escritura pública de venta fué denegada por el Registrador, fundado en que figuraban inscritas las fincas a favor de persona distinta al ejecutado con posterioridad a la anotación, aunque antes del otorgamiento de la escritura de venta. La Dirección ordenó cancelar dichas inscripciones posteriores a la anotación, en razón a que «por haber adquirido (el tercer poseedor) su derecho con posterioridad a la práctica de la anotación, y cuando ésta acreditaba ya la existencia de un procedimiento ejecutivo, del cual se derivaba la enajenación de las fincas embargadas, avisándoles como posteriores inscribientes la necesidad de que defendieran su presunto derecho, debieron oportunamente intervenir en el expediente ad-

(33) En el caso a que esta Resolución se refiere se trataba de una venta judicial, otorgada después de extendida la anotación preventiva decretada en otro procedimiento y de un requerimiento hecho a los terceros poseedores por acta notarial y después de adjudicadas las fincas al acreedor anotante.

ministrativo, o interponer la correspondiente tercería, o intentar la subrogación en las acciones y excepciones de su causante, o, en fin, ejercitar cualquiera otra clase de facultades o recursos que las leyes reconocen».

La Resolución de 24 de junio de 1944 contempla también un caso interesante. Seguido procedimiento de apremio para cobro del impuesto de Derechos reales por la herencia del titular registral contra sus herederos, se anotó el embargo y se enajenaron las fincas en pública subasta, otorgándose la correspondiente escritura de venta a favor del rematante. La inscripción de esta escritura se denegó por haberse inscrito, después de la anotación, una venta hecha a tercera persona por el causante de la herencia, venta, como es lógico, anterior no sólo a la anotación, sino al débito que la motivó. Impugnando la nota del Registrador, el Abogado del Estado alegó en el recurso que las anotaciones de embargo no impiden el reconocimiento del derecho que pueden ostentar los que tengan título anterior a las mismas, lo hayan o no inscrito, pero en todos esos casos el derecho se reconoce a quien ha promovido en momento oportuno la tercería de dominio. La Dirección General revocó la nota del Registrador y estableció la doctrina que refleja los siguientes considerandos:

«Que por haber inscrito el tercer adquirente su derecho con posterioridad a la práctica de la anotación, cuando ésta le advertía la existencia de un procedimiento cuya finalidad era la enajenación del inmueble, podía personarse en el mismo, con objeto de hacer valer las defensas y garantías que la ley reconoce al tercer adquirente, y, en especial, el derecho que le correspondía como comprador de finca inscrita en el Registro a nombre de la persona que otorgó la escritura pública, presentada ahora con tan inconcebible retraso». «Que con tal carácter pudo y debió interponer la correspondiente tercería de dominio que autoriza el artículo 257 del vigente Estatuto de recaudación, paralizando con ello el curso de las actuaciones, pero desde el momento en que permitió con su inactividad que las mismas continuasen como si en verdad la finca continuase formando parte del caudal relicto del causante, es forzoso amparar el derecho privilegiado de la Hacienda y llevar hasta sus últimas consecuencias el procedimiento incoado». «Que el art. 11 de la vigente Ley de Contabilidad, a

modo de premio a la diligencia de los propietarios que paladinamente inscriben sus títulos, establece la preferencia de los acreedores de dominio en concurrencia con la Hacienda, siempre que hayan inscrito con anterioridad a la fecha en que se hizo constar en el Registro el derecho de la misma, y el Estatuto de Recaudación, en el núm. 3.º del art. 158, con igual criterio ordena que los terceros adquirente que inscriban con posterioridad a la práctica de la anotación, deberán pechar con el gravamen y satisfacer el pago de la totalidad de los descubiertos» (34). «Que, no obstante el carácter voluntario que tiene la inscripción en nuestro sistema hipotecario, no cabe desconocer que en ocasiones el tercero que no se ampara en el Registro ha de sufrir los riesgos de tal conducta, puestos de relieve en el caso discutido, ya que si la transmisión hubiese sido inscrita oportunamente, es indudable que desde el primer momento la Hacienda hubiera tenido conocimiento de que la finca no formaba parte del caudal relicto, y el procedimiento no se hubiera seguido contra el comprador» (35).

Claro es que esta Resolución termina por reconocer que no prejuzga el fondo del asunto ni la posibilidad de que el tercer adquirente ejercite con buen éxito ante los Tribunales la acción reivindicatoria de que se crea asistido y cuantos medios judiciales y administrativos estime adecuados para salvaguardar sus pretendidos derechos.

La Resolución de 9 de noviembre de 1955 declara que, conforme a los arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.934 del Código civil, el comprador goza de preferencia sobre el acreedor, pues como declaró la sentencia de 21 de febrero de 1912, el embargo no obtiene prelación sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación, aunque hayan sido inscritas con posterioridad, y la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente

(34) Esta doctrina extremada que sienta esta Resolución ha de atribuirse al carácter de privilegiados de los créditos en favor de la Hacienda pública, y a las disposiciones del Estatuto de Recaudación; pero no a que la jurisprudencia comparta, en el terreno del Derecho positivo, la tesis nomotésica de Ramos Folqués.

(35) Es de observar aquí cómo la Dirección mantiene la doctrina sentada por los primitivos legisladores en su Exposición de Motivos, relativa al principio de prioridad y a los perjuicios que puede sufrir, dentro del sistema, el adquirente que retrasa la inscripción de su derecho, y a que debe ser él quien sufra los perjuicios de su negligencia y no hacerlos pesar sobre el tercero.

contra el titular registral anterior no es inscribible, por oponerse a ello el art. 20 de la ley. Y que en cuanto a enajenaciones posteriores a la anotación, han de entenderse sin perjuicio de los derechos del anotante, pero la situación jurídica creada por la enajenación inscrita obliga a seguir el procedimiento contra los adquirentes subrogrados en lugar del vendedor para que paguen, desamparen la finca o ejerciten los derechos correspondientes; y así declaró la sentencia de 24 de diciembre de 1904 y la Resolución de 11 de diciembre de 1937, que el tercer poseedor debía ser requerido en tiempo hábil, y el art. 143 del nuevo Reglamento precisa que se citará a quienes inscribieran sus títulos antes de expedirse la certificación de cargas.

Pueden también consultarse las importantes Resoluciones de 22 de octubre de 1952 y 27 de enero de 1955, que indirectamente se refieren a estas cuestiones, aunque el caso contemplado por ambas es el intrincado y no aclarado por disposición legal ni reglamentaria de ejecuciones simultáneas y ventas o adjudicaciones contradictorias de los mismos bienes.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que para el caso que se estudia reviste menor interés, aparte de la citada en las Resoluciones citadas, pueden mencionarse la sentencia de 2 de marzo de 1910, que declaró que una donación no inscrita, otorgada con anterioridad a una anotación de embargo, prevalece sobre ésta, pudiendo el donatario seguir con éxito la tercera de dominio; la de 21 de febrero de 1912, que establece la misma doctrina para el supuesto de una venta otorgada antes de anotarse el embargo; y la de 5 de julio de 1917, en la que se reconoce la preferencia sobre una anotación preventiva dimanante de juicio ejecutivo seguido por un pagaré, de un crédito consignado en escritura pública de fecha anterior a la anotación.

5. *Soluciones actuales a estos problemas, según la legislación y la jurisprudencia.*—Examinadas las diversas opiniones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales relativas a la denominada «tercería registral», hora es ya de que aventuremos una opinión propia sobre la materia, no sin reconocer que ésta se halla todavía subordinada a los diversos criterios interpretativos y a la profusa variedad de la dialéctica jurídica.

La primera premisa de que debemos partir en nuestro razonamiento es la de rechazar, dentro de nuestro Derecho positivo vigente, la tesis de Ramos Folqués, que concede a la anotación preventiva de embargo plenos efectos de hipoteca judicial, y que obliga al tercer adquirente, con título anterior a la fecha de la anotación, a sufrir las consecuencias de este gravamen por el hecho de inscribir con posterioridad (36). Evidente es que si la finca no pertenecía civilmente al deudor al ser trabado el embargo, éste se ha realizado sobre cosa ajena, perteneciente a un tercero, y como la anotación no transforma el derecho personal del anotante en derecho real de constitución registral, el principio de prioridad, aunque haya llegado antes al Registro, no puede concederle preferencia sobre el del propietario, en cuanto éste inscriba (37).

Tampoco podemos—y esta es la segunda premisa—suscribir la opinión de Gayoso, resucitada ahora por Chinchilla y Molina Ravello, según la cual ese tercer adquirente anterior que inscribe después de practicada la anotación de embargo, cuando ésta se ha practicado en bienes que, según el Registro, eran del deudor, pueda obtener el automático sobreseimiento del apremio con sólo presentar, en cualquier momento anterior a la venta o adjudicación derivadas de la ejecución, certificación que acredite la inscripción de su título adquisitivo. Este criterio, sobre dejar malpa-

(36) El conceder tal valor a la anotación, anteponiéndola a todos los derechos que lleguen con posterioridad al Registro, cualquiera que sea la fecha de su constitución y su preferencia jurídica, equivaldría a establecer un premio demasiado grande a la carrera, a la velocidad, de lo que quiso huir, previsoriamente, la primitiva ley. Ya decía su Exposición de Motivos: «Las anotaciones preventivas, constituidas solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real el que no tenía antes semejante carácter; no puede decirse de ellas que son el premio de la carrera, como en otra nación se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse a obtener la anotación al afán con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos».

(37) Claro es que si no inscribe y se produce la enajenación judicial y el comprador o adjudicatario inscriben su título, nos hallaremos en el caso de una doble venta, y conforme al art. 1.473 del Código, el tercer adquirente que no inscribió será pospuesto a quien inscribió primero. Por otra parte, el mismo Ramos Folqués no ofrece su tesis como evidente en el Derecho vigente, sino más bien como una propuesta de reforma legislativa. Su trabajo termina con estas palabras: «Pero aunque ésta sea nuestra opinión, ello no quiere decir que incurramos en la inmodestia de creer que nos hallamos en posesión de la verdad sobre este problema. Lo escrito queda escrito, no para que se crea y se reproduzca nuestro parecer, como a veces ocurre con muchas de las citas que se hacen por escritores y profesionales de la abogacía, sino para que sobre lo escrito se medite y se piense».

rada la prioridad registral, sobre premiar con exceso la negligencia del tercer adquirente, deja indefenso al anotante, que vería automáticamente cancelada su anotación, sin intervención ni oposición posibles. Y ha de tenerse presente que se trata de un anotante que, fiado y confiado en los pronunciamientos del Registro, ha embargado lo que éste proclamaba que era propio de su deudor; y que ha llegado con su mandamiento judicial o administrativo a hacer constar esa traba en sus libros. Si se aplicase el sobreseimiento automático—concebido, como dice Roca Sastre, para los casos en que la anotación todavía no se ha practicado—, el anotante no podría oponerse a él, una vez justificada la inscripción a favor del tercer adquirente, y quedaría, tras burlado por el sistema, indefenso, y acaso irremediablemente perjudicado si, por su fe en el Registro, había dejado de embargar otros bienes. Esto aparte de los peligros que también esa doctrina puede encerrar, en cuanto favorece o puede favorecer conductas fraudulentas (38).

Hay, pues, que buscar otra solución intermedia que respete el mejor derecho del tercer adquirente, que no olvide las consecuencias de la prioridad, y que conceda medios procesales de defensa al anotante, que actuó conforme a lo que el Registro exteriorizaba. Pero tampoco se puede aceptar la tesis de analogía—y es esta la premisa tercera—defendida por Roca Sastre y Mazuelos, al aplicar a las anotaciones de embargo lo dispuesto en el art. 198 del Reglamento para las de demanda, por la dificultad insuperable, apuntada por Molina Ravello, de que se apliquen por razones analógicas especiales procesos judiciales, siempre de *jus cogens*, a supuestos diferentes de aquellos para los que fueron establecidos por el legislador.

Sentadas las tres premisas anteriores, la solución se ofrece diáfana, natural y sencilla, como simple consecuencia de la lógica jurídica: el tercer adquirente tendrá que acudir, para defender su derecho, al procedimiento normal que nuestra legislación, tanto

(38) Se prestaría esta doctrina a que deudores precavidos enajenasen sus bienes inscritos, dando la consigna al comprador, más o menos cómplices, más o menos simulados, de no inscribir hasta el momento oportuno. De este modo, su responsabilidad inmobiliaria continuaría en apariencia patente en los libros del Registro, pero despojada de todo contenido efectivo; y el comprador, sin inscribir, tampoco podría ser molestado por sus propios acreedores ni por los de su vendedor. La tardanza excesiva en inscribir los títulos adquisitivos onerosos siempre ha de resultar sospechosa.

la judicial como la fiscal, ofrecen: la tercería de dominio. Así, según hemos visto anteriormente, lo entendieron también varias de las Resoluciones citadas.

Se dirá—y se ha dicho ya (39)—que esto es absurdo, porque el titular registral debe tener mayor protección, y que el sistema inmobiliario de Registro ha hecho innecesarias las tercerías de dominio. Pero esto es cierto sólo respecto al titular registral *normal*, esto es, diligente. No respecto al retrasado, al indolente ni al negligente, que espera a inscribir su título adquisitivo a que la finca adquirida se halle gravada ya con una anotación de embargo. No hay que olvidar tampoco que, sin menoscabo de la preferencia del derecho dominical del tercer adquirente sobre el personal del anotante, la inscripción de aquél, conforme a las normas registrales, ha quedado gravada con la anotación (40). En la sección de cargas, al extender la inscripción del tercer adquirente, el Registrador no habrá dejado de consignar: «esta finca aparece sujeta a las responsabilidades del embargo por ... pesetas de principal, ... de intereses y ... de costas, que expresa la precedente anotación, letra...». Y es lógico, y ajustado a los preceptos hipotecarios, que este gravamen no se cancele sino por voluntad del interesado o por mandato judicial en procedimiento en que el lesionado por la cancelación haya sido oído. Y este procedimiento, en la actual legislación, no es otro que la tercería de dominio, entablada antes de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante.

Esta sanción a las inscripciones retrasadas concuerda con el pensamiento de los legisladores de 1861, según las palabras de la Exposición de Motivos, recogidas reiteradamente por la jurisprudencia. Se reduce a que el inscribiente rezagado, que llega al Registro cuando su finca está gravada con una anotación de embargo, tenga que actuar, necesite accionar para que la anotación se cancele, con intervención y previa defensa del anotante. Este,

(39) Así lo calificó Mazuelos en su notable trabajo antes citado.

(40) El carácter de gravamen de las anotaciones de embargo resulta claramente de los arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, entre otros. El Registrador, aunque compruebe que la fecha del título adquisitivo del tercer adquirente es anterior a la de la anotación, no puede discernir derechos ni aquilatar preferencias, y ha de hacer constar, al practicar la inscripción a favor del tercer adquirente, la existencia del gravamen anotado.

dentro del proceso de tercería, podrá oponer sus excepciones (nulidad, fraude, simulación, etc.), lo que no podría hacer en el procedimiento automático de la llamada «tercería registral». Ciertamente es que la legitimación registral exime al titular de la carga de la prueba y le coloca, de ordinario, en la favorable posición procesal de demandado. Pero en estos casos, la prioridad reclama sus fueros, y el titular retrasado tiene que demandar en la tercería, porque también el anotante ha legitimado su derecho registralmente, aunque sea más débil.

Distingamos, finalmente, los dos supuestos que puedan producirse: a) que el tercer adquirente inscriba antes de ser expedida la certificación de cargas y extendida la nota marginal correspondiente; y b) que inscriba después.

a) En la primera hipótesis, la certificación de cargas expresará que la titularidad de la finca o fincas embargadas ha cambiado, que existe un tercer adquirente que ha inscrito un título anterior en fecha a la anotación. En su vista, el Juez deberá decretar su citación, conforme al art. 143 del Reglamento Hipotecario y a los efectos del art. 126 de la ley. Y entonces el tercer adquirente podrá ejercitar su derecho, es decir, promover la oportuna tercería de dominio.

Si no lo hace, si no se persona en el procedimiento y no paga después de requerido, ni desampara los bienes, proseguirá la ejecución, se verificará la subasta y la escritura o adjudicación se otorgará en su nombre y se ordenará la cancelación de su inscripción, justificándose la citación y el requerimiento de pago.

b) En la segunda hipótesis, la posición del tercer adquirente es peor, porque será desconocido en el procedimiento de apremio, y éste seguirá adelante sin necesidad de su citación ni intervención. Habrá forzosamente de interponer la tercería, pues sin ella, la ejecución se consumará, y la inscripción del tercer adquirente será cancelada mediante el correspondiente mandamiento, al igual que todos los asientos practicados con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas. Claro es que sin impedirle el posterior ejercicio de las acciones de que se crea asistido, entre ellas la reivindicatoria, para hacer valer su derecho.

6. *Conclusiones.*—Como resumen de este fatigoso estudio, podemos sentar las siguientes afirmaciones:

1.^a Que el medio automático de sobreseimiento de procedimientos de apremio establecido en el párrafo 3.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria («tercería registral»), sólo es aplicable cuando la anotación de embargo no ha sido todavía practicada.

2.^a Que cuando la anotación ha sido practicada, el tercer adquirente, en virtud de título posterior a la fecha de la anotación, ha de sufrir las consecuencias de ésta, como adquirente de bienes gravados: si inscribe antes de expedirse la certificación de cargas, deberá ser citado como tercer poseedor, sin cuyo requisito no podrá cancelarse su inscripción ni inscribirse el título de venta o adjudicación dimanantes del apremio; si inscribe después de expedida dicha certificación, se le desconocerá en el procedimiento; la enajenación derivada de éste se otorgará a nombre del deudor y la inscripción del tercer poseedor será cancelada sin dificultad, basando la referencia genérica en el mandamiento que ordene cancelar todos los asientos posteriores a la nota que acredite la expedición de la certificación de cargas.

3.^a Que el tercer adquirente que adquirió en virtud de título anterior a la fecha de la anotación de embargo, pero lo inscribió después de practicada ésta, conserva la preferencia de su derecho sobre el anotante, pero para hacerlo valer tiene que acudir a la tercería de dominio promovida en tiempo oportuno, esto es, antes de otorgada la venta o adjudicación de los bienes embargados.

4.^a Que si su inscripción es anterior a la expedición de la certificación de cargas, deberá acreditarse su citación y el requerimiento de pago, para que pueda cancelarse su inscripción e inscribirse el título de la venta o adjudicación derivadas de la ejecución; y si su inscripción es posterior a dicha expedición de la certificación, no serán necesarios estos requisitos para la cancelación de su inscripción ni para la del título de venta o adjudicación.

5.^a Que en cualquiera de los dos supuestos anteriores, el tercer adquirente conservará el derecho que pueda asistirle para el ejer-

cicio de las acciones reivindicatorias que puedan corresponderle por la preferencia de su derecho; siempre, claro es, que hubiera inscrito su título, pues en caso contrario podría perder la propiedad de los bienes, conforme a lo dispuesto en el art. 1.473 del Código civil para los casos de doble venta.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad.

Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad

CAPÍTULO II

EL CAPITULO VI DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TEMA DE ESTE CAPÍTULO

Como adelanté en la Introducción (1), va dedicado este capítulo II al estudio de algunos problemas que los arts. 47 a 55 de la vigente L. A. U. plantean en relación con los principios hipotecarios y con el Registro de la Propiedad. Aunque los principales se centran en torno al art. 55, cuya glosa por ello omití en el capítulo primero, existen otros varios puntos importantes de conexión entre la publicidad hipotecaria y los preceptos del cap. VI de la L. A. U. Por ello, después de tratar la cuestión del tanteo y

(1) La Introducción y el capítulo primero de este trabajo se publicaron en el número de noviembre-diciembre de 1957 (354-355). Era entonces mi intención que siguiese el segundo capítulo lo más inmediatamente posible; pero mi compasión por los lectores de esta revista, primero, y mi deseo de recoger en él alguna referencia a la ley de 24 de abril de 1958 y al texto refundido de la Ley de Préstamos a los inquilinos, después, han concedido un más dilatado respiro a ustedes.

retracto haciendo la crítica del art. 55, nos referiremos a las falsas prohibiciones de disponer de los arts. 49, 51, 52 y 54.

Habré de salirme un poco del tema, entrando en el de los retractos legales en general. Es posible que vierta algunos conceptos heterodoxos y poco meditados sobre éstos, llevado de mis profesionales simpatías por el tercero hipotecario. Mi convencimiento de que una limitación dominical tan importante y una traba tan molesta del tráfico inmobiliario, como los retractos, debe reglamentarse clara y parcamente, es mi única disculpa. Desde ahora aconsejo recibir con gran reserva cuantos juicios emita en contra de las opiniones más autorizadas y de la doctrina jurisprudencial.

SECCION PRIMERA

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD (GLOSA DEL ART. 55 DE LA L. A. U.)

Sintetizando Roca Sastre la variedad de direcciones de la publicidad inmobiliaria, por su finalidad, valor y trascendencia, separa la de tipo meramente publicitario, de noticia (que abre plazos para ejercitar acciones), de la publicidad en vista o con miras a la protección de terceros adquirentes.

Esta separación, que si se la exagera puede ser perniciosa para llegar a una clara, completa y unitaria concepción de la publicidad, como elemento cardinal del derecho real, tiene un gran valor para distinguir dos aspectos perfectamente delimitados en las relaciones y contactos entre los retractos y el Registro, que son:

— La inscripción a favor del adquirente como momento inicial del plazo de caducidad de la acción de retracto (efectos meramente publicitarios de la inscripción).

— La inscripción a favor del subadquirente como posible momento final y extintivo de la acción de retracto (protección al tercero hipotecario frente a los retractos que no resulten del Registro).

Estos dos aspectos tienen un juego perfectamente independiente. Sin embargo, los autores frecuentemente los confunden o sólo se preocupan del primero, partiendo en cuanto al segundo de un *a priori*, que estiman indiscutible e intangible: el de que la acción de retracto debe perjudicar siempre al tercero.

Los más conspicuos defensores de la publicidad registral y de los principios hipotecarios agotan día a día sus esfuerzos en defender la tesis de que la inscripción abra el plazo de caducidad del retracto. Con la mitad de esos esfuerzos aplicados a la tarea de derrocar el tópico de los absolutos efectos *erga omnes* de los retractos, se haría más en favor de la institución registral.

No obstante los dos expresados aspectos de la relación entre Registro y retractos, corren en estrecha relación e interdependencia. Teóricamente distintos, no pueden ser estudiados por separado, pues ambos unidos forman el tema de la colisión de intereses entre retrayentes y terceros.

LA HISTORIA DE LOS RETRACTOS LEGALES

Los retractos legales tienen una historia muy accidentada; con notables altibajos. En lo escasamente que sobre ella me he documentado he creído observar que se trata de una institución que obedece a finalidades permanentes y eternas, y que tan impropio es considerarla periclitada, como el querer prodigarla sin tino.

A) El retracto gentilicio tiene una fuerte raigambre hebrea. Son sobradamente conocidos los *textos bíblicos* en que aparecen las que acaso no sean sus primeras manifestaciones históricas:

En primer lugar, el cap. 23 del *Génesis*. En la compra que Abraham hace a Ephron de una heredad y una cueva para dar sepultura a Sara, consiente el dueño, pero oyéndolo los hijos de su pueblo, que tendrían derecho a oponerse a la compra por el forastero.

Los versículos 23 al 34 del cap. 25 del *Levítico* son los más interesantes. Tratan del derecho de rescate y del jubileo. En ellos

aparece el distinto régimen que en cuanto a derecho de retracto y de rescate y jubileo tienen las tierras y las casas de las aldeas, las casas de las ciudades cercadas y las casas de las ciudades de los levitas. Es una arcaica manifestación de la necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano, en ésta como en tantas cuestiones.

En el cap: 4.º del *Libro de Ruth* encontramos el derecho de preferencia de los propincuos en su figura de tanteo. Su lectura (2) nos demuestra cuán relativos son los progresos jurídicos a través de los milenios.

B) No es exacto que el Derecho Romano desconociese los retractos legales. Parece que fueron introducidos el gentilicio y el de comuneros por Constantino, tomándolos de la legislación hebrea en su deseo de cristianizar la romana. Lo cierto es que una ley de Valentiniano y Teodosio (del año 391. 14-IV, 38, del *Digesto*) los derogó, conservando a título excepcional el establecido por los emperadores León y Antonino a favor de los vecinos del barrio de Metracomias. Además el Código recoge el retracto enfiteutico a favor del dueño directo (Ley 3-IV, 32).

C) En un capítulo de las Decretales se confirma el retracto gentilicio consuetudinariamente establecido en la ciudad de Perugia. No obstante, es exacta la jurisprudencia española, según la cual los textos bíblicos no forman parte del Derecho Canónico a los efectos de considerar vigentes aquéllos en las regiones en que éste es derecho supletorio.

D) En el antiguo Derecho Germánico los *Naherrechte* (derechos de los propincuos) son un residuo de la primitiva propiedad comunal o colectiva que los miembros de las familias y Municipios tenían sobre la tierra. Al surgir la propiedad individual, los derechos de señorío, de los que antes eran comuneros, se trans-

(2) Leemos en el *Libro de Rut*: Booz dice, ante diez ancianos, al pariente que tiene preferente derecho: «Noemi, vende una parte de las tierras de nuestro hermano Elimelech, y he decidido hacértelo saber delante de los ancianos, para si quieres redimir, y si no, declarármelo.» Y por fin, el pariente termina por decir: «Redime tú usando de mi derecho, porque yo no podré.» Y descalzó su zapato, y Booz dijo a los ancianos y a todo el pueblo: «Sois testigos de que tomo todas las cosas que fueron de Elimelech, de Chelión y de Malahón de mano de Noemi.»

forman en derechos de señorío negativo o derecho de oponerse a la enajenación de la cosa, que ahora es ajena; derecho que se debilita gradualmente hasta quedar reducido a la facultad de adquirirla en caso de venta, asumiendo las obligaciones del comprador. Estos derechos de preferencia sobre los extraños para adquirir por compra se denominan con nombres diversos que indican retracto, rescate o apartamiento (*Retraktrecht, Losung, Abtriebrecht, Einstandsrecht*) (3).

Gozaban de estos derechos de preferencia: los cóherederos (4), los vecinos (5), los compañeros de la marca, los comuneros, etc., etc. Además, surgen derechos de esta clase de origen convencional.

La configuración jurídica de la institución es muy diversa: algunas veces la cosa es ofrecida en venta al titular, antes de la compra por el tercero; a veces el derecho sólo puede ejercerse después de la venta al tercero; o incluso sólo después de la transmisión de la propiedad al mismo. Según algunas fuentes, puede hacerse valer frente al vendedor (como *Vorkaufrecht*, propiamente dicho); según otras, frente al tercer adquirente.

Después de la recepción del Derecho Romano sólo se conserva el derecho del señor feudal y de su sucesor en caso de venta por el vasallo, y el B. G. B. sólo ha conservado un retracto legal: el de coherederos (*Ganerbenlosung*).

Destaquemos, pues, que al empezar el siglo xx, el Derecho alemán, padre de los retractos legales, estaba en vías de acabar con ellos. El Código más progresivo en materia inmobiliaria sólo conservaba el más innocuo para el Registro, ya que la cuota hereditaria antes de la partición no está plenamente garantizada por los principios hipotecarios (6). Los retractos legales se sacrificaron en aras de la publicidad registral y de la libertad de tráfico.

(3) Contemplados en sus orígenes los retractos legales, no vemos razón para escandalizarse del nombre de retractos. Su historia justifica sobradamente una terminología de tanto abolengo, y aunque en nuestros días el retrayente no recupere, recobre ni rescate, pues la cosa no ha sido antes suya, creo muy conveniente conservar la tradicional palabra que nos esté recordando siempre el requisito típico de la institución: el vínculo de afecto quasi-domínical entre el retrayente y la cosa.

(4) «Un pariente es de mejor condición para la compra que un extraño.»

(5) «El más próximo a la linde tiene compra preferente»

(6) He aquí brevemente el régimen del *Ganerbenlosung* en los párrafos 2.033 a 2.037 del B. G. B.: Si el coheredero vende a un tercero su participación o cuota, los restantes coherederos están facultados para la *Vorkauf*. Su

Pero la historia de los retractos legales continúa. Y en la misma Alemania surgen nuevas figuras de retracto a favor del Estado, Municipios y otras personas jurídicas con finalidad de colonización interior, patrimonios familiares y reformas agrarias en general. La Constitución de Weimar considera el Vorkauf como uno de los medios para que el Estado cuide de la división del suelo en forma que impida su mal uso. Por este camino la dificultad está en detenerse. Y así, se llega en Baden y Sajonia a admitir un retracto a favor del Estado, del Municipio o del Distrito, en casi toda transmisión de inmuebles, y en Braunschweig a favor de los Municipios sobre las parcelas de más de 150 metros cuadrados. Por si esto fuera poco, estos nuevos derechos de compra preferente son más robustos que los antiguos, se llegan a extender a cualquier negocio oneroso, y a veces a los gratuitos, como en la ley del Reich de Patrimonios familiares.

Estos nuevos retractos legales no derivan de una propiedad colectiva de la tierra; pero nos recuerdan mucho la situación de los primeros tiempos de la propiedad individual, aunque en sentido inverso: entonces la propiedad colectiva y comunal se estaba transformando en individual y libre; ahora ésta tiende a transformarse en estatal. Los retractos legales que un día fueron jirones de una propiedad colectiva que se desvanecía, son ahora urdimbre de una propiedad estatal que surge por doquier. Por eso los llamados retractos administrativos deben ser cuidadosamente calibrados, y sólo la ley debe establecerlos, después de ponderar mucho el interés social o público que se pretende satisfacer.

E) En España aparecen los retractos legales con marcado sabor germánico. El gentilicio, como resto debilitado del derecho de expectativa hereditaria de la primitiva propiedad familiar germánica: derecho de consentimiento de los parientes de los diplomas

plazo de ejercicio es de dos meses, y este Vorkaufrecht es transmisible a los herederos.

Con la transmisión de la cuota al comprador se extingue el Vorkauf contra el vendedor y se ejercita contra el comprador. El vendedor ha de notificar sin demora la transmisión a los coherederos.

El comprador, transmitiendo la cuota a los coherederos, queda libre de responsabilidad por negligencia.

Si el comprador transmite su cuota a otro, el Vorkauf ha de ejercitarse contra el nuevo adquirente, y los efectos son los mismos.

medievales. Y también el *ex jure incolontus*, a favor de los asociados de la Marca; el *ex jure vicinitatis*, el *ex jure condominiumi*, el *ex jure domini directi* y el *retractus feodalis* del Derecho longobardo. Encontramos la institución en los Fueros de la familia Cuenca-Teruel, en el Fuero Viejo y en el Fuero Real. En todos estos retractos juega un papel fundamental la publicidad de la transmisión. También en la Ley XXI de las Nuevas del Rey Sabio, cuando la transmisión se hubiera hecho ocultamente, tendrá derecho el propincuo para retraer sin tener en cuenta el plazo de nueve días. Las Partidas regulan el retracto de comuneros, iniciando el confusionismo entre tanteo y retracto, que subsiste en las leyes de Toro. En nuestra Patria los retractos legales tenían una larga y rica historia; y, sin embargo, el Código Civil también, y antes que el Código alemán, supo sacrificarlos.

Cuando se redactaba el Código Civil corrían malos vientos para los retractos legales. En la sesión de Cortes de 29 de enero de 1889, sólo una voz, y no de las más autorizadas en el campo jurídico (don Alberto Bosch), se atrevió a lamentar la supresión del retracto gentilicio, aunque sin atreverse a condenar la tendencia que lo exigía.

Más adelante veremos la posición del Código en materia de retractos. Nos basta señalar su criterio, más restrictivo, exterminador, y comparar su régimen con el actual panorama jurídico, plagado de retractos.

NOTAS CRÍTICAS SOBRE LOS RETRACTOS

No debe afirmarse que los retractos estén en trance de desaparecer en las legislaciones; pero sí que en los últimos tiempos hubieron de sacrificarse a las necesidades del tráfico, y sólo recientemente resurgen para colaborar con la corriente reformista de la propiedad inmueble.

Ya hemos visto la posición del Código Civil alemán. El moderno Derecho italiano también es muy parco en esta materia. Hay retracto de coherederos; pero no de comuneros en general. Y perdido en las monografías sobre la enfiteusis se encuentra la llamada prelación a favor del concedente (retracto del dueño directo exclu-

sivamente) (7). El régimen del Derecho suizo es muy similar al alemán (8), y ni en la doctrina francesa ni italiana encontramos la petulante figura de los derechos reales de adquisición.

Por el contrario, la lista de retracto y tanteos legales se alarga constantemente en nuestra legislación. Por todas partes surgen retractos administrativos y otros de interés privado; pero que, amparados en el interés social, se rodean de todo género de privilegios, por muy perturbadores de la libre contratación y del principio de seguridad del tráfico que resulten. Aquí hemos de colocar los dos tanteos y retractos de la legislación de arriendos urbanos y el retracto del arrendatario rústico. Más adelante defenderemos la necesidad de ordenar el caótico mundo de los retractos en nuestro Derecho. Aquí sólo queremos desear que no continúe la riada y que se medite dónde encaja el retracto y dónde no.

Lo más interesante es no perder de vista la tradicional motivación de la institución. Esta gira sobre la idea de que por ciertas circunstancias que se dan entre una persona y una cosa ajena, aquélla debe tener preferencia para la adquisición en igualdad de condiciones a cualquier otra persona; y esas circunstancias son

(7) El retracto enfiteútico del C. C. italiano, que es prelación que sólo se concede al dueño directo, y que no se reconocía en el C. C. italiano anterior, es, en opinión de Cariotta Ferrara, un derecho potestativo, en cuanto da al titular la facultad o poder de determinar un cambio en la situación jurídica preexistente independientemente de la voluntad del otro sujeto de la relación.

La prelación tiene un término de decadencia de treinta días desde la notificación del propósito de enajenación al enfiteuta (tanteo) y de un año desde el conocimiento de la venta en caso de falta de notificación (retracto).

En este segundo caso el concedente se dirige contra el tercero, y si entre tanto ha enajenado a otro el derecho de enfiteusis, se rescata frente a este otro. Cabe la transmisión voluntaria; pero si el actual enfiteuta rehusa transferir al concedente la sentencia judicial, actúa el rescate.

El tercer adquirente no puede oponer su buena fe ni el haber transcrito su adquisición (haber inscrito en el Registro); en todo caso se concede el retracto (arts. 2.643 y 2.644' del C. C. italiano).

Es interesante, como remarca Cariotta Ferrara, esta particularidad, como dando a entender que es algo que se sale de lo normal en puras líneas jurídicas: «Quiere esto decir que quien adquiere un derecho de enfiteusis debe averiguar que el enajenante ha notificado al concedente la propuesta de enajenación, indicando el precio, y que ha transcurrido un mes sin que el concedente haya ejercitado el rescate».

(8) El Derecho suizo conoce dos figuras de derecho de adquisición: El *droit de reméré*, equivalente a nuestro retracto convencional y el *droit d'emption*, consistente en la obligación asumida por el propietario de vender a otro el inmueble si se lo exige, asumida con efectos reales, mediante su anotación en el Registro inmobiliario. Sólo, una vez anotado, subsiste este derecho contra todos los propietarios sucesivos durante diez años.

siempre derivadas de una conexión de quasi-dominio, semi-dominio o vocación sentimental al dominio de la cosa. Casi todos los derechos de preferencia aparecen contruidos sobre el de comuneros; casi todos los retractos legales implican una cierta participación en el dominio de la cosa. Esta motivación aparece clara en el retracto enfiteútico, y los retractos arrendaticios tienen su inspiración inmediata en el enfiteútico. En cuanto el arrendamiento tiende a perdurar, dotándole la ley de duración mínima con tendencia a la perpetuidad, se adorna con las viejas galas de la enfiteusis, y al legislador, atendiendo más a sus parecidos prácticos que a sus teóricas diferencias de naturaleza jurídica, no le arredran las dificultades de construir un derecho real como accesorio de otro que dicen que continúa siendo meramente personal.

Ya en otro lugar nos referimos al giro al parecer iniciado por la jurisprudencia hacia una interpretación restrictiva de las normas referentes a los tanteos y retractos arrendaticios, en cuanto limitan las libres facultades del dominio (9). Esta tendencia viene impuesta por el principio de que la propiedad se presume libre; pero, ante todo y sobre todo, por exigencias mínimas de seguridad del tráfico y de protección de los terceros. Estas exigencias han llevado a todas las legislaciones a reducir, cuando no a suprimir totalmente los retractos. No es mucho pedir que entre nosotros se vaya valientemente a poner orden y prudencia en materia de retractos y se trate de encontrar las fórmulas más convenientes para salvar la colisión entre los intereses de los retraentes y los de los terceros.

Alfonso del Moral ha dicho que «acicatado sin duda por un sentimiento intuitivo, el Notariado tiene el ceño fruncido y la bayoneta calada contra el tanteo y el retracto»; pero aunque se solidariza con esa postura, se hace eco de la advertencia de Castán cuando aconseja al jurista español vacunarse contra los peligros del sentimentalismo jurídico (10). Los Registradores también sue-

(9) En la nota (6) del cap. 1.º de este trabajo, «Rev. Crí.», nov.-dic., pág. 776.

(10) Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 9 de mayo de 1950. En ella cala hondo, y sobre todo con bella prosa, en la íntima esencia jurídica del derecho de adquisición; pero, en definitiva, nos deja con la miel en los labios, sin mostrarnos ningún camino despejado entre la floresta de los retractos legales, ni ningún método para la doma de estos desbocados corceles que amenazan con volcar el carro del tráfico jurídico inmobiliario.

len mostrar su enemiga a estas trabas del *jus disponendi*; pero es frecuente tener poco éxito en la pugna, por cierta propensión a despreciar la importancia del adversario. Para luchar contra los retractos es preciso, primero, que lleguemos a conocerlos bien (11).

BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RETRACTO LEGAL

Sobre la naturaleza jurídica de los retractos legales no encontramos una serie de teorías contrapuestas que pretendan darnos cada una la estructura jurídica de los mismos con su completo cuadro de contenido y efectos de tal estructura derivados, sino una serie de opiniones dispersas vertidas para tratar de solucionar problemas concretos y a veces no fundamentales.

a) Por ejemplo, la polémica entre los mantenedores de la tesis de la resolución a que parece conducir el art. 1.506 del Código y los defensores de la subrogación, que se fundan en la letra del 1.521 y en la autoridad de Pothier, es en ocasiones puramente platónica, pues ni unos ni otros llegan a consecuencias tajantes derivadas de su particular criterio, en las materias fundamentales de contra quién debe dirigirse la acción, según haya o no sucesivos adquirentes, si éstos pueden quedar indemnes del retracto y si la sentencia de retracto hace dueño sin más al retrayente o si es una mera sentencia de condena a una retransmisión del adquirente al retrayente.

(11) El que se estudien a fondo los retractos en España desde este ángulo de limar sus cortantes aristas, no quiere decir que se den alas a la categoría de los derechos reales de adquisición. No sólo es lamentable la simpatía del legislador español por los retractos, sino el entusiasmo de nuestros tratadistas por dicha categoría. El aprendiz de jurista español se llega a formar la falsa idea de que tal figura jurídica es tan básica y universal que su falta en nuestros tratadistas anteriores era poco menos que un síntoma del atraso español. Es preciso desarraigar este prejuicio, para cerciorarse de cómo los derechos reales de adquisición son desconocidos en la doctrina dominante francesa e italiana, y en la alemana tienen tan reducido ámbito, que únicamente por el exceso de rigurosidad conceptual de la mentalidad germánica se han colocado frente a los derechos reales de goce y a los de realización de valor. De lo que decimos en otros lugares se deduce que esta pomposa figura, que tanto éxito tiene entre nuestros autores modernos, no es sino el parto de los montes, incluso en la tierra del padre de la criatura.

Dar vuelos a la categoría de los derechos reales de adquisición es pernicioso, porque es animar al legislador a que siga complicando la vida jurídica con más figuras retractuales cada día.

La mayoría de los autores se dejan llevar de las palabras de Pohtier: El derecho de retracto no es otra cosa que el derecho de hacer suya la compra de otro y el de constituirse comprador en su lugar. El retracto no tiende nunca a destruir el contrato, sino a que el retrayente se subrogue en los derechos resultantes del mismo que correspondan a la persona del comprador, sobre quien el retracto se ejerce. El 1.521 se ajusta perfectamente a esta postura, pero no tiene objeto discutir si hay resolución o mera subrogación si no es para limitar los efectos del retracto a vendedor y comprador, dejando indemne al tercer adquirente si de mera subrogación se trata. Cuando en 1915 Clemente de Diego, aunque un poco a regañadientes (pues advertía que el concepto de subrogación sólo tiene aplicación en las relaciones obligatorias), admitía el carácter real del retracto y los efectos *erga omnes* y *ex tunc* de la acción, diciendo que no cabe aplicar el artículo 1.295, 2.º, dejaba sin la más importante consecuencia a la teoría de la subrogación.

b) Otras veces la discusión con pretensiones más modernistas versa sobre si estamos ante una mera facultad o un derecho subjetivo, o un derecho potestativo o de formación. Es totalmente estéril si no se hace analizando cada caso de retracto particular para observar la conexión de dependencia o independencia con una titularidad básica. En la cuestión de los retractos arrendaticios hay que comenzar por preguntarse cómo de un derecho más débil (el personal del arrendatario) puede derivarse un derecho más fuerte (el real del retrayente).

c) Más interesante para nuestro tema es el análisis y crítica de la tesis de Roca Sastre, al llevar a sus últimas consecuencias hipotecarias la idea ya antigua de que los retractos son limitaciones del dominio nacidas de un privilegio (Sánchez Román).

Es frecuente oponer el criterio de Roca a la posición de la mayoría, que ve en los retractos legales un derecho de adquisición. Sin embargo, Izquierdo hace la objeción de que aunque los retractos legales no necesiten ni deban ser inscritos, esto no quiere decir que no sean derechos reales, porque la inscribibilidad de éstos es regla general, pero no principio absoluto. Y, además, dice que mal puede pertenecer al estatuto de la propiedad un accidente

que afecta a muy pocos casos y de manera temporal y muy limitada.

A continuación pasaremos a estudiar la opinión de Roca Sastre, aunque acaso sea innecesario, por lo conocida y repetida por todos. Precisamente lo terrible de las opiniones de Roca es su virulencia de contagio. Así, vemos que Lacruz Berdejo, en reciente obra tratando de ciertos derechos publicados de otra manera que el Registro, después de referirse breve pero muy acertadamente a los derechos reales patentes (servidumbres aparentes), se limita a decir en otro apartado que la fe pública no se extiende a la configuración legal del dominio y derechos reales. Esto—añade—es completamente natural, y nada sufre por ello la seguridad del tráfico. Las limitaciones y cargas públicas afectan a todos los propietarios por igual, vienen publicadas por la ley, son cognoscibles por cualquiera y con ellas debe contar todo adquirente. Y cita los consabidos arts. 26, 1.º, y 37, 3.º, de la L. H.

TESIS DE ROCA SASTRE SOBRE LOS RETRACTOS LEGALES

Para Roca la fe pública registral no defiende al tercer adquirente de las limitaciones legales o estatutarias de la propiedad inscrita: en cuanto a las limitaciones de origen institucional o legal, la actuación del principio de fe pública registral está excluida. Estas limitaciones son simples restricciones de la propiedad, que por derivarse naturalmente de ella o ser establecidas por la ley, están *investidas de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionar*, haciendo superflua su inscripción.

Más que limitaciones de la propiedad, son delimitaciones de la misma—continúa diciendo—, por cuanto determinan hasta dónde llega el poder del titular del dominio o derecho real, ya que, en virtud del estatuto general de la propiedad, las cosas, según la posición que ocupan o las circunstancias que en ellas concurren, están sujetas a tal o cual reglamentación, de la cual pueden derivarse restricciones o limitaciones. Por ello, éstas tienen generalmente carácter absoluto e impersonal, de modo que *viven independientemente del Registro y frente a ellas no puede hablarse propiamente de terceros*; pues funcionan por simples razones ob-

jetivas e independientemente de la persona del dueño; de aquí que estén fuera del ámbito y alcance del principio de fe pública registral; de manera que ningún tercer adquirente puede eludirlas, fundándose en que el Registro no las constata.

En opinión de Roca Sastre confirman este criterio: el art. 5, 3.º, del Reglamento Hipotecario; el 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria y el 26, 1.º, de la misma: la ley permite que la acción de retracto legal pueda ejercitarse aun contra tercer adquirente; a éste le podrá ocurrir que a consecuencia de la subrogación que el retracto legal implica, se vea privado de la finca o derecho adquirido, y esto sin que el Registro le revele explícitamente las causas de la tal privación, tratándose de retractos como los de colindantes (12).

La particularidad propia de la posición de Roca Sastre consiste en entender que la doctrina derivada de los arts. citados (5, 26 y 37), y según la cual las acciones de retracto legal perjudican al tercero hipotecario, no constituye excepción al principio de fe pública, y lo entiende así porque los retractos legales son *limitaciones públicas* de la propiedad, respecto de las cuales no entran en juego los principios hipotecarios.

Sólo en un pasaje parece asustarse un poco Roca de su propia teoría: aquel en que dice que, «además, en cierto modo, puede decirse que los derechos de tanteo y retractos legales, al menos en su aspecto activo, ya están registrados cuando lo está el dominio o derecho de cuyo contenido de facultades son ampliación», y continúa poniendo el enfitéutico como ejemplo.

(12) En nota a su afirmación de que el tercer adquirente es perjudicado por la acción de retracto legal, con el pretexto de aclarar que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 denomina tercero poseedor al tercer adquirente, precisamente hablando del retracto legal, transcribe el párrafo de dicha Exposición de Motivos de que «la Comisión no se cansa de repetirlo: esto se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante.» Y no se preocupa Roca de deshacer el equívoco que produce al estudiante con esta nota, pues deja sin aclarar que lo que la Exposición de Motivos quería destacar es que contra el comprador primero no se podía paralizar la acción de retracto, que contra el que no se daba era contra el tercero poseedor. Es verdad que en otra breve nota al texto del núm. 2 del art. 37, dice que antes de la reforma de 1869 sólo se refería la ley a la acción de retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfitéusis, y aun hablaba de ella en el art. 38, o sea en el precepto destinado a señalar las acciones que no afectan a tercero.

CRÍTICA DE LA TESIS DE ROCA.

Meditando sobre las afirmaciones de Roca, lo primero que se piensa es que, ante lo tajante del art. 37, 3.º de la Ley, ha creído lo más conveniente, ya que no podía salvar al tercero hipotecario, salvar al menos el principio de fe pública. Sus esfuerzos por arrojar fuera del campo hipotecario, a la tierra de nadie del estatuto institucional del dominio, todos los retractos legales, pretenden quitar una excepción al principio de fe pública para dar más relevancia, lustre y generalidad al mismo. Parece a primera vista que si se suprime la excepción, el principio se fortalece y ensancha.

Pero creo que no podía escapar al fino sentido jurídico de Roca Sastre que era peor el remedio que la enfermedad, y que, en definitiva, su posición es fatal para el principio de publicidad registral, pues en cuanto admitamos la posibilidad de que los principios hipotecarios resulten inoperantes respecto de todas las limitaciones dominicales, más o menos remotamente inspiradas en un interés público, general o social, más o menos trascendental, estará en peligro de naufragio la institución registral, y con él un fundamentalísimo interés público: el interés en la seguridad jurídica.

Acaso la raíz de la postura de Roca Sastre haya de buscarse en dos terrenos distintos, aunque muy próximos: un cierto desprecio a la posición de la ley de 1861 ante el problema, y un desenfoque de éste, por contemplarlo solamente desde el punto de vista de los retractos tradicionales.

La manera que Roca tiene de disimular y casi ocultar el criterio de la primera Ley Hipotecaria sobre el particular, y el giro que dió la ley de 1909 en este punto, parece indicar que siente casi vergüenza de lo que entiende que fué un inexplicable despiste del legislador de 1861. Y no se ha parado a pensar que el criterio primitivo es el correcto desde el punto de vista del principio de publicidad que el legislador quería introducir, y el concorde con la naturaleza jurídica que el C. C. da a los retractos legales (13).

(13) Las opiniones de Roca, que recogemos y criticamos en el texto, son las originales, las que han causado estado, las que han pasado a la masa de la sangre de los que han estudiado Derecho hipotecario desde 1941. Nos dirá

El giro introducido por la ley de 1909 no descansaba en principios jurídicos, sino en razones de oportunidad. La posibilidad de que, mediante fraudes y simulaciones de segundas enajenaciones se vulnerasen fácilmente los retractos, indujo al legislador, deformando y retorciendo las líneas de los retractos legales en el C. C. y en la L. H., a dar efectos *erga omnes* a la acción de retracto, y a dárselos sin necesidad de inscripción en el Registro.

Pero es importantísimo tener en cuenta, y Roca no lo tenía, que el legislador no vió obstáculo grave en hacer todo esto en 1909, porque pensaba en unos cuantos tipos de retracto, en los que es verdad que están investidos de una publicidad superior a la que el Registro puede proporcionar, y es verdad que, en cierto modo, se desprenden naturalmente de las mismas inscripciones registrales. Efectivamente, el adquirente de un dominio útil, de un dominio directo, de una cuota indivisa y de una finca de menos de una hectárea, sólo con conocer la ley (clara por otra parte) y examinar muy simplemente el folio registral de la finca, puede saber con certeza si tiene peligro de algún retracto procedente de transmisiones anteriores.

Pero desde el momento que existen retractos legales en que esto no ocurre, desde que se admiten retractos legales no aparentes, no visibles, no fácilmente determinables, lo primero que hay que hacer es dar marcha atrás y replantear el problema, retrocediendo a 1861, aunque solo sea para saturarse del entusiasmo de los autores de la L. H. por el principio de publicidad, y comprender que las limitaciones públicas deben ser limitaciones publicadas, y que en cuanto la publicidad de la ley sea, por sí sola, insuficiente para conocer la limitación dominical, es imprescindible la publicación registral para que surta efectos *erga omnes*.

Roca que ya ha puesto las cosas en su punto (por ejemplo, en las págs. 8 a 10 del tomo III de su 5.^a edición); pero creemos que está obligado a mucho más si quiere deshacer lo mal hecho. No pretendemos obligarle a que «propugne por la vuelta a la vieja norma de la ley de 1861, pero creemos que no es lícito que se conforme con decir que «el problema no es fácil de solucionar».

RESEÑA HISTÓRICA DE LAS RELACIONES ENTRE REGISTRO
Y RETRACTO EN ESPAÑA

Sería salirnos demasiado del tema intentar hacer un análisis histórico de la publicidad registral en materia de retractos. Por otra parte, es una materia muy descuidada en la doctrina española, tanto en los tratados generales (14), como en trabajos monográficos (15). Esto es más de lamentar cuando fueron los retractos legales quienes mantuvieron el fuego sagrado de la publicidad inmobiliaria en frases históricas, en que la degeneración de la *traditio* y el confusionismo entre formas probatorias y solemnidades de publicidad amenazaron confundir lo real y lo obligacional, los derechos *inter partes* y los derechos *erga omnes* (16).

(14) Nótese, por ejemplo, la brevedad de Roca, tan exhaustivo y minucioso siempre, al referirse al cambio introducido por la Ley Hipotecaria en materia de acciones de retracto legal. No sólo deja en el aire el momento y razones de su traslado del art. 38 al 37, sino que inducía, en sus primeras ediciones, al error de creer que fué en la reforma de 1869.

(15) Vemos cómo Aspiázu, sin hacer distingos entre la ley de 1861 y la de 1909, e incluso pareciendo que se quiere referir a la primera, elogia la claridad y acierto con que la L. H. y C. C. regularon las relaciones entre el Registro y los retractos, dando a éstos eficacia contra tercero dentro del plazo de ejercicio. Luego, en su trabajo dedicado a los retractos arrendaticios, no se vuelve a preocupar del tercero ni a relacionar con él la paralización de la inscripción que al parecer ordenaba ya la L. A. U. anterior, que él comentaba. Y termina pidiendo volver al sistema de la Ley Hipotecaria: que el retracto siga producido efectos *erga omnes*, pero que sea el Registro quien publique la apertura del plazo retractual, alargando dichos plazos y complementando esa publicidad con edictos de los Registradores (??) si se estima preciso.

Es, pues, Aspiázu un claro ejemplo de los que se esfuerzan en mantener la inscripción en el Registro como momento inicial del plazo de caducidad de los retractos, y en cambio no hacen el menor esfuerzo en volver al criterio de la primera Ley Hipotecaria, que incluso parecen desconocer; cuando esto sería la verdadera defensa de los principios hipotecarios y de la seguridad del tráfico. La solución de los edictos expedidos por los Registradores me parece un trabajo inútil. Igual de molesto es para el retrayente pasar por el Registro que pasar por el tablón de anuncios de los lugares de costumbre.

(16) Muchos puntos del régimen de los retractos son interesantes para descubrir la esencia del fenómeno traslativo del dominio, como derecho real *erga omnes* y para profundizar en la mecánica interna y en la justificación filosófica de la teoría del título y el modo. Así, por ejemplo, las disputas sobre el momento en que se actualiza el derecho de retracto. Cuando los doctores de la Universidad de Salamanca deciden por mayoría que debía nacer con la tradición y desde ésta iniciarse el término de ejercicio de la acción, estaban consagrando la tesis incontrovertible de que sin publicidad no hay eficacia *erga omnes* de los derechos: ni a favor ni en contra.

Y cuando Covarrubias defendía el texto literal de la Novísima (Libro X, tit. XIII, Leyes 1.^a y 3.^a), que siguiendo al Fuero Real, hacía nacer el derecho del retrayente desde el contrato, se colocaba en la postura española sobre el

Pero tenemos necesariamente que decir algo de la postura del C. C. y de la L. H. en materia de retractos en relación con la publicidad, y especialmente sobre el giro de la L. H. de 1909.

A) *Sobre cómo es muy dudoso que el C. C. pensase en conceder efectos contra terceros a las acciones de retracto legal.*—Ningún artículo del C. C. concede efectos *erga omnes* a los retractos legales que regula. Muy al contrario, una interpretación histórica, lógica y literal, nos conduce a negarles tales efectos.

En primer lugar, porque la L. H. entonces vigente se los negaba, y no hay el menor sintoma de que el Código pretendiese cambiar de criterio.

En segundo lugar, porque ya sabemos que su entusiasmo por los retractos legales era bien escaso. Si no llegó a suprimirlos totalmente, su regulación es tan restrictiva, que no hay que pensar en que pretendiera darles más efectos que los que de su texto resulten.

Y de su interpretación literal y sistemática se deduce:

a) Que el art. 1521, al partir de la palabra subrogación, enmarca plenamente la figura en el ámbito de las obligaciones y de las relaciones meramente personales. Si le hubiera querido dar efectos reales, hubiera dicho que el retracto legal es el «derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», *aunque éste la haya transmitido a otro*.

b) El art. 1525 demuestra que no quiso conceder efectos reales a la acción de retracto legal, sino más bien quitárselos, si acaso los había tenido en la legislación anterior a la L. H. de 1861. Cuando este artículo dice que en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los arts. 1511 y 1518 y nada dice de los arts. 1510 y 1520, demuestra que solamente quiso que en cada transmisión naciese un nuevo derecho de retracto contra el nuevo comprador.

problema; en la castiza y propia de nuestra psicología jurídica, el modo, la *traditio*, la publicidad, la inscripción, son elementos cardinales del nacimiento del derecho *erga omnes*; pero para quien conoce el contrato, aún no publicado, el derecho ha nacido ya, porque así es justo, como justo es que para el Príncipe la ley exista antes de haberse publicado.

Esta opinión de Covarruvias parece que llegó a ser la dominante, y sólo Gómez continuó manteniendo la de la tradición.

Pensemos que incluso en el 1.510 se deja a salvo lo dispuesto en la L. H. En materia de retracto legal, consideró el Código que no tenía nada que aclarar, porque no daba efectos contra tercero civil al retracto, y mal podía dársele contra el tercero hipotecario. No se rozaba para nada el criterio del art. 38 de la L. H.

A raíz de la publicación del Código, se formó una atmósfera rara en torno a esta materia. Tratadistas muy autorizados no sólo seguían respetando el criterio de la L. H., sino que destacaban lo intencionado de la supresión de toda referencia al 1.520 en el art. 1.525. Así, Mucius Scaevola sacó a colación la primitiva edición del Código, que declaraba aplicable al retracto legal el art. 1.520, referencia que fué suprimida en la edición definitiva, lo que demuestra que deliberadamente se quiso excluir tal aplicación. Estos tratadistas no encontraron dificultad en que el Código, igual que la L. H., no hiciese prevalecer el retracto frente al tercer propietario.

Otros, como Ramón Gayoso Arias, creyeron que la supresión de la referencia al 1.520 obedeció a creerla innecesaria, dado el carácter del retracto legal, su indole resolutoria (?) y a que de antiguo no originó su carácter real las agrias controversias que el convencional. Esta opinión es algo aventurada, pues la existencia del art. 38 de la L. H. exigía que el Código fuese más explícito si pretendían cambiar de criterio, que para terminar con discusiones doctrinales, como en materia de retracto convencional.

Otros autores empezaron a obsesionarse con lo fácil que resulta burlar los retractos si no se les concede efectos contra los subadquirentes. Y en vez de seguir el correcto camino de las presunciones de simulación o de complicidad en el fraude, se dedicaron a criticar la L. H. y a defender que el Código había cambiado de criterio.

B) *Sobre el giro dado por la L. H. en esta materia.*—Pero antes de seguir es preciso destacar lo que tan frecuentemente se quiere olvidar: que la L. H. de 1861 incluyó en la lista de acciones que no afectaban a tercero, de su art. 38, la de «retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfiteusis». Y la Exposición de Motivos, con profético temor y clarividencia del confusionismo que luego había de producirse, decía, al defender este criterio de

la ley: «La Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante» (17).

(17) No podemos sustraernos al deseo de transcribir completos los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que a los retractos se refieren. Sólo por venirse silenciando en los tratados de Derecho hipotecario hemos llegado a la desesperada situación actual. Dice así la Exposición:

«Tampoco podía admitir la Comisión que, pasada la cosa a un tercer poseedor, hubiera lugar al retracto en la venta. El retracto convencional no necesita esta declaración, porque si la venta está inscrita en el Registro, la condición resolutoria del contrato aparecerá también en él y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez por burlar la ley; pero sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compre en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria.

La dificultad, pues, sólo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros, bien lo sea en el dominio absoluto de la finca o por estar divididos entre ellos el dominio directo y útil. No corresponde a la Comisión examinar en esta Exposición las ventajas o inconvenientes de semejantes clases de retractos; no tiene por qué recordar tampoco la censura de que son objeto, la odiosidad que en sentido de sus mismos defensores tienen, la necesidad legal de interpretarlos siempre estrechamente, la opinión de uno de los Cuerpos Colegisladores, marcada muy significativamente respecto del retracto gentilicio, la omisión de éste en el proyecto del Código Civil y la restricción grande que pone al de comuneros, concediéndolo solamente en el caso de que se venda al extraño por uno de los condueños la cosa que no pueda dividirse cómodamente o sin menoscabo, tampoco le corresponde entrar en el examen de las legislaciones forales, en alguna de las cuales se da mucha mayor extensión a los retractos.

Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone reforma en la parte que se pone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara *que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título*; de otro modo, para ser consecuente, sería necesario admitir la regla del Derecho aragonés, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta a retracto no puede vender dentro del término legal para retraer, lo que en último resultado vendría a convertir en derecho de tanteo el que es de retracto, y haría indispensable en todas las adquisiciones por título universal de cosas que procedieran de padres o de abuelos la cláusula de que quedaban sujetas al retracto.

En los términos cortos y fatales en que es permitido el retracto, pocas veces se presentará el caso de haberse hecho a un tercero la enajenación de la heredad sujeta a él, y que ésta se haya inscrito en el Registro; pero cuando ocurra no debe disimular la Comisión que si se separa, ya que no del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, a imitación de las acciones reales, debe darse contra cualquier poseedor a que pase la cosa durante todo el tiempo concedido para retraer.

Al derecho de tanteo en la enfiteusis es extensivo lo que queda expuesto respecto al retracto legal por la venta. Pero la Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante.»

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fué fiel al precepto hipotecario. Una sentencia de 3 de junio de 1867 decía que la acción de retracto no puede entablarse sino contra el comprador. Por la brevedad de los plazos para retraer y por lo claro del precepto hipotecario, acaso no fuesen muchos los pleitos que llegasen al Supremo para dilucidar el punto que nos ocupa; pero lo cierto es que corría ya el siglo actual y el Tribunal Supremo continuaba diciendo que no puede prosperar la acción de retracto si dentro de los plazos y antes de ser notificado el comprador de la demanda hubiese enajenado la finca a un tercero, y éste la hubiera inscrito a su nombre (S. de 3 de enero de 1901).

Pero la corriente doctrinal a que antes nos referimos no dejaba de pensar en la fácil burla de los retractos no eficaces contra los subadquirentes. Sánchez Román, desesperado de no encontrar en los arts. 1.521 a 1.525 ningún argumento favorable a su deseo de que el C. C. hubiese derogado el art. 38 de la L. H. en este punto, se asió, como a clavo ardiendo, a la frase «en todo tiempo hasta que transcurra un año» del art. 1.639, interpretando arbitrariamente que en todo tiempo quiere decir contra cualquier adquirente. Manresa, en abierta contradicción, estimó que esta ocurrencia era pueril, diciendo que el art. 603 del Código, que ordena estar a la L. H. para determinar los efectos de la inscripción, era suficiente para impedir una derogación del art. 38, tan buscada por los pelos. Efectivamente creemos que Sánchez Román, con bonisimas intenciones, y sin percatarse de lo perturbador de la tendencia que se iniciaba, confundía los efectos de la inscripción como momento inicial del plazo de caducidad del retracto y la paralización de la acción frente al tercero protegido por la L. H. Pasaba por alto la advertencia de la Exposición de Motivos de ésta, cuando decía que la paralización de efectos contra terceros poseedores nunca afectaba a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante.

Pero fué Oliver quien, traicionando a los principios hipotecarios e inclinándose a la misma tesis de Sánchez Román, hizo, con su autoridad como hipotecarista, que los reformadores de 1909 trasladasen las acciones de retracto legal del art. 38 al art. 37, dedicado a enumerar los casos en que se dan contra terceros las acciones rescisorias, resolutorias y subrogatorias.

Cuando vemos, después, a Valverde alabar y a Mucius Scaevola criticar el cambio introducido por la L. H., tenemos que pensar que éste es uno de los problemas en que la discusión siempre está abierta, especialmente entre los juristas teóricos y los juristas prácticos.

El Tribunal Supremo se tuvo que rendir ante lo indudable del nuevo texto legal, y, como ya vimos, Clemente de Diego, en 1915, reconocía que el retracto estaba concebido, *en los tiempos modernos*, como un derecho real. El giro legal y jurisprudencial estaba consumado. Sólo bastaba llevar a sus últimas consecuencias la paradoja de un derecho real no necesitado de inscripción para surtir sus efectos *erga omnes*, para que la tesis de Roca Sastre surgiera como ineludible. La reforma de 1909 desarmó a los paladines del tercero, que demasiado precipitadamente se dieron por vencidos (18). Empleando términos de otra luminosa Exposición de Motivos (19), podíamos decir que contra el inocente tercero se fué fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal; pero que es contraria a la realidad y subleva su conciencia, y cuando quiere defenderse no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado.

Lo cierto es que el C. C. y la L. H. de 1909 tuvieron un recíproco comportamiento caballeresco muy curioso. El C. C. no sólo mantuvo la protección del tercero frente a los retractos legales en los mismos términos que la L. H. de 1861, según opinaron acertadamente Manresa, Mucius Scaevola y el Tribunal Supremo, sino que con su perentorio plazo de nueve días, a contar de la inscripción (1.524 y 1.638), dejaba, prácticamente, libre de retractos a la propiedad inscrita (20). El Código, en aras de los principios hipote-

(18) La posición de Roca sacando las acciones de retracto legal de las excepciones al principio de fe pública, para colocarlas como limitaciones legales o estatutarias del dominio en regiones inaccesibles a dicho principio, es evidente prueba de que los defensores del tercero están en retirada. Creyendo inútil la defensa del tercero, Roca se conforma con cubrir las apariencias, evitando que surja una excepción al principio de fe pública. Pero ya dijimos que este remedio es peor que la enfermedad.

(19) Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(20) Probablemente le induciría a esto su animadversión a los retractos, lógica en un Código individualista y de tónica liberal; pero la consecuencia era que al regular los retractos de colindantes y comuneros, parecía buscar el fomento de la inscripción de la pequeña propiedad y de las fincas indivisas, más que combatir el minifundio y las proindivisiones. Y no debían olvidar

carios, sacrificaba los mismos retractos que él creaba. Para no ser menos, la ley de 1909, sacrificó a sus hijos predilectos, los terceros, en holocausto a los retractos legales, velando por los intereses de los retrayentes, con celo que el Código estaba muy lejos de sentir. Se impone, después de descubrirse ante tan magníficas cortesías, tratar de remediar las lamentables consecuencias de esas recíprocas hecatombes y encontrar una fórmula, si la hay, para coordinar la efectividad de los retractos con la protección de los terceros.

C) *Sobre cómo la Ley Hipotecaria de 1861 siguió vigente muchos años después de ser reformada por la de 1909. (La reserva autenticada de la acción de retracto enfitéutico en Cataluña).*—

En el retracto enfitéutico en Cataluña se venía desde antiguo comprendiendo que su mecánica, menos obstaculizadora del tráfico, era que el dueño directo diera su consentimiento a las enajenaciones del dominio útil, si no deseaba utilizar su derecho de «fadiga». Una R. O. de 7 de noviembre de 1864 dijo que cuando por motivos atendibles no haya podido el dueño directo aprobar la escritura de enajenación, los derechos de laudemio y «fatiga» quedarán salvados, expresándose así en el documento y en el Registro, en la forma expresada por la L. H., respecto de los títulos que contienen cláusula resolutoria.

Los efectos registrales del retracto no pueden ser más perfecta y sencillamente regulados que en este viejo texto legal: o retracto desaparecido por consentimiento del retrayente o reserva autenticada en el Registro.

Este sistema es respetado por las Resoluciones de la Dirección de 16 de mayo de 1889; 20 y 22 de octubre de 1898; 16 de enero de 1905, y 24 de agosto de 1915. Así, vemos cómo la primera de ellas dice: la enajenación del dominio útil hecha sin la aprobación del señor del dominio directo adolece de un defecto subsanable; pero será inscribible si por motivos justos y valederos no se hubiese obtenido esta aprobación, siempre que en tal caso queden a salvo en el documento y en la inscripción los derechos del dueño directo.

nunca este comportamiento del Código Civil quienes en cualquier forma quieren valerse del venerable texto para menguar efectos o restar méritos al Registro de la Propiedad.

Pero pasa el tiempo. Se va olvidando lo discutible del giro dado por la reforma hipotecaria de 1909 sobre los efectos contra terceros de las acciones de retracto; se inicia la tendencia de las escrituras y los asientos registrales concisos, de que todo esté en la ley y casi nada en los títulos, y llegamos a la Ley de Censos de Cataluña de 31 de diciembre de 1945, que, despreciando el criterio de aquella R. O. y de la acertada jurisprudencia de la Dirección, que supo resistir varios años después de haberse cambiado de criterio por la L. H., dice en su art. 41: «El censatario podrá enajenar libremente la finca censada sin necesidad de manifestar que deja a salvo los derechos de los censualistas.» Desaparece así la cláusula inscribible de reserva, encaminada a percibir a los terceros, e introducido el sistema confusionista y rígido de que los retractos legales, por tener una publicidad derivada de la ley misma, muy superior a la que el Registro..., etcétera, etc.

D) *Sobre cómo la jurisprudencia no es culpable de la postergación del principio de publicidad en materia de retractos.*— No hacemos tema de este trabajo el derecho positivo sobre la eficacia contra tercero de las acciones de retracto en general. Por ello dejamos para mejor ocasión el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros sobre la materia. Pero si haremos una ligera referencia a algunas sentencias y resoluciones que han obligado a forcejear a los Tribunales en colisiones de intereses entre retrayentes y terceros.

En primer lugar, destacaremos que el Tribunal Supremo aceptó sin ninguna reserva mental el criterio de la ley de 1861 hasta su derogación por la ley de 1909. No es la última en este sentido la de 3 de enero de 1901, según la cual la acción de retracto no puede prosperar contra tercero (21).

Cuando más adelante se desorbitan las consecuencias de que se estime el derecho de retracto como un derecho real, la jurisprudencia del Tribunal Supremo inicia la protección de los subadquirentes por el único camino que el nuevo criterio legal le

(21) Así la sentencia de 11 de febrero de 1911 dijo que, expropiada legalmente la finca al comprador antes de la contestación, no cabe el retracto de aquella.

dejaba: exigir que la demanda se amplie a los terceros o que se entable nueva demanda contra ellos, considerando inatacable su adquisición en tanto no sean vencidos en juicio.

Y aun aquellas sentencias en que los tratadistas se apoyan para afirmar la vulnerabilidad de los subadquirentes por las acciones de retracto, no demuestran que el Supremo esté tan entusiasmado como la doctrina con esa idea. Ejemplo de ello es la sentencia de 11 de noviembre de 1947, cuando habla de una subrogación del retrayente en lugar del adquirente, por lo que la acción ha de dirigirse contra este último, sin perjuicio de «que se amplie a los adquirente posteriores, *a fin de que consientan aquella subrogación*».

Muchas sentencias nos prueban que el Tribunal Supremo, en la mayor parte de los casos debatidos, destaca la acción de retracto contra los subadquirentes para salir al paso de maquinaciones fraudulentas, más que basándose en fundamentos institucionales del retracto. Así, la de 4 de julio de 1956, en que paladinamente confiesa cómo las sentencias que hacen prevalecer el retracto a toda costa responden a un designio único, que consiste en frustrar cualquier intento de crear situaciones que puedan obstar al normal ejercicio de una acción de retracto intentado y en curso por actos posteriores a la actuación judicial (22).

Es, como vemos, la obsesión de las maquinaciones fraudulentas lo que ha conducido a esta orientación; sin pensar mucho en que las maquinaciones pueden ser también de signo contrario para defraudar a un auténtico subadquirente honrado y de buena fe.

Otro punto flaco de la jurisprudencia dominante es lo poco preciso que queda el papel que juega la anotación de la demanda de retracto en relación con los efectos de la acción contra los terceros adquirentes. Así, una sentencia de 1 de junio de 1956 dice que, hecha tal anotación, queda supeditada la inscripción del comprador de la finca retraída a las consecuencias del momento de la anotación. Y la resolución de la Dirección General de

(22) Continúa diciendo esta sentencia que tales situaciones que se intentan crear, a veces se apoyan en una anómala resolución contractual, otras en el otorgamiento ulterior de una escritura de venta o en la práctica de sucesivas transmisiones con las que intenta complicarse la marcha normal y correcta del proceso.

los Registros de 29 de octubre de 1946, que se planteó, con la máxima gravedad, el problema de los efectos de la anotación de demanda de retracto, llegó a unas consecuencias acaso excesivas, pues parece prescindir de la presencia de los posteriores adquirentes en el juicio de retracto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima necesaria (23).

Repetimos que no queremos aquí entrar a analizar la jurisprudencia sobre los efectos *erga omnes* de los retractos. Nos basta con adelantar por ahora que no es un bloque granítico contra el cual habian de estrellarse todos los intentos de revisar doctrinalmente la posible defensa del tercero hipotecario contra los retractos no resultantes del Registro; sino una serie de casuísticos tanteos encaminados a encontrar la solución justa en el caso concreto, siempre con la mira de salir al paso de fraudes, maquinaciones y artimañas.

E) *La proliferación posterior de retractos*.—El giro dado por la L. H. de 1900 no era muy pernicioso, en tanto que los retractos no se prodigaban. Pero desde entonces han surgido nuevas figuras por doquier, y es preciso reflexionar en serio sobre la forma de coordinar los retractos con la publicidad inmobiliaria.

No es posible hacer aquí una síntesis clasificadora y ordenadora de la larga lista de retractos y tanteos legales que podríamos formar con riesgo de agotar la paciencia. Desperdigados por disposiciones legales y reglamentarias, hay multitud de tanteos y retractos, todos ellos con características, finalidades, requisitos y efectos diferentes.

En primer lugar, encontramos la más completa anarquía en los plazos de caducidad. Desde los nueve días hasta los diez años hay plazos para todos los gustos. Respecto a cómo y cuándo se inicia el plazo de caducidad, no sólo hay varios criterios, sino que, en la mayor parte de los tanteos y retractos, hay grandes vaguedades y dudas. Unas veces el derecho de preferencia sólo se concede como derecho de retracto; otras, solamente como tanteo; otras se conceden el tanteo y el retracto en forma indepen-

(23) Esta resolución entendió que, anotada una demanda de retracto y con posterioridad una hipoteca (otorgada antes de la demanda de retracto), procede la cancelación de la hipoteca sin más que el testimonio de la sentencia favorable al retrayente, dictada sin ser parte el acreedor hipotecario.

diente y sucesiva; otras se conceden el tanteo y el retracto en vía excluyente (el retracto, sólo cuando no se ha podido ejercitar el tanteo). En muchos casos, el mismo juego del derecho de preferencia es lo dudoso, por no estar claro si puede ejercitarse en ambas fases o no. El más desconcertante casuismo reina en materia de los actos originadores del derecho de preferencia: desde el criterio restrictivo de la venta o dación en pago hasta las recientes creaciones, en que el derecho de preferencia se convierte en derecho de adquisición, sin acto traslativo originador, como en la legislación de unidades mínimas, o en el derecho de acceso a la propiedad de las legislaciones de arrendamiento. Todo es vario, incierto, dudoso. El profesional vacila, el pueblo no sabe a qué carta quedarse.

Coyunturas económicas anormales, en connivencia con un determinado aspecto de la sorda lucha del contribuyente contra la presión fiscal, han enrarecido, además, la atmósfera en torno a los retractos, al convertir, en cierto modo, a los retrayentes en agentes del Fisco, y frente a los valores escriturados cortos, con miras de defraudación fiscal, surgen los valores declarados excesivos para alejar a los retrayentes. Se trunca la motivación de los retractos, a la que al principio nos referimos, y se transforman en instrumentos de especulación y en arma de la mala fe.

Las ventajas e inconvenientes de la multiplicación constante de los retractos no siempre son bien ponderadas por el legislador. Pueden ser muy serias las razones sociales que aconsejen la introducción de un derecho de retracto, y no obstante cualquier descuido en la manera de regularlo puede acarrear desastrosas consecuencias y conducir a injustos resultados. Ante todo, es imprescindible no olvidarse de los intereses de la seguridad del tráfico.

Clara muestra de que el legislador va comprendiendo lo delicado de la cuestión, son las vacilaciones, reformas y retoques que las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos presentan en esta materia. La reforma de 1949 en la Ley de Arrendamientos Rústicos, desconectando retracto y Registro, hay que reconocerla lógica si se pretende conceder al arrendatario un derecho serio. Sería la ideal si no fuera por el problema de los subadquirentes y el mito de la eficacia «*erga omnes*» y de los retractos.

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946-47 inicia, entre incorrecciones técnicas y de redacción, un sistema nuevo, aunque no original: el hacer de la notificación al arrendatario un requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La nueva ley sigue por ese camino, en la forma que vamos a ver.

LOS EFECTOS CONTRA TERCERO DEL RETRACTO ARRENDATICIO.

Adolfo Reinach (24) dijo que «ha sido un ingenioso pensamiento poner los derechos absolutos al servicio de las pretensiones relativas». Innecesario aclarar que estaba pensando en la colosal contribución de los derechos reales de garantía al progreso jurídico. Y debemos observar que para la perfecta realización de este ingenioso pensamiento se sintió la necesidad de reforzar el momento publicitario del derecho real. En efecto, el derecho inmobiliario registral se llama hipotecario, porque fueron los derechos reales accesorios y de garantía de pretensiones relativas los que más imperiosamente reclamaron una publicidad efectiva.

Los creadores de los retractos arrendaticios fueron demasiado lejos en ese ingenioso pensamiento de poner los derechos reales al servicio de las relaciones meramente obligatorias. A través de una serie de razonamientos confusos, apresuradamente hechos en una coyuntura jurídica de emergencia, nos hemos encontrado de la noche a la mañana con unos derechos reales sin publicidad, completamente clandestinos y derivados de un derecho personal, cual el del arrendatario, asimismo carente de publicidad.

Nos llevaría muy lejos tratar de hacer la disección de los equívocos y confusionismos que han llevado a tal situación. Sólo apuntaremos uno de ellos, que por cierto se baraja poco cuando se filosofa sobre la naturaleza personal o real del arriendo: la subconsciente idea de que la posesión real e inmediata del arrendatario es sobrado elemento de publicidad de la relación jurídica arrendaticia y de sus facultades derivadas, cual el retracto. Pero esta idea es totalmente falsa.

Nos tenemos que limitar aquí: 1.º A desear que pronto se vuelva a plantear con serenidad y sin prejuicios la cuestión de la

(24) *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, pág. 54.

inscribibilidad del arrendamiento; que no se continúe fortaleciendo día a día las características *erga omnes* de esta figura, al margen del régimen general de los derechos reales inmobiliarios, y que no se piense siempre que el fracaso del régimen formalista y publicitario de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 obedeció a causas fatales y permanentes de nuestro agro, ni que el art. 2.º de la ley de 23 de julio de 1942 es un río sin retorno. 2.º A hacer una breve síntesis de las varias soluciones posibles al problema de los efectos *erga omnes* de los retractos arrendaticios.

Estas soluciones son las siguientes:

a) Conceder efectos contra terceros al retracto arrendaticio; pero hacer de la inscripción en el Registro el momento de iniciación del plazo de caducidad del retracto. Es el sistema del Código Civil. Su perfeccionamiento sería que, a partir de la inscripción, hubiese otro plazo más largo que el de caducidad, pasado el cual la demanda entablada no pudiese perjudicar al tercero que inscriba antes de la anotación de la demanda (25).

b) No conceder «efectos *erga omnes*» más que a los retractos procedentes de arrendamientos inscritos o anotados en el Registro y sólo cuando en la inscripción conste la reserva autenticada de no haber consentido el arrendatario la transmisión ni haberse justificado la notificación al mismo seguida del transcurso de un plazo.

c) Conceder efectos contra terceros al retracto, aun sin arrendamiento inscrito o anotado, pero siempre que conste la expresada reserva autenticada, que se haría siempre que, faltando dichos consentimiento o notificación, no haya manifestación jurada del transmitente de no existir arrendamiento.

(25) Todavía se ha defendido la solución del Código Civil al elaborarse la vigente L. A. U. Una enmienda del señor Laguna Azorin pedía que se hiciese expresa referencia al art. 1.524 del Código, para que no quedase *sine die* «pendiente el ejercicio del retracto, con los inconvenientes subsiguientes a la inestabilidad de la propiedad». Se opuso a esto, que interesa que comience a contarse el plazo cuando efectivamente tenga el arrendatario conocimiento de la transmisión.

d) Conceder efectos contra tercero al retracto; pero suspender la inscripción de la transmisión mientras falte el consentimiento o notificación al arrendatario, seguida ésta de un plazo, salvo manifestación jurada del tranmitente, de no existir arrendatario.

e) No conceder efectos contra terceros al retracto; pero suspendiendo la inscripción en los mismos términos que en el caso anterior.

Todas estas soluciones, y otras cualesquiera que pudiesen idear, tienen sus ventajas e inconvenientes. El legislador no deja de vacilar y no acierta a decidirse.

La coordinación de Registro y retractos debe partir de la separación tajante a que la Exposición de Motivos de la ley de 1861 se refería: relaciones *inter partes* (vendedor, comprador y retrayente) y relaciones frente al tercero hipotecario.

Por ello no soy partidario de centrar toda la problemática de la cuestión en la iniciación del plazo de caducidad del retracto ni de defender que en esa iniciación intervenga la inscripción registral.

El retracto legal debe estar sometido a un corto plazo de vida: el razonable para decidirse por comer las berzas o dejarlas comer. Momento de iniciación del plazo de caducidad debe ser, pues, el conocimiento de la transmisión por el retrayente, ya sea este conocimiento espontáneo o provocado por la *denuntiatio*.

Ahora bien: la prevalencia cada vez mayor del principio de seguridad jurídica sobre la justicia misma y los inconvenientes de la notificación irregular que deja las situaciones jurídicas (en nuestro caso el dominio) a merced de una incierta y difícil prueba del conocimiento, han llegado a imponer la necesidad de notificaciones auténticas.

El Código Civil, nacido en tiempos que veían en el Registro de la Propiedad una institución de publicidad inmobiliaria completa y perfecta, digna de toda protección y robustez, y confundiendo la publicidad encaminada al tercero futuro e indeterminado con la *denuntiatio* a persona determinada y con derecho a ella, llegó a la conclusión precipitada y simplista de que si el re-

trayente podía conocer por el Registro la transmisión, el plazo para retraer empezaba a correr desde la fecha de la inscripción, identificando así el poder conocer con el deber conocer, ni más ni menos que el art. 2.º del Código en materia de publicidad de las leyes.

No ignoro la posible defensa del criterio del Código, si es que necesita alguna, pues al fin y al cabo es el de la ley civil fundamental. Sé que hay muchos, especialmente entre mis compañeros, que no se cansan de alabarle por cuanto estima y valora la misión y efectos del Registro. Es verdad que siendo el Registro medio oficial de publicidad inmobiliaria, no hay por qué darle menos valor y sonoridad que a aquellas publicaciones al toque de campanas y *robrationes* a la «colación exida de la misa», que en los antiguos Fueros avisaban a los propincuos tronqueros para ejercitar sus retractos. Pero yo nunca me he atrevido a hacer la defensa de los arts. 1.524 y 1.638 del Código, que no dejan al que en serio piense en su derecho de retracto más solución que conseguir un empleo en el Registro, renunciando a toda vocación y enfermedad, pues con ocho días que falté puede todo haber pasado (26).

Suprimanse los retractos en buena hora si se cree que más dañan que benefician; pero concederlos en forma que sean tan fácilmente burlables y complicar en la burla a una institución que goza de seriedad y prestigio, es inaceptable. Con razón puede hablarse aquí del Registro como burladero y defensa de la argucia.

Inter partes, el Registro no tiene nada que hacer, y transmitente, adquirente y retrayente son partes en la compleja relación retractual, de la misma manera que lo son el deudor y los acreedores cedente y cesionario, aunque también aquí se haya defendido que la inscripción de la cesión pueda hacer las veces de notificación al deudor.

Si se quiere que la publicidad registral juegue entre adquirente y retrayente, habría de ser por el camino de hacer el arrendamiento acto inscribible, y la intervención del arrendatario inscrito necesaria para purificar del derecho de retracto la transmisión;

(26) Cossío dice que en este caso la publicidad del Registro es más teórica que práctica, y añade que el retrayente se encontrará siempre fuera del plazo, a no ser que tenga montado un servicio de escucha permanente, y no siempre seguro y económico, en las oficinas del Registro.

pero, puesto que se ha elegido el camino de hacer del arrendamiento un derecho suprarreal sobre la base de elementos puramente fácticos y ajenos a la publicidad registral, lo lógico es dejar el retracto, derecho filial del arrendaticio, fuera también de la mecánica del Registro y dependiendo sólo de la notificación fehaciente de la transmisión.

Pero, en definitiva, retracto y Registro tienen que ponerse frente a frente en el caso de que surja el auténtico tercero, es decir, el subadquirente, en relación con el retracto originado por la adquisición anterior. Ya sabemos que la Ley Hipotecaria de 1909 sacrificó de antemano también a este auténtico tercero, pues indudablemente se refiere a él cuando dice que las acciones de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen, se darán contra tercero. Sabemos también que el Código, con su plazo perentorio, garantizaba totalmente al subadquirente, pues nueve días pasan pronto; pero el problema no queda resuelto con soluciones imprecisas y poco rigurosas, y es necesario abordarlo en su totalidad.

Cada vez es más urgente la formación de una doctrina jurídica unificada sobre los retractos legales en relación con los terceros adquirentes; pues en la actualidad hay una porción de criterios contradictorios derivados de la frondosa variedad con que se estructuran los retractos en las relaciones *inter partes*. Los retractos de comuneros y colindantes siguen un sistema; el enfiteútico, otro parecido pero no igual; el del arrendatario rústico, otro; el neo-retracto de colindantes de la ley de unidades mínimas, otro; el retracto del Patrimonio forestal, otro; el de la propiedad horizontal, otro, y, en fin, el retracto arrendaticio urbano, otro, que, bueno o malo, quiera Dios que sea el último y el definitivo en torno del cual se pueda construir pronto la doctrina correcta y refundir todos los demás.

Esta unificación de la doctrina jurídica de los retractos y sus efectos respecto de terceros, tiene necesariamente que edificarse sobre la derogación del apartado 3.º del art. 37 de la Ley Hipotecaria. Este apartado no ha sido excesivamente perturbador, mientras el Código Civil tenía prácticamente excluidos los retractos para la propiedad inscrita; pero no resiste la crítica tan pronto como se han establecido retractos serios y que se pretende que

sean efectivos. Para conseguir a la vez que el titular de un retracto legal esté protegido con una acción real *erga omnes*, cosa imprescindible si se quiere que sirvan para algo, y que la protección del tercero hipotecario no se nos esfume y el Registro se quede sni su fundamental «para qué», es preciso encontrar una fórmula transaccional lo más sencilla posible.

Repetimos que esta fórmula tiene que prescindir del art. 37, ap. 3.º, El subadquirente, frente a una acción de retracto, nacida no de su adquisición, sino de otra anterior, que debe gozar en principio de la protección del art. 34 de la ley. La norma instauradora de un retracto es publicidad normalmente bastante para el adquirente, y allí donde haya peligro de que por si no lo sea, ella misma debe proporcionar al adquirente la forma de conocer si existe el retracto (27), pero varía mucho la cuestión para el subadquirente; es abusivo cargar a éste con la obligación de una complicada encuesta o investigación para descubrir ignorados y remotos retracts latentes procedentes de enajenaciones anteriores, y tiene perfecto derecho a que el Registro le garantice y le proporcione, no indicios para esa complicada encuesta, sino la seguridad de que si el retracto no consta en el Registro no debe afectarle.

El caso es que la L. A. U. de 1946, aunque en forma casi ininteligible y que ocasionó numerosas dudas, se lanzó por el camino de la suspensión de la inscripción.

No vamos a hacer ninguna referencia a los problemas que planteaba la indescifrable redacción del último párrafo del art. 64 de la ley anterior en relación con el art. 69 de la misma (28). Tam-

(27) De aquí que la primera preocupación de toda norma instauradora de un retracto legal es instaurarlo con una claridad excepcional en cuanto a sus presupuestos. Los retracts de comuneros, de colindantes y enfitéutico no podían ofrecer la menor duda al adquirente, especialmente en el de comuneros, y, en el enfitéutico, con el Registro y el Código tiene bastante; pero el arrendaticio, por ejemplo, es cosa más complicada, porque primero hay que saber si hay arrendatario o no, y luego si éste goza de retracto o no, y ya vimos que todo son dudas en esta materia. Algo se ha conseguido, no obstante, si triunfa el criterio restrictivo de la sentencia de 17-5-55, su materia interpretativa de que hablamos en la nota (6) del cap. 1.º de este trabajo, pág. 774 del núm. 354-355 (nov.-dic. 1957).

(28) En brevisima síntesis, por ser materia sobradamente conocida, las opiniones que podemos llamar notariales sobre el párrafo último del art. 64 y el art. 69, donde la L. A. U. anterior, se polarizaron en:

a) Interpretación literal o del doble cómputo: cómputo principal a partir de la inscripción, y cómputo subsidiario a partir del conocimiento de la trans-

poco vamos a referirnos a las soluciones que la legislación ha seguido en otras figuras de retracto.

Vamos a limitarnos al art. 55 de la nueva ley, haciendo una ligera referencia a su gestación y un breve comentario. Si al llegar aquí nos atreviésemos a decir que el art. 55 da pie para defender que la L. A. U. se ha mostrado partidaria de que el retracto arrendaticio urbano no perjudique a terceros, posiblemente la mayor parte de mis lectores no seguirían adelante para evitarse leer tonterías. Por eso no nos atrevemos a ello y lo dejamos para decirlo al final, cuando ya no tenga remedio.

Lo que a continuación decimos sobre las posiciones mantenidas por los Procuradores Cortiñas y Poveda, en las discusiones en las Cortes, son meras suposiciones e imaginaciones mías. No me he atrevido a molestar a estos compañeros para tratar de sacarles sus verdaderas opiniones sobre la cuestión debatida. Solamente el contenido aproximado de la enmienda Cortiñas tiene un minimum de certeza.

LA GESTACIÓN DEL ART. 55 DE LA L. A. U. VIGENTE

Este artículo no figuraba en el texto del proyecto de Ley de Bases de reforma de la legislación de Arrendamientos Urbanos. Probablemente la postura de la Comisión fuese el seguir las líneas de orientación dadas por la legislación de arrendamientos rústicos que desconectó totalmente el retracto arrendaticio del Regis-

mión; pero como actúan independientes se da la consecuencia peregrina de que la inscripción puede hacer revivir un retracto caducado e iniciar un nuevo plazo.

b) Interpretación lógica. Ambos inicios del cómputo son independientes, pero, abierto el plazo por cualquiera de ellos, ya no se vuelve a cerrar, y como la notificación debe preceder a la inscripción, será el conocimiento el verdadero y único momento inicial del plazo.

Desde otro punto de vista, las opiniones que podemos llamar registrales desembocaron en otras dos posturas:

a) La falta de notificación impide la inscripción, porque esto parece que quiere decir el art. 64.

b) La falta de notificación no impide la inscripción, porque nadie es capaz de saber lo que el art. 64 quiere decir.

Para un estudio ya afortunadamente retrospectivo del problema, ver: Ríos Mosquera, «Rev. Crít. de Der. In.», año 1950, pág. 832, y sentencia de 7 de julio de 1948.

tro de la Propiedad. Acaso pensó la Comisión que lo mejor era no considerar la inscripción como momento inicial del plazo de caducidad de la acción de retracto; pero tampoco hacer de la falta de notificación impedimento para la inscripción de la transmisión.

Pero el Procurador señor Cortiñas presentó una enmienda que fué admitida, y que con ligeros retoques, que a continuación destacaremos, pasó a formar parte de la Ley de Bases, y luego a ser el art. 55 del texto refundido.

Los razonamientos del señor Cortiñas no dejan de ser a primera vista convincentes. Decía aproximadamente en su propuesta de enmienda que si el título fuera inscribible, no habiéndose notificado al inquilino, éste, en cualquier momento y sin sujeción a plazo alguno, podría hacer uso del derecho de retraer, pudiendo pasar para ese ejercicio no sólo meses, sino años, dejando por ello a estas adquisiciones en un estado de inestabilidad contrarias a la garantía jurídica que necesitan las relaciones inmobiliarias y prestándose a la mala fe del inquilino en el caso de que, revalorizada la propiedad, pasados años ejerciese el retracto, alegando que no se le había hecho notificación fehaciente.

Fueron inútiles las argumentaciones contrarias del señor Poveda. La enmienda del señor Cortiñas tuvo la habilidad de escurdarse contra toda argumentación, describiendo con gruesos rasgos el posible caso de mala fe y maquinación fraudulenta del inquilino si la falta de notificación no se hacía circunstancia impositiva de la inscripción. No hacía falta más: el *leit motiv* de la legislación de arrendamientos urbanos es la persecución azarosa y por mil vericuetos de los arrendadores y arrendatarios torticeros.

Suponemos cuáles serían las argumentaciones de Poveda en contra de la enmienda: La situación del arrendatario no notificado nada mejora con paralizar la inscripción; antes bien, se le priva de un fácil medio de tener conocimiento de la transmisión oculta. La situación del adquirente respecto del retracto tampoco se altera, pues nadie mejor que él puede obtener información sobre si hay arrendatario con derecho a retracto y si ha sido o no notificado; sabiendo que la inscripción no afecta al retracto, ya procurará que se haga la notificación. Por cualquier lado que se mire es más razonable el criterio de la inscripción que el de la suspensión, ponderando bien los intereses en juego de vendedor, com-

prador y arrendatario. Basta pensar que la exigencia de la notificación fehaciente como requisito formal necesario tiene el juego de una exacción semifiscal, en el caso en que todos los interesados tengan mutua confianza en su palabra de caballeros o de hombres de bien. Pero el imaginar que todavía pueda haber casos de éstos, como el imaginar que haya casos en que los gastos de una notificación fehaciente constituyan algo no tan despreciable y un montón de circunstancias más, favorables a la tesis de la inscribibilidad sin notificación, era patrimonio exclusivo de un funcionario rural como el señor Poveda, eran ya cosas olvidadas por el señor Cortiñas y tenían que sonar a cuentos de Calleja, a quienes sólo enfocaban el problema pensando en las grandes casas de la gran urbe.

De todas maneras, el Señor Cortiñas tenía su parte de razón; pero al argumentar su enmienda parecía no darse cuenta de ello. Cuando decía que estas adquisiciones (las originantes del retracto, no notificadas) se dejaban en un estado de inestabilidad contrarias a las garantías jurídicas que las relaciones inmobiliarias necesitan; cuando después expone como argumento de Aquiles el de la posibilidad de que un arrendatario con notificación no fehaciente pueda llevar su maldad al extremo de ejercitar el retracto cuando pasados años le suponga un pingüe negocio; y cuando en su enmienda se conforma con la notificación para que la inscripción pueda practicarse, y no exige la notificación más el transcurso del plazo de retracto, nos demuestra de una manera clara que la parte de razón que su enmienda tenía había quedado en el subconsciente del señor Cortiñas.

Mucho nos tememos que en la polémica Cortiñas-Poveda no saliera a relucir el tercero hipotecario. Si no salió a relucir y no se separó de manera radical la posición del adquirente y la posición del subadquirente, tendrán que convenir conmigo ambos en que su discusión era estéril.

En resumen, la admisión de la enmienda del señor Cortiñas fué la obra del tercero hipotecario, aunque nadie se diese cuenta de su presencia.

Los retoques que se introdujeron en la enmienda de Cortiñas fueron:

— Correcciones de mero estilo y sintaxis que carecen de trascendencia.

— Una de más trascendencia consistente en lo siguiente: La enmienda decía que deberán haberse practicado «cualquiera de las notificaciones prevenidas en los párrafos 1.º y 2.º de esta Base, para poderse inscribir». Es decir, que era suficiente cualquiera de las dos notificaciones, o bien la para tanteo o bien la para retracto; sólo faltando ambas se suspendía la inscripción. Ello es una prueba de que Cortiñas no se planteó el problema del tercero hipotecario, ya que para que éste pueda alegar en su día que transmisión inscrita es equivalente a transmisión purificada de todo posible retracto (aun prescindiendo de los problemas del art. 49), será necesario apoyar la inscripción en la notificación para retracto, pues siempre cabe que arrendatario y Juez discrepen de la opinión del Registrador sobre la concordancia entre la notificación para tanteo y la transmisión efectuada, o sobre si la notificación contenía todos los requisitos exigidos.

El texto del art. 55, variando la redacción, exige, para inscribir, el que se justifique que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los arts. 47 y 48, con los requisitos exigidos, y al final del artículo, para convertir la anotación en inscripción, exige que se acredite «haberse practicado las notificaciones».

La redacción es menos clara que en la enmienda. En otro lugar defenderemos la conveniencia de interpretar que la notificación para retracto es imprescindible, o al menos conveniente.

Terminamos esta reseña de la génesis del art. 55 destacando cómo Poveda tenía también razón cuando defendió el criterio de la inscribibilidad, si bien con la toma de razón de no haberse notificado la transferencia. Cualquiera que fuese el mayor o menor hincapié que hiciese en separar la posición del primer adquirente y del subadquirente, dicha solución es la más correcta y conveniente en tanto que no haya manera de librar al tercero hipotecario de los nefastos efectos *erga omnes* de las acciones de retracto legal.

GLOSA DEL ART. 55 DE LA L. A. U.

Cualquiera que sea la regulación futura que se consiga para que los retractos legales obstaculicen lo menos posible el tráfico inmobiliario, de momento, tratándose del arrendaticio urbano, te-

nemos que conformarnos con el art. 55 (29), e incluso reconocer que con él están las cosas por lo menos más claras que con el párrafo último del antiguo 64. No podemos decir lo mismo en cuanto al párrafo 2.º del art. 55, que se ha limitado a sustituir las palabras «vendido» y «vendedor», por las de «transmitido» y «transmitente», conservando la absurda redacción del precepto.

A) La regulación actual, por criticable que sea, no ofrece duda: la falta de justificación al Registrador de haber tenido lugar las notificaciones para tanteo y retracto es un defecto subsanable que origina la suspensión de la inscripción de la escritura translativa del piso, local o finca, y que permite al interesado solicitar la anotación preventiva del núm. 9.º del art. 42 de la Ley Hipotecaria.

La subsanación de este defecto consistirá en justificar, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva o de sus prórrogas en su caso, que se han practicado dichas notificaciones en forma legal.

Si las notificaciones se han practicado y su justificación se verifica oportunamente, la inscripción se practica sin necesidad de hacer constar en el asiento ninguna circunstancia relativa al arrendamiento, al arrendatario, a la notificación ni al derecho de retracto. Esto no nos ofrece duda alguna y nos parece muy peligroso que a través de más o menos extensas referencias a tales circunstancias en los asientos, referencias que, por muy bienintencionadas e inocuas que parezcan, siempre supondrán oficiosidades presididas por el más variado y anárquico criterio, se prejuzgue la futura regulación coordinadora de retracto y Registro, y lo que es peor, se induzca con ellas a que el tercer adquirente crea que si

(29) El art. 55 de la L. A. U. dice así: «1. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas a que se refiere este capítulo, deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los arts. 47 y 48, con los requisitos exigidos. La falta de justificación constituye defecto subsanable, con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si dentro de dicho plazo de vigencia se acreditare haberse practicado las notificaciones en forma legal.

2. Cuando el piso transmitido no estuviere arrendado, para que sea inscribible la adquisición, deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público.»

faltan debe encontrarse protegido contra el retracto, aún no caducado.

Las notificaciones prevenidas en los arts. 47 y 48 de la ley, requisito para la inscripción de toda transmisión de piso, local o finca urbana originadora de tanteo y retracto arrendaticio, ofrecen los siguientes puntos, dudosos en su regulación:

I.—Forma de las notificaciones. Es problema fundamentalmente notarial. Existe un destacable cambio terminológico en la nueva L. A. U. Antes se hablaba de forma auténtica en la notificación para tanteo, y por conducto notarial en la notificación para retracto. Ahora se habla de notificación en forma fehaciente en una y en otra.

Dejamos para mejor ocasión entrar en este problema, que nos llevaría muy lejos si lo enfocamos desde la distinción entre forma y prueba (30).

Estudiado en su respectivo lugar el contenido de las notificaciones para tanteo y para retracto, y desistiendo de entrar en la posible interpretación extensiva de la frase, forma fehaciente que permita considerar tales otras más que la normal de acta notarial de notificación, sólo diremos que tratándose de la notificación para retracto, disponiendo el art. 48, 2 *in fine*, que se haga mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada la transmisión, carece de interés el matizar entre condiciones esenciales y no esenciales de la misma, ya que por tal copia el arrendatario tendrá conocimiento de unas y otras.

II.—Una duda importante que nos ha planteado el art. 55, 1, es la de si para conseguir la inscripción en el Registro hacen falta en todo caso dos notificaciones, la de tanteo y la de retracto, o puede bastar con una sola.

El texto literal dice: «Deberán justificarse que han tenido lugar

(30) Es curioso que el legislador, tan reactio a imponer la forma fehaciente o notarial para la transmisión de inmuebles y derechos reales inmobiliarios, no vacile en imponerla en actos accesorios, meros presupuestos del ejercicio de derechos (accesorios a su vez a otros no reales ni constituidos en forma fehaciente) que entran en actividad por una transmisión frecuentemente no fehaciente. Estamos ante un caso más del olvido o desconocimiento de la realidad del tráfico inmobiliario de extensas zonas rurales, no por lamentable menos realidad, y ante una prueba más de que la legislación de arrendamientos se hace siempre con los ojos puestos en las grandes ciudades.

en sus respectivos casos las notificaciones prevenidas en los artículos 47 (notificación para tanteo) y 48 (notificación para retracto); y al final del apartado se vuelve a decir: «haberse practicado las notificaciones».

Parece, pues, exigir que se presenten las dos; pero las palabras «en sus respectivos casos», querran decir algo, y viéndonos obligados a aventurar lo que quieren decir, creemos que puede ser lo siguiente:

1.º Que la notificación para retracto es por sí sola suficiente en todo caso. Así se venía entendiendo incluso cuando el plazo para retraer era distinto, según hubiera habido o no preaviso para tanteo, y con mayor motivo ahora, en que no hay tal distinción de plazo, sino ausencia de retracto, si se ha despreciado el tanteo.

2.º Que la notificación para tanteo puede ser suficiente en el caso de que la transmisión se haya hecho en términos idénticos a los notificados para tanteo. El Registrador está facultado para calificar este extremo a la vista de los documentos presentados, y puede inscribir con la notificación para tanteo si la estima suficiente. Pero si el preaviso para tanteo fuese incompleto, o el precio de la transmisión resultare inferior al notificado, o menos onerosas las restantes condiciones esenciales, o la persona del comprador fuere distinta, o cuando cualquiera de estas cosas le ofreciera duda, deberá exigir la notificación segunda para retracto.

3.º Que no es suficiente la notificación para tanteo, aunque sea coincidente en la transmisión efectuada, si ésta se ha hecho después de transcurridos los ciento ochenta días del art. 149 de la L. A. U.

El interpretar que en todo caso se precisa las dos notificaciones, conduce a restar méritos a la gran ventaja de la nueva ley, que consiste en no conceder el retracto cuando se hizo el preaviso y la transmisión en los términos avisados. Y no conducen necesariamente a esta interpretación los arts. 48, 2 y 53, 2, según los cuales la notificación segunda deberá hacerse en todo caso y es siempre obligatoria, porque, a pesar de todo, esta obligatoriedad es muy relativa, pues si la transmisión se ha realizado en los términos preavisados, el retracto no surge y la consecuencia de la falta de

notificación para retracto (el no iniciarse el plazo para retraer) no puede surgir. A los efectos de la acción impugnatoria, si tiene transcendencia la segunda notificación, pues sea o no criticable, el plazo de caducidad se inicia en todo caso con ella, siendo el preaviso indiferente; pero ya veremos los limitados efectos, que en ningún momento afectan al tercero ni tienen por qué tener transcendencia registral de la acción impugnatoria.

4.º Que, sin embargo, la doctrina anteriormente expuesta, según la cual, a los efectos de la inscripción puede prescindirse en algún caso de la notificación segunda o para retracto, no es de momento aconsejable, en tanto que no se consiga del legislador o de la jurisprudencia reducir el art. 49 a sus justos límites. Mientras no sepamos cuáles sean las consecuencias de la vulneración de la prohibición de transmitir en dos años desde la primera notificación para tanteo, es preferible exigir en todo caso la notificación para retracto, pues si, como es muy posible, la consecuencia de tal vulneración es concederse el retracto no obstante haber habido una segunda notificación para tanteo y ser la transmisión coincidente con ella, el Registrador no tiene medio de apreciar si la notificación es segunda, habiendo otra primera de menos de dos años de antigüedad.

III.—Otro motivo de crítica del art. 55 es el haber centrado la posibilidad de inscripción en la notificación, sin percatarse de que no es lo mismo transmisión notificada que retracto caducado. Este descuido afecta directamente a la finalidad última del precepto, que no es otra que coordinar los intereses de retrayentes y terceros.

La ley, con criterio maltusiano, no ha sabido encontrar mejor sistema para proteger al tercer adquirente y preocuparse por él, que impedirle que nazca. La idea no es nueva (31); ni prácticamente es del todo mala, aunque teóricamente parezca excesiva.

Pero este sistema de protección del tercero no se ha formulado correctamente. Para una perfecta garantía del tercer adquirente hay que impedirle nacer; pero si se le deja nacer ya no es lícito asesinarle. Y esto es lo que permite la ley, al contentarse con

(31) Las leyes alemanas de Patrimonios familiares y de Colonización paralizaban la inscripción en tanto no se demostrase al Registrador el no ejercicio del tanteo.

la notificación, para inscribir. Esto no es suficiente, porque durante sesenta días, a contar de la notificación, está la finca gravada con una carga oculta, de la cual no hay suficiente constancia en el Registro, pues ningún precepto ordena al Registrador hacer constar nada referente al inquilino, a su notificación ni a la fecha de ésta. Si suponemos que tales constancias son necesarias, desaparecen todas las ventajas del sistema de suspender la inscripción, ya que ésta, presentada la notificación, habría de ir cargada de circunstancias orientadoras sobre el posible retracto, de todas maneras insuficientes para que el tercero tenga seguridad de que no hay ya en marcha una demanda de retracto contra su transmitente.

El tercero necesita tener certeza de si sobre la finca pesa una acción de retracto legal aún viva, de tal manera que no pueda afectarle la que no conste expresamente en el Registro. Para ello no basta con hacer de la notificación requisito previo de la inscripción, sino detener ésta durante un plazo, a contar de aquélla (plazo ligeramente superior al de caducidad del retracto), y transcurrido el cual, el tercero no resulte afectado por la acción de retracto, salvo que a su inscripción se anteponga la anotación de la demanda de retracto.

No aseguramos que de esta manera el sistema de la paralización de la inscripción registral fuese el más conveniente. En especial no queremos inclinarnos a su favor, contra el de inscripción con la reserva autenticada de un posible retracto, por no haberse justificado la notificación. Por otra parte, aunque se adopte el de inscripción con reserva, tampoco puede la calificación del Registrador descansar en la notificación para hacer la inscripción sin reserva, pues para ello haría falta también notificación y transcurso de un plazo. Y, naturalmente, intangibilidad del tercero por el retracto, salvo que se le anteponga la anotación de la demanda.

Y como la Exposición de Motivos de la ley del 61, no nos cansamos de repetir que, cuando hablamos de terceros, no nos referimos al primer comprador, cuya inscripción se paraliza, sino al que de éste adquiere y después de él inscribe.

En resumen, creemos que el mecanismo del art. 55, en cuanto se salven sus imperfecciones, puede llevar a la ansiada solución. Especialmente si llegamos a convencernos de que en cierto modo

ha venido a rectificar el precepto del art. 37, apartado 3.º, de la Ley Hipotecaria, como vamos a ver más claramente al tratar a continuación del caso de manifestación falsa del transmitente sobre la existencia de arrendatario.

B) La crítica del segundo apartado del art. 55 debe ser desfavorable. No se han advertido los defectos de la ley anterior, de la que se ha copiado este segundo párrafo.

a) En primer lugar, es gramaticalmente incorrecto. Literalmente sanciona con la pena de la falsedad en documento público al transmitente que guarda silencio cuando el piso en la realidad no está arrendado, y acaso también al que diga que está arrendado sin estarlo. En cambio, deja sin pena al transmitente que declare que no está arrendado y al que guarde silencio cuando el piso en la realidad esté alquilado. A pesar de esta detestable redacción, hay que entender que ha querido ordenar al transmitente que declare si el piso está arrendado o no lo está. La falta de esta declaración es ya, sin más, defecto subsanable de la escritura, y la pena de falsedad queda reducida al caso de que se declare que el piso no está arrendado cuando lo esté en la realidad, en el cual no hay obstáculo para practicar la inscripción. Como caso dudoso queda el de que nada se diga, estando en realidad arrendado el piso: no creemos que pueda haber falsedad. De todas maneras la dudosa redacción del apartado 2.º carece de importancia, pues es fácil adivinar lo que quiere decir.

b) Pero el motivo de crítica más grave de este apartado es el haber dejado sin resolver la cuestión fundamental de la contradicción de intereses entre el inquilino y el tercero. Todo el sistema de garantías para coordinar estos intereses se ha querido centrar en el Registro y en la calificación registral; pero, en definitiva, las garantías que se han querido dar al inquilino y a los terceros descansan en las manifestaciones del transmitente y en el Código Penal.

Detrás del corto e imperfecto texto del párrafo 2.º del art. 55 hay un mar de posibilidades. Todo el art. 55 es un claro ejemplo de que la *mens legis* puede ir mucho más allá de la *mens legislatoris*. Para extraer de él todo su sentido hay que considerarle en la plenitud de su finalidad, que no es otra que resolver el conflicto

de intereses entre retrayentes y terceros. Considerado así el párrafo que glosamos, cobra una trascendencia excepcional, no por lo que dice sino por lo que cobardemente ha callado.

¿Qué ocurre cuando existiendo inquilino no notificado el transmitente declare que no lo hay? El arrendatario no notificado no debe perder su acción de retracto contra el adquirente inscrito, no tanto por la eterna cantilena de los efectos *erga omnes* del retracto, como porque no es excesivo ni injusto poner a cargo del adquirente las necesarias averiguaciones sobre la realidad de hecho del arrendamiento. Pero, ¿cuál sería la situación del tercero? ¿Pueden afectar al tercero derechos de retracto derivados de transmisiones acaso muy antiguas, vivos aún por no haberse notificado las mismas y que fueron inscribibles gracias a la falsedad?

Ya vimos que, por un descuido del apartado 1.º del art. 55, el tercero no debe conformarse con la inscripción a favor de su transmitente para considerarse libre del retracto derivado de la adquisición anterior a la suya; pero sí debe conformarse con una averiguación y pesquisa de Registro y realidad de hecho de sesenta días atrás a lo sumo.

Pero si mantenemos, por hipótesis, que los efectos contra terceros de la acción de retracto no se cortan ni siquiera en el caso de inscripción causada por falsedad del trasmitente, el tercero nada consigue con esa relativamente fácil pesquisa o corta espera antes de comprar, sino que para adquirir sin miedo debería remontarse en sus averiguaciones hasta no sabemos cuando.

Este, al parecer insignificante, detalle de no saber cuál es la duración de los retractos derivados de transmisiones no notificadas, es, a mi entender, prueba suficiente de que al art. 55 le ha faltado decir lo mejor y más interesante para solucionar el posible conflicto entre retrayente y tercero.

Dos cosas podía haber dicho (32): 1.º Que la inscripción registral inicia en todo caso, incluso en el de manifestación falsa, de no existir arrendamiento, el plazo de caducidad del retracto.

(32) Para ser sinceros, podía haber dicho también algo parecido a lo que dice el art. 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal (D. de 30 mayo 1941); es decir, señalar un plazo de caducidad para los retractos en caso de falta de notificación y a contar de la fecha de la transmisión. Pero tal cosa, además de inconveniente, no cabe decirla implícitamente ni deducirla por conjeturas como las otras dos a las que en el texto nos referimos.

2.º Que la acción de retracto no se da contra tercero protegido por el art. 34.

No dijo ninguna de los dos: pero alguna de estas dos soluciones tuvo que dar por supuestas de antemano. Todo el tratamiento registral del retracto arrendaticio urbano queda cojo y sin sentido si le privamos de ambas soluciones, y pasamos por unos efectos *erga omnes* y eternos de la acción de retracto del arrendatario no notificado.

La tesis de que es la inscripción, la que inicia el plazo de sesenta días de caducidad del retracto para el caso de falsedad del transmitente, es la más sencilla y la que parece violentar menos las doctrinas consagradas. Es la misma de los que continúan defendiendo que en el retracto arrendaticio rústico juega la inscripción como una presunción de conocimiento de la transmisión por el arrendatario, a pesar de la reforma de 1949.

Pero a mí no me resulta agradable esta solución. El Registro no es bueno para abrir plazos de caducidad de retractos serios. Sólo desprestigio puede venirle de ello. Y la razón es sencilla: Que el Registro, de esta manera, defiende tanto al adquirente que conoce el derecho del arrendatario como al que no. El Registro actúa de burladero y de cómplice de la mala fe.

La tesis de que el art. 55, conjugando lógicamente sus dos párrafos, ha querido dejar indemne al tercero hipotecario, parece a primera vista aventurada, no tiene indicios claros en el texto de la ley y acaso no se defendiese valientemente por nadie en las discusiones de las Cortes. Pero es la que fluye naturalmente del régimen instaurado por la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Se haya dicho o no, incluso se haya pensado o no, el paralizar la inscripción en el Registro, en tanto que el arrendatario no conozca la transmisión, carece totalmente de sentido si no se quiere con ello que la acción de retracto no pueda ejercitarse contra el tercero hipotecario.

Ahora, como nunca, lamento mi escasa preparación y mi pobreza expresiva, que tanto necesitaría para llevar al ánimo de quienes manejan mejores plumas la conveniencia de pulir los argumentos necesarios para demostrar que el art. 55 de la L. A. U., aunque de manera confusa, implícita y retorcida, ha venido a derogar el art. 37, núm. 3.º, de la L. H., porque de otra manera

sería insoluble el caso de no hacer el transmitente alarde del arrendamiento.

De esta manera, el inquilino y el adquirente quedan protegidos por la amenaza penal a la falsedad; pero el tercer adquirente queda, además, protegido por el principio de publicidad negativa del Registro. Que es como debe ser.

SECCION SEGUNDA

LAS PSEUDO-PROHIBICIONES DE DISPONER DEL CAPITULO VI DE LA L. A. U.

I.—LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL CABALÍSTICO ART. 49 DE LA L. A. U.

La interpretación que dimos al art. 49 en el capítulo primero (33) partía de dos premisas fundamentales:

1.^a Que este artículo ha sido introducido para dulcificar las consecuencias perniciosas del nuevo sistema de exclusión del retracto cuando no se haya ejercitado el tanteo habiendo sido posible ejercitarlo.

2.^a Que, por muchos esfuerzos que hagamos, no podemos encontrar ningún interés jurídico, ni individual ni social, que deba ser en este caso protegido por medio de la prohibición legal temporal de disponer, que el art. 49 a primera vista parece introducir.

El titular de un derecho de preferencia tiene la posición más cómoda cuando su *jus praelationis* está concedido solamente en fase de retracto. Entonces actúa sobre seguro, a tiro hecho. Si se le concede en fase de tanteo y además en fase de retracto, tanto si se le ha ocultado el propósito de venta como si ha despreciado ir al tanteo, su posición es entonces escandalosamente buena. Cuando se le concede el tanteo, pero no el retracto, si ha desaprovechado el tanteo, parece que entonces está la balanza en el fiel

(33) Ver «Rev. Crí.», nov.-dic. 1947, págs. 801 a 804.

de la equidad. Pero la verdad es que se inclina ligeramente a favor del propietario enajenante, que puede dedicarse al bonito juego de amagar y no dar, anunciando al titular del derecho de preferencia proyectos de enajenaciones supuestas, para ver si pica o para ganarle la partida por cansancio.

Acaso estemos equivocados; pero no encontramos otra posible motivación al art. 49 *in fine* (34). Sería absurdo interpretarle como una prohibición temporal de enajenar, sin más finalidad que poner trabas al tráfico, porque sí.

Puesta en concordancia la segunda parte del artículo con la primera, se nos aparece claro su sentido: La notificación de tanteo, en cuanto requisito de la exclusión del derecho de retracto sólo tiene efectos temporales: caduca a los ciento ochenta días (apartado 1.º). De la misma manera, una segunda notificación para tanteo hecha antes de transcurridos dos años desde otra anterior despreciada por el arrendatario, no surte efecto como excluyente del retracto (apartado 2.º).

Contra esta interpretación del art. 49 (35) sólo cabe alegar que le hubiese sido más fácil al legislador añadir dos casos más a los tres del art. 48, en que se concede el retracto. Esto es verdad; pero es muy posible que haya considerado los dos casos del art. 49 más endebles, dudosos y discutibles que los del 48, y no haya querido empañar la sana doctrina de éste con los supuestos de aquél, más expuestos a retoques, variaciones y perfeccionamientos.

La interpretación que desde luego hay que desechar por absurda es que el art. 49 contenga una prohibición legal temporal de disponer que acarrea la nulidad absoluta de la transmisión efectuada. Para estimarla absurda es suficiente pensar en que de ser

(34) El art. 49 dice: «Los efectos de la notificación prevenida en el artículo 47 (*) caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma. Pasado este plazo, no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación del tanteo.

(35) Reconocemos que la tesis de Castán Calvillo es menos perturbadora del tráfico. Estos tratadistas, aunque hablan de una prohibición temporal de enajenar, a la hora de la verdad se conforman con que su vulneración origine la aplicación por analogía del art. 53. Es decir, que no hay tal prohibición de enajenar, sino un supuesto más de acción impugnatoria del inquilino; aunque reconocen que el punto es dudoso. Por mucho que sea nuestro afán en remover obstáculos al principio de libre *jus disponendi*, no nos atrevemos a mostrarnos conformes con esta opinión; pero tampoco nos atrevemos a un desigual combate contra tan autorizada tesis.

(*) La notificación para tanteo.

asi, todo adquirente de la finca quedaba a merced de las maquinaciones de propietario e inquilino: una simple notificación para tanteo ocultada al adquirente seria suficiente para dejar eternamente en el aire la transmisión realizada, que podría ser en cualquier momento anulada.

Desechada la idea de la prohibición legal de disponer, parece que para nada debe preocupar al Registro de la Propiedad el artículo 49. La transmisión es perfectamente inscribible, aunque por un raro azar el Registrador tuviese conocimiento de la notificación para tanteo obstaculizadora de la transmisión (del nuevo intento de transmisión, empleando términos de la ley). Demostración de que la transmisión tiene necesariamente que ser inscribible, es que el Registrador no tiene medio ninguno para averiguar si ha habido o no aquella notificación para tanteo en los dos años anteriores a la transmisión. Tal averiguación tiene que descansar en las manifestaciones de transmitente y arrendatario.

Pero se da la circunstancia de que el arrendatario o inquilino es el protagonista de este episodio de la notificación prematuramente repetida. Al recibir la notificación para retracto, que la L. A. U. no se cansa de repetir que deberá hacerse en todo caso, inicia su pesquisa de motivos de retracto. Todos los motivos del art. 48 pueden ser vistos por el Registrador o por cualquiera sin más que examinar la escritura de transmisión y la notificación para tanteo; lo mismo ocurre con el caso del apartado 1.º del artículo 49, simplemente con comparar las fechas de una y otra; pero el caso último, el de notificación prematuramente repetida, sólo el arrendatario tiene medios para notarle.

Y aquí hay que señalar un descuido en el art. 55. Este artículo parece admitir casos en que baste para inscribir la transmisión, la notificación para tanteo. En efecto, parece innecesario exigir la notificación para retracto, además, cuando del examen de la de tanteo y de la escritura de transmisión resulte claro que no procede el retracto. Pero ante el caso de retracto por notificación prematuramente reiterada (antes de dos años de hecha otra) hay que concluir que el art. 55 pudo haber prescindido de mencionar la notificación del 47 (notificación para tanteo), ya que ésta es siempre insuficiente, si como creemos hay un caso de retracto de imposible identificación a la vista de la notificación para tanteo,

ya que de esta manera es siempre necesaria, además, la notificación para retracto.

Todo esto será aclarado un día u otro; pero ante las dudas creo más conveniente por ahora hacer caso omiso de las notificaciones para tanteo a efectos registrales y exigir siempre y solamente las notificaciones para retracto. Es verdad que con ello se resta alguna ventaja al cambio de criterio introducido por la nueva ley: la ventaja de saltarse la notificación para retracto cuando evidentemente el retracto esté excluido. Por lo mismo es de desear que cuanto antes se retoque el párrafo final del art. 49, haciendo desaparecer tal motivo de retracto sin perjuicio de arbitrar protección al inquilino contra las reiteraciones de notificaciones para tanteo no seguidas de efectiva transmisión.

II.—EL PROMETIMIENTO DEL ART. 51 Y EL REGISTRO (36)

A) En el capítulo primero ya hice una breve glosa de este artículo (37) y referencia a la posición dominante de la doctrina sobre las consecuencias de la infracción de la prohibición que el mismo parece contener, opinión dominante favorable a la prohibición legal de disponer, por encontrar esta solución más eficaz, práctica, sencilla y libre de «complicaciones» registrales que cualquiera otra.

Allí mostré ya mi disconformidad con esa tesis. Creo que la *ratio legis* del art. 51 no tiene por qué ser distinta de la de los prometimientos tradicionales: Evitar que un propietario se vea coartado de vender a quien le plazca, y luego, aquel que alegó, al entablar el retracto obstativo de la venta, las consideraciones políticas y sociales implícitas en la ley, las olvide y se desprenda de

(36) El art. 51 dice así:

«1. El retrayente o el que hubiere adquirido por derecho de tanteo, así como su heredero o legatario, no podrá transmitir por actos inter vivos el piso adquirido hasta que transcurran dos años de la adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna.

2. El incumplimiento de esta prohibición producirá la resolución del contrato originario y el (sic) de la segunda transmisión, a instancia de parte perjudicada.»

(37) «Rev. Crit.», nov.-dic. 1957, pág. 793.

la finca sin atender para nada al título o causa de retroacción, por el cual se convirtió en dueño (38).

Es verdad que esta finalidad de impedir que el retrayente sea quien se salte el vínculo afectivo o económico con la finca en atención al cual se le concedió el retracto, puede conseguirse por medio de distintos caminos y variadas matizaciones; pero no hemos conseguido encontrar la razón suficiente para que en el retracto arrendaticio haya de seguirse camino distinto al que siguió nuestra venerable Ley procesal (39).

Cuando la mayoría ha opinado, y acaso siga opinando, que el camino de la prohibición legal con sanción de nulidad de pleno derecho es el más breve y práctico, encuentro aventurado defender mi modesta opinión contraria con elevados argumentos en el terreno de los principios. Solamente me cabe refugiarme en el mismo texto literal de la nueva ley para, encastillado en él, afirmar rotundamente que, guste o no, la ley sigue el camino que en definitiva creo más efectivo, menos perturbador del tráfico y más jurídicamente elegante de la acción resolutoria concedida a las partes vencidas en el retracto.

Después que el párrafo 2.º del citado art. de la L. A. U. habla de la resolución de la transmisión, hay que descartar la tesis de la prohibición absoluta legal. Sólo por un inexplicable afán de concordancia conserva la frase «no podrá transmitir», el párrafo 1.º. Si la transmisión efectuada fuera inexistente o nula de pleno derecho, por ser contra ley, no diría el párrafo 2.º, dedicado especialmente a señalar los efectos del incumplimiento de la obligación de no enajenar, que lo que se produce es la «resolución a instancia de parte perjudicada». La palabra resolución es un precepto expresamente dirigido a pronunciarse en la polémica entre los defensores de la nulidad absoluta y de la resolución, no deja lugar a dudas (40).

(38) En parecidos términos se expresa Casall Coldecarrera, quien dice también que la lógica derivación de su motivación es obligar al retrayente a adquirir el compromiso de una determinada permanencia en el dominio, compromiso que se hace condición para el ejercicio del retracto, y cuya omisión impide tal ejercicio (Cua Ss. de 13-11-94; 7-7-1903, y 11-2-1911).

(39) El art. 76 del Apéndice de Aragón mantuvo el sistema de la Ley de Enjuiciamiento: «El retrayente... quedará... obligado *expresamente* a conservar la finca retraída dos años por lo menos, si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación.»

(40) Por ello hay que estimar superados los argumentos de la Ponencia

Queremos insistir en los siguientes puntos:

1.º Sólo puede ejercitar la acción resolutoria la parte perjudicada. El legislador ha hablado aquí con gran precisión. No dice a instancia de cualquier perjudicado, pues ha querido limitarse solamente a quienes fueron partes en la relación jurídica retraccional, y concretamente al propietario primitivo vendedor y al comprador vencidos en el juicio de retracto.

2.º ¿Cuáles son el contrato originario y la segunda transmisión que se resuelven? No es muy correcto hablar de contrato originario para referirme al tanteo o retracto, ya que estos, en su propio sentido, o sea cuando se ejercitan judicialmente, son algo diferentes de un contrato. Hubiese sido más correcto decir como la Ley de Enjuiciamiento que quedarían sin efecto el tanteo o el retracto; pero no creo que deban plantearse problemas en este punto.

3.º Al hablar de segunda transmisión se refiere la L. A. U. a la transmisión por actos *inter vivos* vulneradora de la prohibición del párrafo 1.º. La Ley procesal dice que la transmisión «será nula, quedando también sin efecto el retracto si el comprador lo solicitare». Aunque cabe dudar si la condicional «si el comprador lo solicitare», vale tanto para lo de quedar sin efecto el retracto como para que la enajenación sea nula; creemos que sí, y que se trata de una anulabilidad a instancia del comprador derivada de una causa explícitamente consignada en el Registro, que por ello puede afectar a terceros; pero que no produce cierre registral. Es éste el único punto oscuro de la Ley de Enjuiciamiento: si la anotación del prometimiento es de prohibición de disponer o de mera constancia de una acción de nulidad. Como la L. A. U. habla de resolución y no de nulidad, el problema desaparece. No hay, pues, cierre registral; pero la inscripción está afectada por la acción resolutoria del anotante beneficiario del prometimiento o compromiso (41).

al rechazar la enmienda de don José María Lloset, que, considerando más conveniente la tesis del compromiso que la prohibición legal, añadía a la salvedad de venta a peor fortuna la de que se obtuviese consentimiento del anterior propietario. Se rechazó la enmienda, alegando que se fomentaría la especulación. Pero al añadirse el párrafo segundo, queda demostrado que después se reflexionó con ánimo más sereno sobre el fantasma de la especulación.

(41) Aunque las ediciones de la L. A. U. que he manejado dicen: «la resolución del contrato originario y el de la segunda transmisión», induda-

4.º Innecesario argumentar en contra de que por segunda transmisión se entienda la posterior a la vulneradora de la prohibición. La ley no se ha planteado el problema de los terceros adquirentes. No era preciso, no existiendo prohibición legal de disponer. Los terceros tendrán la situación ordinaria derivada de los principios hipotecarios: afectos o no a la acción resolutoria, según que la causa de la resolución resulte o no explícitamente del Registro por la toma de razón del compromiso. (Art. 37 de la L. H.)

5.º Ahora bien, tampoco es claro el procedimiento por el que pasa al Registro la prohibición de enajenar o promesa de no enajenar.

El sistema más cercano a la tesis de la prohibición temporal legal de actuación automática y sin necesidad de reflejo registral, sería hacer la reserva de oficio el Registrador. Pero esto implica una oficiosidad si se quiere dejar en manos del retraído el dispensar del prometimiento e incluso renunciar a él desde el principio.

Otro sistema sería considerar que toda sentencia de tanteo o retracto debe contener el mandato al Registrador de que al practicar en su momento la inscripción a favor del retrayente la haga con la reserva del derecho de resolución a favor del retraído. Parece el más congruente con el criterio de que el prometimiento sea requisito necesario para la admisión de las demandas de retracto.

Otro es que la constancia registral no resulte sino de un mandamiento especialmente destinado a este efecto, el cual sólo se expediría a instancia de la parte demandada en el caso de ser vencida, y cuya presentación en el Registro corriera a cargo de ésta. Parece ser el sistema de la Ley de Enjuiciamiento y el más conforme con el principio de rogación que informa, o al menos informaba, los procedimientos judicial y registral.

Ya sabemos que en plena euforia del criterio de la prohibición absoluta, aunque temporal, de disponer, se ha afirmado por la jurisprudencia que la promesa por el retrayente no es requisito formal de la demanda de retracto, ya que la prohibición resulta de la ley, sin necesidad de recogerse en la sentencia. No obstante, aho-

blemente hay dos resoluciones: la del contrato originario y la de la segunda transmisión.

ra que la L. A. U. vuelve por el acertado camino de los tradicionales prometimientos, es preciso que la jurisprudencia nos aclare cuál es el mecanismo más conveniente para garantizar el cumplimiento de la promesa a la vista de los intereses en juego y de la protección del tráfico.

B) *Opiniones que la nueva ley obliga a revisar.*—Con criticable inmodestia hemos comenzado por exponer nuestro criterio sobre la prohibición del art. 51, que estimábamos valedero ya bajo el régimen de la ley derogada. Pero es imposible pasar por alto opiniones y criterios más autorizados y notablemente divergentes con el nuestro.

Aunque ya hicimos referencia a las diversas opiniones mantenidas por los autores en el cap. 1.º, nos extenderemos algo más aquí, en cuanto que la interpretación que demos al artículo que nos ocupa ha de ser la base para configurar el papel que el Registro juega en el mecanismo del art. 51, y especialmente en el punto de los efectos contra tercero del prometimiento o prohibición del repetido artículo (42).

Las referencias a los tratadistas que a continuación citaremos están hechas a escritos anteriores a la nueva ley. Desconocemos ratificaciones o rectificaciones posteriores a ella que los mismos hayan podido hacer. Pido de antemano perdón por mi falta de lectura en su caso.

Comenzaremos por las opiniones y juicios del maestro de todos en cuestiones hipotecarias.

— ROCA SASTRE incluye al final de su enumeración de prohibiciones legales de disponer propiamente dichas las impuestas por la Ley de Enjuiciamiento a los retrayentes (pariente, comunero o dueño directo o útil), y por una nota añade las impuestas a los retrayentes por la Ley de Censos de Cataluña, la Ley de Arrendamientos Rústicos y la L. A. U. En la lista de prohibiciones judicia-

(42) Nos abstenemos de opinar sobre si la limitación al *ius disponendi* del retrayente está más o menos justificada. Una enmienda del señor Laguna Azorín al proyecto de L. A. U. pedía la supresión de la prohibición de enajenar. En cambio, otra del señor Agustín Conde pedía que se alargara hasta diez años (o cinco, si se justificaba necesidad de traslado).

les que requieren anotación preventiva no aparece ninguna de éstas.

Reconoce que puede discutirse si se trata de una prohibición legal de disponer, ya que su regulación por la ley procesal civil parece atribuirle un carácter complejo; según su art. 1.618, se trata de un compromiso de no disponer; según el 1.628, la prohibición tiene un tono judicial, ya que impone su registración en virtud de mandamiento, que según el 1.630 da lugar a una anotación, y este precepto hace depender la prohibición de la voluntad del comprador vencido en el juicio de retracto, permitiendo que éste libere al retrayente del compromiso. Continúa diciendo que se producen aquí una serie de imprecisiones técnicas que pueden dar lugar a abundantes observaciones críticas; pero con todo cree que esta prohibición temporal ha de ser considerada como prohibición de carácter legal. Lo que no nos dice es por qué lo cree así cuando la regulación de la Ley de Enjuiciamiento es perfectamente clara en lo fundamental y no conduce de ninguna manera a la prohibición legal, sino a la prohibición judicial a través del mandamiento de anotación.

No es éste el único caso en que Roca se separa de la interpretación literal de los textos legales; pero sí es uno de los pocos en que lo hace sin argumentación bastante, y, en nuestra opinión, sin razón suficiente.

Sobre esta petición de principio, es él quien incurre en una serie de imprecisiones: así, dice que la letra del art. 1.628 parece hacer inscribible un simple compromiso de no enajenar, y que no precisa que se inscriba la adquisición a favor del retrayente; que el art. 1.630 habla de anotación de dicho compromiso, pero cabe preguntar si es una inscripción o una anotación preventiva el asiento a practicar, ya que insiste en que no se trata de una prohibición judicial de disponer ni puede compaginarse la caducidad de cuatro años con la duración de seis de la prohibición. Para solucionar todo esto cree que la prohibición sólo puede ser registrada al tiempo de inscribirse la adquisición a favor del retrayente, y como uno de los elementos de la inscripción.

Creemos que la Ley de Enjuiciamiento estableció un régimen correcto y casi perfecto para los prometimientos. El art. 1.628 no se preocupa para nada de la inscripción a favor del retrayente,

cuyo título sería la sentencia firme declarando haber lugar al retracto, comprendiendo que esto es asunto que sólo al retrayente interesa, y se limita a ordenar al Juez que expida mandamiento al Registrador para que anote el compromiso contraído por el retrayente en su demanda. Ahora bien, la voluntariedad de la inscripción y la voluntariedad de la anotación quedarían salvadas con la entrega al retrayente de su testimonio de la sentencia y al vencido en el juicio del mandamiento de anotación. Ambos documentos ingresarían libre e independientemente en el Registro.

El art. 1.630 habla de anotación del compromiso, porque quiso, en efecto, que se practicara una anotación preventiva que es el tipo de asiento que propiamente encaja para hacer constar una acción resolutoria o de nulidad de la posible enajenación futura, vulneradora del prometimiento. Y precisamente se trata de una anotación típicamente judicial.

El que no pueda compaginarse la caducidad cuatrienal de las anotaciones con el art. 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento será una prueba más de la falta de flexibilidad del art. 86 de la Ley Hipotecaria de 1946, pero nunca un motivo de crítica al legislador de 1881 (43).

La única imprecisión técnica de la Ley de Enjuiciamiento es la relativa a si se trata de una anotación de prohibición judicial de disponer que cierra el Registro, a asientos posteriores, análoga a la del art. 764 para el caso de declaración en rebeldía, o si tiene únicamente la virtud de paralizar la protección registral de los terceros frente a la acción de nulidad del retraído.

Si el maestro de hipotecaristas piensa así y se coloca tan decidida y alegremente al lado de los amigos de las prohibiciones legales de disponer, prescindiendo de una regulación tan supeditada al Registro como la de la Ley de Enjuiciamiento, no podrá extrañarnos que quienes no tienen por qué conocer y amar tanto al Registro como él, ni siquiera duden en esta cuestión.

— GARCÍA ROYO, con referencia al retracto arrendaticio urbano, dice que si se medita la naturaleza de la prohibición de enajenar

(43) Se da la circunstancia de que la caducidad cuatrienal del art. 86 de la Ley Hipotecaria puede ser obstáculo para el prometimiento en el retracto de comuneros, y en el enfiteútico; pero no en el gentilicio ni en los arrendaticios, por su plazo de actuación durante dos años solamente.

del retrayente, se ve que se trata de un ordenamiento típico de derecho imperativo que se impone a los particulares por encima de sus voluntades privadas; por ello no es necesario asumir el compromiso, ya que no consiste en una obligación que pueda asumirse o no, sino que se impone por ministerio de la ley aun no asumiéndola, resultando pueril y vano declarar explícitamente el acatamiento del mandato legal. En el régimen procesal común es comprensible este requisito, ya que los arts. 1.629 y 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento tienen carácter de derecho voluntario o dispositivo, mas en derecho social, como es el de arrendamiento, no se concede tal facultad y no cabe compromiso (44).

— IZQUIERDO, después de exponer breve, pero acertadamente, la doctrina de los prometimientos de la ley procesal, afirma que el juego de la prohibición de enajenar es completamente distinto en las modernas leyes de arrendamientos: No hace falta que el retrayente contraiga el compromiso de no enajenar, ni se precisa constancia registral para que la prohibición produzca sus efectos aun contra tercero de buena fe. Las prohibiciones del art. 17 de la L. A. R. y 65 de la L. A. U son de origen legal y no pueden ser levantadas por la voluntad del adquirente vencido en el retracto (45).

(44) Pérez Tejedor, si bien refiriéndose al art. 17 de la L. A. U., llega a las siguientes conclusiones:

La obligación de no enajenar del art. 17 tiene el carácter de prohibición legal independiente de la voluntad de las partes y del compromiso expreso o tácito que el contrayente pueda contraer, y, en su consecuencia, no será exigible que tal compromiso se formalice en momento o forma determinado.

En defensa de esta posición, reseña la sentencia de 28 de marzo de 1950.

Para suplir el vacío de la ley en cuanto a efectos de la infracción por el retrayente del art. 17, hay que acudir a los principios del derecho común y a los principios informadores del ordenamiento arrendaticio. Habrá, pues, una nulidad de pleno derecho y podrán impugnar la transmisión todos cuantos tengan interés en que se declare la nulidad. Consecuencia de ello son:

— El art. 17 funciona como una condición resolutoria para la adquisición producida por el ejercicio del retracto.

— El adquirente desposeído recuperará la finca, más la indemnización de perjuicios.

— Al resolverse el retracto, otros retrayentes postergados tienen vía expedita.

— Los terceros adquirentes es incuestionable que resultan afectados por la nulidad de la transmisión, conservando naturalmente las acciones que puedan asistírles como consecuencia de la acción contra ley del trasmittente.

(45) Afirma Izquierdo que aunque el 166 de la L. A. U. declara aplicable el juicio de retracto de la ley procesal, no debe aplicarse el 1.629 de la misma, pues la remisión no debe extenderse a las normas sustantivas.

Según este tratadista, se produce la nulidad del negocio de transmisión (46), y la resolución del tanteo y retracto mismo. Lo curioso es que Izquierdo llega a esta resolución por la aplicación analógica del art. 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento cuando dice que la enajenación será nula, «quedando también sin efecto el retracto». Veo abusivo el método de Izquierdo de recurrir a la ley procesal para aplicar lo que nos guste y rechazarla en todo lo que no se ajuste a nuestras ideas preconcebidas. Eso no es jugar limpio. Según él la enajenación prohibida y nula actúa como condición resolutoria de la adquisición efectuada por el retracto, y cree que sin necesidad de que el comprador lo solicite (47).

— GARCÍA ROYO, BELLÓN y SERRANO también mantuvieron la tesis de la nulidad radical o de pleno derecho que hace la transmisión impugnabile por cualquiera que tenga interés en que la nulidad se declare. Contra los efectos de esta nulidad no está protegido el tercero por el art. 34 de la L. H. por la actuación del artículo 26, 1.º de la misma. García Royo y Serrano también mantienen la resolución del tanteo y retracto, Bellón, en cambio, mantuvo lo contrario.

C) Vimos al principio cómo todas estas opiniones son muy difícilmente mantenibles con el texto de la nueva ley, que claramente habla de una doble resolución, y precisamente en un párrafo especialmente destinado a acabar con las dudas surgidas sobre los efectos del incumplimiento de la prohibición. Realmente eran ya muy discutibles con la ley anterior, pues no había ningún motivo para dar mayor enjundia y premeditación al «no podrá transmitir» del párrafo 1.º que a la frase «el compromiso obligará...»

Por ello ya antes nos mostrábamos partidarios de las opiniones que, encabezadas por Hijas Palacios, y ambientadas en los prometimientos de la ley procesal, creían que no se producía la nulidad

(46) Aunque se olvida de citar la fecha de una sentencia de la Sala quinta, que sancionó, con la nulidad radical del art. 4.º del Código, la enajenación hecha.

(47) En cuanto a la excepción de venir a peor fortuna, cree que se debió exigir autorización judicial para transmitir. Y que la peor fortuna releva también al heredero.

radical del art. 4.º del Código, sino la resolución del art. 1.124 del mismo. De esta misma opinión era Batllé.

No debe originarse la menor duda de que la nueva ley se ha decidido francamente por la tesis de la resolución. Contra ello nada quiere decir la absurda conservación de la frase «no podrá», a la que acaso se aferren los defensores de la nulidad de pleno derecho.

D) Tampoco cabe alegar que la *jurisprudencia* hubiera consagrado ya una doctrina reiterada que pueda obstaculizar la clara interpretación del nuevo texto legal.

Aparte de la sentencia, de cuya fecha se olvidó Izquierdo, la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo ni es clara ni es reiterada.

Una *sentencia de 11 de noviembre de 1950* estimó que la vulneración del art. 17 de la L. A. R. supone para la adquisición derivada de la acción de retracto una condición resolutoria. Y una *sentencia de 5 de febrero de 1955* consideró que el prometimiento no es requisito de la demanda de retracto, por que la ley no lo exige, y es superfluo consignarle, porque, no obstante silenciarse, ha de cumplirse por la sanción de nulidad prevista y mandada en los arts. 4.º y 1.265 del Código (48).

Por su parte, la Dirección General de los Registros ha dado las siguientes Resoluciones sobre el particular.

La Resolución de 30 de diciembre de 1946 sienta las siguientes afirmaciones:

(48) La sentencia de 1 de marzo de 1956, después de dar por sentado que una transmisión hecha en documento privado está en plena conexión con el juicio de retracto que las partes tenían pendiente, viniendo a ser consecuencia del allanamiento en el mismo, continúa afirmando que, establecida tanto en la cláusula 8.ª de aquel documento privado, como legalmente en la sentencia (que también llegó a ser firme días después de la llamada transacción, que, aceptando la sentencia, la alteraba en cuanto al precio), la obligación por parte de los retrayentes de no enajenar las fincas retraídas durante el periodo de seis años; desde el momento en que las venden, sin transcurrir el plazo señalado, se infringió lo repetidamente expuesto, y por ello el art. 1.508 del Código Civil y 17 de la ley de 15 de marzo de 1935, produciendo, en consecuencia, la nulidad consiguiente, debiendo aplicarse lo prevenido en los artículos 4.º del Código Civil y último párrafo del 1.630 de la LEC., que constituye derecho supletorio y conducen a conceptuar sin valor la venta al incumplir aquella condición.

Este criterio se infiere de la sentencia de 11 de noviembre 1950, máxime siendo válida la expresada estipulación 8.ª (la de prometimiento), a tenor de los arts. 1.091 1.089 y párrafo tercero de la disp. trans. 3.ª B) de la ley de 28 de junio de 1940.

Que se trata de una prohibición de enajenar; pero que no se crea un patrimonio familiar inembargable, de tal manera que la prohibición permita saltarse el art. 1.911 del Código.

Que esta prohibición del art. 17 de la L. A. R. no impide en general la práctica de una anotación preventiva de embargo, sin que esto implique privar de efectos a la prohibición, en tanto no transcurra el plazo de la vida legal de la misma.

En cambio, lo que no hizo la Resolución fué recoger en su fallo los argumentos del documentado informe del Juez de la primera instancia, que, partiendo de que el art. 17 de la L. A. R. tiene su precedente en el 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento, y después de analizar la diferencia entre las prohibiciones absolutas y relativas de disponer, y como estas últimas conducen a la categoría de la ineficacia relativa de los negocios jurídicos, que no está ausente de nuestro Código (art. 65), se lamenta de cómo el escaso desarrollo que ha tenido en nuestro derecho y en nuestra doctrina esta figura ha permitido que se otorgue en algunas ocasiones protección legal a personas a quien la ley no ha querido beneficiar.

La Resolución de 1 de diciembre de 1949 dispuso que, a pesar de la prohibición del art. 17 de la L. A. R., el retrayente puede hipotecar la finca retraída, y la escritura será inscribible; si bien la acción del acreedor no podrá tener efectividad hasta después de transcurridos los seis años desde que el arrendatario se subrogó en los derechos del comprador, a virtud del retracto.

En verdad, la jurisprudencia era tan vacilante como la doctrina, y casi menos entusiasmada que ésta con la tesis del derecho social, las exigencias de las normas de orden público y la nulidad de pleno derecho, sin conceder beligerancia alguna a la voluntad de los interesados. Sus remisiones a la ley procesal eran un puente tendido para el regreso a la sana doctrina tradicional, y la nueva ley le ha aprovechado.

Creemos que los defensores de la tesis de la nulidad de pleno derecho habrán de revisar sus afirmaciones. Y deseamos que lo hagan, no por verse obligados a ello por el texto de la nueva ley, sino por un leal convencimiento de que su postura pecaba de tremendismo.

No es ocasión de poner de relieve los inconvenientes de pretender transformar todo el derecho en *jus cogens*, viendo por to-

das partes supuestas exigencias del derecho social (49); pero tampoco debemos conformarnos con optar por una de las dos soluciones como más práctica o más sencilla. Ello sería calar muy poco en la última raíz de la cuestión, ya que cada una de ellas se corresponde con una distinta concepción del mundo jurídico (50).

Y no se diga que es más ilegal el vulnerar un prometimiento, o sea la prohibición de enajenar lo adquirido por retracto, que cualquier otro caso de incumplimiento de un contrato. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. En los orígenes del *ius poenitendi*, recogido por el art. 1.124 del Código, está la *condictio causa data causa non secuta*, y es precisamente un presupuesto, una presuposición y una «causa dada» del retracto ese querer para sí la *hereditas e non para otro ome* alguno que el Fuero Viejo de Castilla exigía jurar al retrayente (51). Hecha antes de tiempo la enajenación, ya tenemos fallida la presuposición y la *causa non secuta*, y nacido el *ius poenitendi* para deshacer el retracto.

Ahora bien: el incumplimiento de la promesa ha sacado a la vez la cosa del patrimonio del retrayente. Aplicando los arts. 1.124, 1.295 y 1.298 del Código, el retraído no tendría sino la acción de indemnización de perjuicios si el adquirente no hubiese procedido de mala fe; pero afortunadamente las disposiciones de la L. H., a

(49) Sólo por encontrarnos en una época de transición en la evolución del Derecho puede explicarse la constante obsesión por el Derecho social. El Derecho es siempre, y todo él, Derecho social, puesto que para la sociedad humana existe; lo que ocurre es que la sociedad y el Derecho evolucionan, y el Derecho nuevo, al entrar en escena, pretende monopolizar la calificación de social. Despreciando cuestiones de nombre, lo importante es que el Derecho, nuevo o moderno, no sea un Derecho técnicamente mediocre.

(50) Creo que el sistema jurídico que mejor sepa garantizar la finalidad de las normas a través de un matizado sistema de acciones y derechos subjetivos de los beneficiarios de la norma, será el más perfecto. El sistema jurídico que tienda a reducir todo a órdenes y prohibiciones del Derecho objetivo, será el más elemental, primitivo y tosco. La abundancia de prohibiciones legales de disponer, es síntoma de marchar por este segundo camino. El descargar sobre el art. 4.º del Código todo el peso del Derecho positivo parece que es dar prepotencia a la ley; pero en el fondo es retroceder veinticinco siglos, volver al estilo de las Doce Tablas y hacer que muchas veces el mandato o prohibición legal se transforme en palo de ciego.

(51) El Fuero Viejo de Castilla (Libro IV, Tit. I, Ley 3.ª) exigía, para el ejercicio del retracto (gentilicio) que el retrayente jurase «que para sí quiere la hereditas e non para otro ome ninguno».

Y el Fuero Real le exige jurar «que la quiere para sí, e que no lo face por otro engaño».

las que el 1.124 se remite, son los suficientemente previsoras para que todos queden garantizados por medio de la constancia registral del compromiso. Y esto fué lo que la Ley de Enjuiciamiento vió y reguló con gran sentido jurídico.

III.—LAS ACCIONES IMPUGNATORIAS DEL INQUILINO ANTE EL REGISTRO

Si las acciones impugnatorias concedidas al inquilino por los arts. 52 al 54 de la nueva L. A. U. fuesen verdaderas acciones dirigidas a la anulación o invalidación de la transmisión, tendrían la transcendencia registral de las acciones de nulidad, anulación, rescisión o revocación de actos inscritos, conforme al juego de los principios hipotecarios. Además, tendrían los preceptos de la L. A. U. el carácter de prohibiciones de practicar la inscripción de las transmisiones prohibidas, si se entendiese que era nulidad de pleno derecho la consecuencia de haberse vulnerado la prohibición.

Pero ya defendimos en el capítulo primero que la acción impugnatoria del inquilino no pretende la nulidad, ni la anulación, ni la rescisión, ni la resolución, ni la revocación de la transmisión impugnada, sino solamente conseguir una declaración judicial, por virtud de la cual el adquirente queda imposibilitado para negar la prórroga del contrato de inquilinato por necesidad propia al impugnante.

Concebida así la acción impugnatoria, parece innecesario esforzarse en demostrar que ni tal acción puede tener efectos reales *erga omnes*, ni el Registro de la Propiedad puede tener intervención ninguna en su mecanismo, ni relación alguna con sus efectos.

Sin embargo, si leemos la L. A. U. nos encontramos con un precepto que parece ser una prohibición temporal de disponer (el artículo 52); con otro que casi es una prohibición relativa de disponer (el 54), y, además, la frase del art. 53 es impugnar la transmisión. Todo ello nos obliga a desvanecer las dudas que puedan plantearse, siquiera sea brevemente y sin pretensiones de infalibilidad. Intentaremos demostrar:

a) Que la acción impugnatoria por precio excesivo (53, 1, 2.º), no puede tener efectos *erga omnes*, ni afectar registralmente a los subadquirentes.

b) Que no son nulas las enajenaciones que vulnieran la pseudo-prohibición de disponer del art. 52; y

c) Que el art. 54 no prohíbe las ventas o donaciones en las que no se respete el orden de prelación del art. 64.

A) *La acción impugnatoria por causa de precio excesivo* (53. 1, 2.º).—No queremos incurrir en repeticiones, insistiendo en que el *único* efecto de la acción impugnatoria, cuando prospera, es que el adquirente no pueda negar la prórroga del inquilinato, fundándose en la causa primera del art. 62. La diferencia entre el texto de la ley y el proyecto del Gobierno es una prueba plena de que se quiso eliminar toda posible interpretación conducente a una ineficacia relativa de la transmisión impugnada con respecto al impugnante (52). Incluso para éste la transmisión es perfectamente válida. La tara que la titularidad del adquirente lleva y la sentencia estimatoria pone en juego, se desenvuelve única y exclusivamente en el ámbito de la relación arrendaticia en la que el adquirente se subroga. El adquirente va a ser un arrendador-propietario sin derecho a denegar la prórroga por necesidad propia.

Pero esa mácula no roza la titularidad dominical como tal. Sólo ese adquirente es quien no podrá denegar la prórroga. El subadquirente sí podrá, en tanto no prospere otra acción impugnatoria, derivada de su nueva adquisición. Cada transmisión origina un derecho de tanteo o de retracto; en cada una el inquilino, ponderando el precio y la persona del adquirente, decide si le interesa ejercitar el tanteo o el retracto o si le conviene la acción impugnatoria, apreciando los peligros de denegación de prórroga que las circunstancias de cada adquirente supongan. En cada transmisión surge un arrendador-propietario nuevo, desaparecen las circunstancias que al anterior rodeaban y los supuestos para la denegación de prórroga que en él concurrían.

No cabe, pues, hablar de efectos contra tercero de la acción impugnatoria. Carece de sentido el que una acción impugnatoria contra una transmisión a precio excesivo afecte a una posterior

(52) Ver la nota (84) de nuestro cap. 1.º

transmisión ni a un adquirente sucesivo. En rigor, la acción impugnatoria, aun antes de los sesenta días, caduca con la transmisión posterior.

B) *La acción impugnatoria por causa de especulación.*—En el caso del art. 52 las dudas son mayores, por el tono prohibitivo de este artículo.

Vimos en el capítulo primero la finalidad de esta acción impugnatoria: cortar la especulación de viviendas, por considerar antisocial el negocio de comprar casas para venderlas por pisos a personas que las quieran para ocuparlas, previa denegación de la prórroga. Esta finalidad quasi-penal dió el tono de prohibición temporal de enajenar al artículo, y no creemos que su redacción obedezca a haber previsto el posible fraude de la prohibición a través de una transmisión puente a un testaferro.

A la vista de los arts. 52 y 53 es inútil intentar extraer del primero una prohibición temporal de enajenar, originadora de la nulidad de pleno derecho; pues si «cuando se hubiere infringido lo dispuesto en el art. 52», «podrá impugnar el inquilino la transmisión efectuada», y si «caso de prosperar dicha acción», la consecuencia es que «no podrá el adquirente negar la prórroga», queda demostrado por el argumento *ad absurdum* que no existe acción de nulidad absoluta, pues de existir no habría necesidad de impedir al adquirente negar la prórroga después que la declaración judicial dijese que no hubo adquisición de la propiedad por el presunto adquirente.

También es indefendible el que la acción impugnatoria tenga normalmente por único efecto el señalado en el art. 53, 3, y en caso de una segunda transmisión surja una acción corriente de nulidad absoluta que arrastrase a la segunda transmisión, pues mal puede transformarse en acción de nulidad lo que no es acción de nulidad. Tan extraña transformación tendría que resultar de alguna manera del texto legal.

Es verdad que el inquilino puede resultar fácilmente burlado a través de una enajenación puente. Realizada ésta, el inquilino ejercita su acción y obtiene sentencia favorable (53); pero el

(53) Si es que no desiste de ejercitarla al ver que las circunstancias del adquirente testaferro alejan todo peligro de desahucio, por denegación de la

testaferro no pretende denegar la prórroga, sino que enajena al que verdaderamente necesita la vivienda, y en esta segunda transmisión ya no se dan los supuestos que prevé el art. 52, que es comprar una casa para venderla por pisos. Y así, precisamente cuando la especulación se ve agravada por la intervención de un testaferro, que elevará aún más el precio, no procede este caso de acción impugnatoria. ¿Cómo solucionar esta injusticia?

Ya hemos visto que es inadmisibile la interpretación de que el art. 52 introduce una prohibición absoluta de enajenar durante cuatro años, pues sería absurdo entonces que el desacato de la prohibición fuese un supuesto de acción impugnatoria, cuyo único efecto es excluir la denegación de prórroga por el adquirente al impugnante. Tampoco es admisible que lo que en principio es acción de impugnación con ese solo efecto se transforme en acción de nulidad, precisamente cuando surge un subadquirente.

Podría entenderse por el espíritu del precepto que durante los cuatro años, en cada transmisión, tanto en la primera en que se den los supuestos del art. 52, como en las sucesivas, aunque no se den, surge una nueva acción impugnatoria durante sesenta días, para excluir la nueva posible denegación de prórroga. Acaso éste hubiera sido el camino del legislador, de haber previsto como frecuente la maquinación fraudulenta; pero resulta demasiado forzada esta interpretación, sobre todo después que la ley de 24 de abril de 1958 parece haber querido seguir un camino más sencillo, renunciando a sacar partido al art. 52 de la L. A. U.

Otra solución será la de no admitir la acción de impugnación más que contra el primer adquirente, aquel en el que se den los supuestos del 52, sin perjuicio de poder ejercitar la acción contra un sucesivo adquirente, aunque no se den dichos supuestos, previa demostración de la simulación de la adquisición puente, o de la complicidad en la especulación. Esta parece ser la única interpretación lícita del art. 52.

La tesis de la prohibición de enajenar, con su cortejo de negativa notarial al otorgamiento y denegación de la inscripción por defecto insubsanable, será la más simple, la primera que se ocurre ante la lectura aislada del art. 52 y la más ajustada al tem-

prórroga por necesidad propia. Se trata, por ejemplo, de una persona jurídica.

peramento jurídico de los que sueñan con extender el estilo de los Códigos de Circulación a todo el Derecho privado. Esta tesis sería la única que haría que el art. 52 afectara al Registro, colocando al Registrador en la ardua tarea de la calificación de la venida a peor fortuna en su caso. Pero no creemos que llegue a prosperar una interpretación tan obstaculizadora del tráfico inmobiliario (54).

La segunda interpretación conduciría a una carga oculta para el tercero, pero esta carga oculta, por no afectar al contenido real de la titularidad dominical, es ajena al contenido registral, de la misma manera que lo son las limitaciones a la edificación impuestas por Ordenanzas municipales, etc.

Y la tercera interpretación, por la que nos decidimos, no plantea ningún problema registral, y hace indiferente para el Registro este tipo de acción impugnatoria del inquilino por causa de especulación. En cuanto a ella, al Registrador le bastará con que se haya dado cumplimiento al art. 55 para inscribir las enajenaciones, a las que en términos tan impropios se refiere el art. 52.

C) *La acción impugnatoria del inquilino preferente.*—En el caso del art. 54 los términos del problema están planteados en forma muy parecida a los del 52. Ya vimos en el capítulo primero las varias interpretaciones posibles del art. 54. También en él la única que carece de toda lógica es la de la prohibición relativa de enajenar. El art. 54 no es más que un complemento de los artículos 63 a 69 de la L. A. U. Su finalidad es únicamente impedir que éstos resulten vulnerados por una enajenación del piso, cuyo inquilino tendría derecho a ser el último desalojado por necesidad del dueño, y al que la enajenación podría convertir en el primer desalojado. Por eso el art. 54 no puede ir más allá que los artículos que trata de defender y ha pretendido únicamente excluir la denegación de prórroga por el adquirente.

La intención del art. 54 fué, por ello, decir que ni el primer adquirente ni los sucesivos pueden denegar la prórroga al inquil-

(54) Sobre todo, es preciso no olvidar que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley», «salvo los casos en que la misma ley ordene su validez», y todos estamos conformes en que en este ordenar su validez la misma ley puede hacerse textual o virtualmente, e incluso deducirse del espíritu y objeto de la ley.

lino de su piso, en tanto que no haya sido denegada la prórroga a los de peor rango de la casa vendida total o parcialmente por pisos. El texto literal del artículo (55) es bastante ajustado a esta intención, pues quiere decir que en las denegaciones de prórroga deberá respetarse el orden de prelación del art. 64, aunque haya ventas por pisos. El orden de las ventas es indiferente: es el orden de las denegaciones lo que importa. Entendido así el artículo, ya opinemos que hace falta o que no la previa acción impugnatoria, en los términos del 53, para que el inquilino pueda oponerse a la denegación de prórroga fuera de orden; ya opinemos que el derecho de oposición, con o sin previa acción impugnatoria, alcanza o no a sucesivos adquirentes; estamos ante un precepto que para nada roza el Registro de la Propiedad, y ni Notarios ni Registradores deben preocuparse para nada en averiguar si en las ventas se sigue el orden de preferencia del art. 64. Por otra parte, ¿qué procedimiento tendrían para averiguarlo?

IV.—LA OPCIÓN DE COMPRA DEL ARRENDATARIO Y EL REGISTRO

Las legislaciones de arriendos rústicos y de arriendos urbanos son envidiosas. Estaba ya el legislador de arrendamientos urbanos algo mohino y celoso desde el estreno del derecho de acceso del arrendatario rústico. Acaso por ello se ha lanzado a un «más difícil todavía» en sus constantes equilibrios, tratando de coordinar los intereses de inquilinos y propietarios. Y en un espectacular doble salto mortal, con ocasión de actualizar la Ley de Préstamos a los Inquilinos, crea una nueva figura jurídica: la opción legal de compra introducida por la ley de 24 de abril de 1958 y el D. de 22 de julio del mismo año, aprobando el texto refundido de la Ley de Préstamos a los Inquilinos (56).

Esta opción legal nace con un tiempo tasado de vigencia. Su crítica no debe ser, pues, demasiado violenta. Pero si la creemos necesaria para prever la eventualidad de su prórroga. Nuestra

(55) En el art. 54, afortunadamente no hay el más ligero tono prohibitivo.

(56) Para no hacer interminable este artículo, prescindimos del texto de ambas disposiciones, que llevan los números 767 y 1.436, respectivamente, del Repertorio de Legislación Aranzadi de 1958 (BB. OO. de 25 abril y de 25 de agosto).

crítica, por otra parte, no alcanza en ningún modo a su justificación desde el punto de vista de la política legislativa, desde el cual, probablemente, la ley de 24 de abril sea irreprochable.

En rigor, todas las deficiencias de la nueva legislación parten de no querer distinguir dos cosas perfectamente distintas: el propósito de hacer a los españoles dueños de sus viviendas y el propósito de impedir que los arrendatarios de viviendas sean desalojados de las mismas. Para el jurista, ambas cuestiones son tan diversas e independientes, que comprende mal la forma en que se embarullan en la Exposición de Motivos de la ley a que nos referimos. La primera es una cuestión que afecta al dominio, y su salida normal es el derecho de compra preferente; la segunda afecta al arrendamiento, y su salida normal será la *exceptio doli* contra la denegación de prórroga. Violentar y desbordar estas salidas normales, o simplemente embarullar ambas cuestiones, es sencillamente caer en la expropiación forzosa, figura que en sí nada tiene de mala, pero que jamás debe introducirse de contrabando.

El confusionismo entre el propósito de «facilitar el acceso de los arrendatarios a la propiedad de la vivienda que ocupan», mediante la «concesión de préstamos estatales para el ejercicio de los derechos materiales de tanteo y retracto», y el propósito de evitar que «por el creciente incremento de la venta de pisos se viese perturbada la estabilidad familiar», «la paz social», por la perturbación pública que la denegación de la prórroga implica, ya que «el verdadero riesgo de lanzamiento se produce cuando el nuevo adquirente lo reclama para ocuparlo», etc., etc., origina los siguientes puntos criticables:

— La nueva ley es claramente restrictiva del acceso de los arrendatarios a la propiedad de su vivienda, en cuanto impide el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto al inquilino que carezca de medios económicos para ejercitarlos. Aunque el texto refundido de 22 de julio de 1958 no deroga expresamente la ley de 1952, el art. 1.º de ésta, tanto por haber sido derogado por la ley de 24 de abril, como por no aparecer en el texto refundido de ambas leyes, ha de estimarse derogado. No hay, pues, préstamos estatales para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Más dudas podrían plantearse en cuanto a la derogación del ar-

ticulo 13 de la ley de 1952 por el D. refundido, pues si los límites máximos de renta para la concesión del préstamo por el Banco Hipotecario son los mismos que en dicho art. 13, los límites mínimos no son los mismos. Pero tal discordancia es *peccata minuta*, si se compara con la incongruencia de que puedan acudir al Banco Hipotecario para ejercitar el tanteo o retracto determinados arrendatarios, y no puedan, en cambio, otros más modestos con renta inferior.

— No es verdad que el creciente incremento de la venta de pisos perturbe la estabilidad familiar; el verdadero riesgo de lanzamiento cuando el nuevo adquirente lo reclama, como la misma exposición dice, es lo que puede originar tal perturbación. Luego tal perturbación, como verdaderamente se evita es legislando sobre denegaciones de prórroga por adquirentes recientes, pues también hay que pensar en el inquilino para el cual sea tan mal negocio adquirir la vivienda como verse «ahora» privado de ella. Basta pensar en que los préstamos no son donativos a fondo perdido.

Si la política legislativa aconseja salir al paso de los que adquieren un piso para desalojar por necesidad propia al inquilino, parece que lo procedente es transformar transitoriamente en *exceptio doli* de la denegación de prórroga, la acción impugnatoria del art. 53 de la L. A. U., regulando con claridad los supuestos de tal excepción enervadora del derecho de denegación de prórroga (57).

— Ya es de por sí sospechoso, y hace dudar de la bondad del procedimiento jurídico elegido para cumplir la finalidad social deseada, el criterio de limitación de la nueva figura a determinados topes de cuantía de la renta. La obsesión por el inquilino modesto hace olvidar al casero modesto y al modesto comprador del

(57) Es cierto que el verdadero riesgo de lanzamiento para el arrendatario se produce cuando el nuevo adquirente del piso lo reclama denegando la prórroga. Pero la defensa natural y lógica contra este riesgo no es conceder al inquilino un derecho de adquisición del piso por precio tasado en función de su renta. Tal derecho de adquisición, completamente desconectado de toda intención y deseo de enajenar por parte del propietario, hace tránsito a figuras expropiatorias. La defensa natural contra aquel riesgo creemos que sería una especie de *exceptio doli* concedida por la ley contra la facultad de denegación de prórroga del adquirente, cuya adquisición haya tenido motivaciones y propósitos de desalojo de la vivienda.

piso. ¿Y cuándo el inquilino sea el menos pobre de los tres? Es inútil pretender legislar para el caso concreto.

— Ni el art. 1.º de la ley ni los párrafos del preámbulo, dedicados a reducir el ámbito de la misma a los adquirentes de pisos o departamentos, son muy felices. La contraposición entre pisos y viviendas independientes e inmuebles que tienen la consideración civil y registral de finca única, sólo se comprende si previamente se sabe o se supone lo que se ha querido decir; pero, sobre todo, el párrafo que distingue entre la adquisición con propósito de inversión y la hecha con propósito de reclamar la vivienda, nos demuestra que, en definitiva, la ley se ha basado en una peligrosa presunción de propósitos e intenciones, pues es posible comprar una casa con dos viviendas con el propósito fundamental de desalojar a un inquilino (o a los dos), y es posible comprar una casa con un solo inquilino con finalidad de inversión, y después verse en la necesidad de denegar la prórroga para ocuparla por sí.

Pero nuestra crítica se ha de centrar exclusivamente en la regulación estrictamente jurídica del derecho de opción legal introducido. Y en este aspecto, la Exposición de Motivos hace una serie de afirmaciones con la que no es posible estar totalmente conforme.

— Habla el preámbulo de la limitación dominical impuesta en el art. 1.º. Sólo en sentido muy impropio estamos ante una limitación legal del dominio. Son derechos del propietario, en cuanto arrendador, los que se limitan; es el contenido obligacional del arrendamiento el que resulta afectado; sólo las relaciones *inter partes* (arrendador arrendatario), las que se modifican. Lo *erga omnes* permanece intacto, no obstante la opción de compra.

— Esta restricción temporal se dice instituida por una norma de orden público. Y se dice esto al solo efecto de estimar fundado el derecho que se establece en favor del inquilino. Si se quiso referir el preámbulo a la irrenunciabilidad anticipada a la opción, hubiese sido mejor recogerla en el articulado.

— Se dice que las condiciones de la adquisición resultan de la literalidad de la ley, y apenas necesitan de puntualización. Esto no parece muy lógico cuando la figura creada es completamente nueva en nuestro derecho, cuando tantas dudas han existido y existen sobre la opción convencional y cuando el mismo preám-

bulo reconoce que la medida excede de las previsiones clásicas del Derecho Civil. Y, desde luego, la literalidad de la ley es insuficiente, pues se reduce a decir: «... el inquilino podrá optar por la compra..., manifestándolo al propietario...» Más adelante resulta que lo que manifiesta o notifica al propietario es su decisión de comprar, y luego ya no se habla más que de un plazo para llevar a cabo la adquisición (que varía, según se solicite o no el préstamo). Es un gran optimismo afirmar que todo esto apenas necesita de puntualización.

Desconocemos totalmente la naturaleza jurídica de esta opción. Desde luego, es una opción de compra legal, temporal, con precio tasado y condicionada a una serie de presupuestos prefijados en la ley. Pero nada más sabemos (58).

Sobre todo, no sabemos en qué momento surte efectos *erga omnes* este derecho potestativo del inquilino. Cuando se transforma lo que en principio es sólo un condicionamiento y una restricción a la facultad de denegación de prórroga, en una verdadera carga del dominio, con la que debe pechar un adquirente.

Se nos dirá que ya estamos buscándole tres pies al gato y que ya estamos con la cantilena del tercero hipotecario. Pero yo me pregunto: ¿No será vender, lo primero que se le ocurra a un arrendador propietario, que, cuando contaba con un allanamiento a su denegación de prórroga, o a lo más con una oposición más o menos fundado a la misma, se encuentra con la opción por la compra?

Y lo que es peor aún. Habiendo tan profunda laguna legal, ¿qué seguridad tendrán en adelante los adquirentes de casas con inquilino de que su adquisición no ha de derrumbarse por el ejercicio de una opción legal, acaso fraudulentamente amañada por arrendador y arrendatario?

Sin lugar a dudas, era muy importante haber puntualizado más.

Pero era imposible ser claros cuando estaba confusa la *ratio legis* del beneficio del inquilino que se creaba. Si se trata de hacer

(58) Dejamos fuera de nuestro tema muchas cuestiones y facetas de la ley y texto refundido de 1958: El ámbito de la expresión actos «inter vivos y onerosos» y su comparación con las modalidades de transmisiones que desencadenan el tanteo, retracto y derecho de impugnación de la L. A. U.; la falta de congruencia entre los dos apartados del art. 4.º, pues mientras el primero dice que si el inquilino obtiene el préstamo pierde los derechos de tanteo, retracto e impugnación, el segundo no prevé que ocurra con éstos si no obtiene el préstamo, y entre tanto le caducan los mismos.

propietarios a los inquilinos, el derecho de compra debe desencajarse enérgicamente tan pronto como el pretexto surja, y la decisión de optar por la compra deberá ya paralizar el *jus diponendi* del propietario. Si es que se trata solamente de defender al inquilino contra la denegación de prórroga, entonces no hay tanta prisa, pues la venta a tercero corta por sí sola la denegación de prórroga.

Suponemos que el silencio del legislador debe interpretarse en la segunda dirección. Lo primero y fundamental es la defensa contra la denegación de prórroga; la finalidad remota y secundaria es hacer propietarios de su vivienda, y esta finalidad no se ha querido anteponer a la seguridad en el tráfico inmobiliario. No puede tener otra explicación el silencio de la ley sobre efectos *erga omnes* de la opción, ni aun después de notificada, y la ausencia de toda referencia al Registro de la Propiedad.

En consecuencia, hasta que la venta se realiza y se inscribe, todo se mueve en el ámbito de las relaciones *inter partes*. La notificación al propietario de la decisión de comprar vincula a éste y sólo a éste. Judicialmente, en un procedimiento que no sabemos cuál sería, pero que no vemos inconveniente en que sea el de tanteo y retracto de la L. A. U., el inquilino puede obtener la transmisión cuando el propietario se resista a escriturarla voluntariamente. Y esta demanda sí la creemos susceptible de anotación en Registro. Y entonces es cuando la opción legal adquiere efectos contra todos. Todo esto parece lo lógico; pero son nada más que hipótesis.

Pero con suponer que antes de la anotación de demanda no tiene efectos reales la opción legal, no quedan despejados todos los problemas que al Registro afectan. Brevemente haremos referencia a los que plantean los arts. 9.º, 11 y 12 del texto refundido.

a) El art. 9.º del texto refundido reproduce el 6.º de la ley anterior, y como él, resulta poco comprensible:

No nos dice si es que también el titular de la hipoteca o gravamen está obligado a consentir la cancelación. Los acreedores hipotecarios no siempre están dispuestos al reembolso anticipado, y ninguna norma de nuestro Derecho civil les obliga a ello (59).

(59) El art. 58 de la ley de 16 de diciembre de 1954 sólo es aplicable a los préstamos garantizados con prenda sin desplazamiento.

¿Qué extensión habrá de darse a la palabra carga, o a la palabra gravamen? ¿Qué sobre censos, servidumbres, usufructos, retractos y opciones convencionales, anotaciones de embargo, etcétera, etc.?

¿Cómo cancelar la carga, aplicando el dinero que ha de pagar el arrendatario, si éste no tiene el dinero hasta que obtenga el préstamo, y el préstamo no se concede en tanto no se cancele la carga? Se dirá que todo se resuelve con la simultaneidad notarial y su unidad de acto; pero si surge litigio, acaso derivado de la actitud del titular de la carga, al que no se ha acordado la ley de obligar a nada, ¿qué ocurre con el plazo de cuatro meses para llevar a cabo la adquisición? ¿Y cómo será el fallo de la sentencia, y contra quién? Por otra parte la simultaneidad es peligrosa para la entidad prestamista, si luego la cancelación encuentra obstáculos en el Registro (60).

b) El *art. 11* obliga a constituir hipoteca sobre el piso adquirido, en garantía del préstamo, intereses y costas. El que esta hipoteca sea primera viene obligado por lo dispuesto en el *art. 9.º*, aunque esta cualidad pueda peligrar por la simultaneidad a que acabamos de referirnos. Y el que la hipoteca sea única, viene exigido por el *art. 12*. En el *art. 13* se obliga a reforzar la hipoteca con el seguro de la vivienda, cosa comprensible, y, además—esto es menos comprensible—, con un seguro de amortización del préstamo, cuando la entidad prestamista justificadamente estime ser dudosa la solvencia del prestatario. ¿Qué es esto de solvencia dudosa? La hipoteca se inventó hace muchos siglos para garantizarse de las solvencias dudosas. ¿Para qué, entonces, el seguro de amortización? Si es que se teme que la hipoteca del Instituto no consiga ser primera, debió buscarse un procedimiento fácil de alejar tal temor. El que la hipoteca sea insuficiente es imposible por virtud del *art. 7.º*.

c) El *art. 12* prohíbe al prestatario comprador enajenar, gravar, arrendar o ceder el uso de la vivienda en el plazo de tres años. Transcurridos los tres años, tampoco podrá hacerlo sin autorización escrita de la entidad prestamista.

(60) En realidad, la entidad debía operar sobre la certificación registral negativa de cargas y aplazar la entrega hasta la inscripción de la hipoteca como primera: pero entonces los titulares de las cargas tendrían que consentir la cancelación sin previo reembolso de su crédito.

Para comprender el sentido de estas dos diferentes prohibiciones ha de tenerse en cuenta todo lo que en este trabajo hemos dicho sobre los prometimientos de no disponer de tanteantes y retrayentes y su posible reflejo registral.

Ante todo, hay que dejar sentado que el ejercicio del derecho legal de opción hace al inquilino propietario libre, sin restricción ninguna en su facultad dispositiva. La limitación del art. 51 de la L. A. U. no actúa aquí. Creemos que ha sido un olvido del legislador, que en su alocada mudanza desde el tanteo y retracto a la opción legal de compra, se ha olvidado de la limitación de disponer del inquilino adquirente. Pero no cabe aplicación por analogía. El art. 12, al establecer tan claramente las limitaciones sólo en el caso de préstamo, nos está diciendo también claramente que no las hay si la compra se realiza sin acudir al préstamo.

Sobre el texto del art. 9.º de la ley de 1952, decíamos en nuestro capítulo primero que de las dos diferentes prohibiciones que englobaba, la prohibición durante los tres años obedecía a las mismas razones que la general del art. 51 de la ley, y debía conducirse a su mismo régimen; pero ahora, al quedar referida únicamente al caso de préstamo para ejercitar la opción de compra, tanto la limitación durante los tres años, como la de mayor duración que la autorización escrita del prestamista puede salvar, están establecidas solamente en razón a la misma garantía y simplicidad de la relación de préstamo hipotecario, y una y otra deben considerarse como cláusulas obligadas de la escritura de hipoteca, que pasará al Registro, siendo el art. 12 una norma que va dirigida a la entidad prestamista, y que a la vez viene a exceptuar el principio general de la no eficacia real de los pactos de *non alienando* y de *non amplius pignorando*.

Por tanto, el Registrador, en vista de la cláusula de la hipoteca, recogiendo el art. 12, denegará las enajenaciones y gravámenes posteriores, constituidos antes de transcurrir tres años desde la adquisición, y aun después, hasta cancelada la hipoteca, si no consta la autorización del Instituto (61).

(61) Mejor sería estructurar la prohibición como condición resolutoria del préstamo y como causa automática de vencimiento. De esta manera no habría cierre del Registro, pero el adquirente o segundo acreedor hipotecario se vería afectado por la prohibición.

Pero si la adquisición se ha hecho por opción legal, sin préstamo del Instituto, no hay ninguna limitación. No nos atrevemos a opinar sobre si en los casos de préstamos del Banco Hipotecario para ejercitar tanteo y retracto, la prohibición de disponer se rige por la L. A. U. o por la ley de 1958 (texto refundido).

TIRSO CARRETERO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- REGISTRO MERCANTIL.—PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN: 1.º SI ES NECESARIA LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS ESCRITURAS DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ANTERIORES A LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1953, CON EL OBJETO DE QUE SE CUMPLA LO ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA, AUNQUE DICHAS ESCRITURAS NO PRECISEN MODIFICACIÓN ALGUNA PARA QUEDAR ADAPTADAS A LAS NORMAS DE LA MENCIONADA LEY.
- 2.º VALIDEZ DEL ACUERDO SOCIAL DE TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD «ARANZÁBAL, MENDIOLA Y COMPAÑÍA», DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN SOCIEDAD ANÓNIMA, EN EL QUE SE HA OBSERVADO EL «QUORUM» QUE PREVIENE EL ART. 17 DE LA LEY, PERO SIN ESTAR ADAPTADO EL PRECEPTO, MENOS RIGUROSO, DE LOS ESTATUTOS QUE REGULAN ESTA CLASE DE ACUERDOS.
- 3.º SI PUEDE INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE DICHA SOCIEDAD SIN EL OTORGAMIENTO DE LA CORRESPONDIENTE ESCRITURA PÚBLICA.
- 4.º SI EN LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA PUEDE PACTARSE EL NOMBRAMIENTO DE SUS ADMINISTRADORES POR TIEMPO INDEFINIDO.
- 5.º NATURALEZA DE LAS FALTAS SEÑALADAS POR EL REGISTRADOR.

Resolución de 18 de abril de 1958 («B. O.» de 2 de julio).

En Junta general extraordinaria celebrada el 20 de enero de 1956 por la Sociedad de responsabilidad limitada «Aranzábal,

Mendiola y Compañía», se acordó, por mayoría de socios y de capital, transformarla en anónima, que se denominaría «Vergara Textil, Sociedad anónima», con la correspondiente redacción de nuevos Estatutos, otorgándose al efecto la oportuna escritura en 13 de febrero del indicado año ante el notario de Vergara don Julián María Asuátegui, por el socio don Julio Azcargorta, en virtud de delegación que se le hizo en la referida Junta.

En los Estatutos—recogidos en aquélla—constan las siguientes normas:

«Art. 16. La Junta general extraordinaria se reunirá cuando lo estime conveniente el Consejo o cuando lo solicite un número de socios que represente al menos la veinteava parte del capital desembolsado, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. En este último caso, la Junta deberá ser convocada para celebrarla dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla. En el orden del día serán incluidos inexcusablemente los asuntos que hubiesen sido objeto de la solicitud.» «Art. 30. Los consejeros habrán de ser accionistas y de nacionalidad española, y desempeñarán su cargo mientras la Junta general no acuerde su cese, lo que podrán hacer en todo tiempo. Las vacantes que ocurran durante el ejercicio serán provistas interinamente por el Consejo, hasta que se reúna la primera Junta general. La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación en la Junta convocada al efecto, guardando el sistema de representación proporcional establecido por el art. 71 de la Ley de Sociedades Anónimas.» La cláusula sexta de la escritura dice así: «Queda constituido el Consejo de Administración de «Vergara Textil, Sociedad anónima» tal como consta en la certificación adjunta, cuyos componentes son todos españoles y vecinos de Vergara, con los respectivos domicilios siguientes: don Julio Azcargorta Cortabarría, calle de Vidacruzeta, 37, 2.º; don Jesús Manso Albéniz, San Antonio, 15, 1.º; don Pedro Garcíandía Ochoa, paseo de Don Pedro Irizar, casa-chalet sin número ni letra; don Esteban Ayastúy Arrieta, barrio de Altos Hornos, casa sin número ni letra; don Joaquín Loidi Gabilondo, Mazterreca, 17, 1.º, y don Juan Mendiola Trecu, Vidacruzeta, 34, 4.º. Y de acuerdo también con el contenido de la certificación adjunta, y en los términos que

en la misma se expresan, queda designado consejero-delegado don Joaquín Loidi Gabilondo»; y en el acta de la Junta en que se acordó la transformación, recogida en la escritura, figura lo siguiente: «En la villa de Vergara, a veinte de enero de mil novecientos cincuenta y seis, previa convocatoria en forma del socio y gerente don Julio Azcargorta Cortabarría, se reúnen en Junta general extraordinaria de la Sociedad de responsabilidad limitada «Manufacturas San Lorenzo, S. L.», que gira bajo la razón social de «Aranzábal, Mendiola y Cía., S. L.», en el domicilio social, los señores socios siguientes: don Juan Mendiola Trecu, don Julio Azcargorta Cortabarría, don Pedro Garcíandía Ochoa, don Jesús Manso Albéniz, don Esteban Ayastúy Arrieta, don Joaquín Loidi Gabilondo, doña Joaquina Trecu Alcain y don Ignacio Zubizarreta (rectificando que don Esteban Ayastúy no comparece), que representan la mayoría de los socios y del capital de la Sociedad, habiéndose tenido en cuenta en la convocatoria los preceptos estatutarios pertinentes, cursándola por escrito certificado a todos los socios con la antelación debida, y expresando con toda claridad el objeto de la misma, que no es otro que el de discutir la transformación de esta Sociedad limitada en Sociedad anónima.

Actúa como presidente el socio don Jesús Manso, y como secretario el también socio don Pedro Garcíandía.

Examinado el objeto de la reunión, y después de amplias deliberaciones, se toman por unanimidad los siguientes acuerdos:

«Primero. Transformar la Sociedad mercantil «Manufacturas San Lorenzo, S. L.», que gira con la razón social «Aranzábal, Mendiola y Compañía, S. L.», en una anónima, que se denominará «Vergara Textil, S. A.», la cual tendrá el mismo domicilio que la que se transforma e idéntico objeto social, distribuyéndose el capital de la anónima, que es de la limitada, en la misma proporción que figura en ésta, para lo cual, con objeto de redondear las participaciones, al efecto de que no queden fracciones de acción, el socio Zubizarreta entrega a doña Joaquina Trecu ciento veinticuatro pesetas treinta céntimos, y así esta señora queda con una participación de cincuenta y nueve mil pesetas, y aquél con otra de ciento noventa y seis mil pesetas, continuando don Joaquín Loidi con doscientas cincuenta y cinco mil, don Juan Mendiola con quinientas diez mil, y los señores Azcargorta, Garcíandía, Man-

so y Ayastúy con trescientas ochenta y dos mil pesetas cada uno.»

Presentada en el Registro primera copia de la escritura de transformación, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento a las diez y treinta minutos de hoy, con el núm. 75 del diario 10, folio 22 vuelto, se devuelve al presentante sin practicar operación alguna, porque: no acompaña la escritura de adaptación a la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953, ni consta del Registro que tal adaptación se haya practicado, por lo cual está incapacitada tal Sociedad para ulteriores operaciones; porque el acuerdo de la transformación en anónima fué tomado por mayoría de socios y del capital de la Sociedad, según certificación de 29 de enero de 1956, comprensiva del acta de la Junta del día 20 del mismo mes, siendo así que la repetida Ley, en su art. 17, exige, para la validez de tal acuerdo, que fuera tomado por un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social, concepto más amplio que el de la mayoría del capital; porque con arreglo al último párrafo del art. 20 de la citada ley de 17 de julio de 1953, la transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, por lo cual no es medio legal de tal transmisión de participación social la entrega por el señor Zubizarreta a la señora Trecu de cantidad para obtener el complemento de una participación fraccionada; porque el art. 16 de los Estatutos establece que la Junta general extraordinaria se reunirá también cuando lo solicite un número de socios que representen al menos la veinteaava parte del capital desembolsado, y el art. 56 de la Ley de Sociedades Anónimas determina que sea, al menos, la décima parte del capital desembolsado la que la solicite; porque el art. 30 de los Estatutos establece que los consejeros desempeñarán sus cargos mientras la Junta general no acuerde su cese, siendo así que, según el art. 72 de la citada Ley de Sociedades Anónimas, no podrán ejercer sus cargos por un plazo mayor de cinco años, aunque podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos. Y, aunque las faltas aducidas puedan ser calificadas de subsanables, no se ha tomado anotación preventiva por haberse opuesto el presentante. San Sebastián a 5 de marzo de 1957»; y a continuación de la misma, figura otra que

dice: «Presentado nuevamente el precedente documento a las diez y cuarenta y cinco de hoy, según el asiento núm. 124, al folio 36 del Diario 10, sin haberse subsanado los defectos ya consignados en la precedente nota de esta oficina de fecha 5 de marzo último, y aunque estos defectos pueden ser subsanables, se devuelve al presentante sin tomar anotación preventiva de suspensión, por no haberlo interesado. San Sebastián, 23 de abril de 1957».

Interpuesto recurso, la Dirección, habida cuenta fué consentido el 4.º de los defectos apuntados, declara no es inscribible la escritura, por ser insubsanable el 5.º y subsanables el 1.º y 3.º (no considerando tal el 2.º), mediante la ajustada doctrina siguiente:

En cuanto al primer problema, que ni la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen que se presente en el Registro escrituras de adaptación de estas Compañías, cuando ya se consideran por sí «adaptadas», al acomodarse perfectamente a lo que en dicha ley se dispone; por lo que al presentarse a inscripción un acto realizado por una Sociedad que se halle en estas condiciones, el Registrador calificará tal adaptación conforme a los antecedentes que consten en el Registro, si son bastantes, o con vista a la escritura de constitución y sus Estatutos, si fuere necesario, y procederá a la extensión del asiento solicitante si el acto en cuestión y los artículos estatutarios que deben legalizarlo no están en contradicción con la ley, o lo suspenderá o denegará cuando no resulten cumplidos los referidos requisitos, haciendo constar por nota al margen de la primera inscripción de la Sociedad, y al principio del título, la expresión de «adaptada» o «no adaptada», conforme a lo que dispone el Decreto de 29 de febrero de 1952.

Que, respecto a la segunda cuestión, habrá que estimar válido el acuerdo relativo a la transformación en anónima de la Sociedad de responsabilidad limitada, puesto que, según se desprende de la certificación librada por el secretario, el cambio de forma de la Sociedad se aprobó por unanimidad, en Junta a la que asistió una mayoría de socios que representaba más de los dos tercios del capital social, es decir, con plena observancia de lo ordenado en el art. 17 de la ley, si bien tal acuerdo no podrá ser inscrito en el Registro sin que previamente conste cumplido en éste el re-

quisito de la adaptación que, como inexcusable, establece la disposición transitoria segunda del Reglamento del Registro Mercantil.

Que es requisito necesario exigido por la ley el que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, y en el presente expediente este requisito no ha sido cumplido, puesto que la alegación hecha por el recurrente de que el acuerdo de transferencia pactado en la Junta figura en la escritura discutida, por lo que resulta elevado a público, no puede ser tenida en cuenta, ya que en dicha escritura sólo se encuentra una breve referencia de la transmisión en la parte expositiva, sin que aparezca el consentimiento necesario de ambas partes interesadas, que no estuvieron presentes en el acto, ni consta que el otorgante tuviere el poder referido para realizarlo, pues su comparecencia ante el Notario lo fué a fin de otorgar la escritura de transformación de Sociedad limitada en anónima.

Que el art. 30 de los Estatutos de la Sociedad transformada, al establecer que los consejeros desempeñarán su cargo mientras la Junta general no acuerde su cese, se halla en contradicción con el art. 72 de la ley, que ordena que los administradores designados no podrán ejercer su cargo por un plazo superior a los cinco años, aunque puedan, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos.

Que los defectos señalados en la nota tienen el carácter de subsanables, con excepción del último, puesto que basta para que sean subsanados la presentación de las respectivas escrituras de adaptación y de transmisión de participación social.

¿PUEDE CANCELARSE LA EXPRESIÓN DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO, HECHA CONSTAR EN EL ASIENTO DE LA TRANSMISIÓN DE DOMINIO DE UNA FINCA, PRACTICADO EN EL REGISTRO, AL INSCRIBIRSE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909, SIN EL CONSENTIMIENTO DEL VENDEDOR, O, EN SU DEFECTO, RESOLUCIÓN JUDICIAL?

Resolución de 30 de abril de 1958. («B. O.» de 1 de septiembre.)

Por escritura otorgada el 3 de junio de 1924 don Manuel Herrero Castro vendió a don Emilio Bolonio Muñoz varias fincas que, agru-

padas, formaron una nueva, que se inscribió en el Registro, haciéndose constar que el precio era 45.000 pesetas, pagaderas en tres plazos de 15.000, con vencimiento el 31 de diciembre de cada uno de los tres años siguientes. El 7 de marzo de 1925 don Emilio Bolonio Muñoz aportó la anterior finca a la Sociedad anónima de su mismo nombre. El 30 de diciembre de 1954 la citada entidad segregó una parte de la anterior finca y la vendió a don Andrés Gutiérrez Belloso, que inscribió su derecho, reteniendo parte del importe hasta que se le justificase que la referencia registral de aplazamiento de pago del precio que figuraba en la inscripción de la finca matriz había sido cancelada; a estos efectos, la entidad vendedora solicitó del Registrador certificación de gravámenes, en la que consta: «Segundo. La finca descrita se halla gravada con las cuatro cargas siguientes: 1.ª Por escritura otorgada el 3 de junio de 1924, ante el Notario de Madrid don Alejandro Arizcun Moreno, don Manuel Herrero Castro vendió a don Emilio Bolonio Muñoz la finca de que se segregó la descrita con el núm. 1, por precio de 45.000 pesetas, de las cuales 32.000 corresponden a las construcciones, 8.000 al terreno y 5.000 a la maquinaria, que el comprador pagará al vendedor en el domicilio del último en tres plazos iguales de 15.000 pesetas cada uno, que tendrán su vencimiento los días 31 de diciembre de los años 1925, 1926 y 1927, respectivamente. La cantidad aplazada devengará en favor del acreedor, en perjuicio del comprador, el interés anual del 6 por 100 de la cantidad que se le adeude. Este interés será satisfecho en 31 de diciembre del año actual el correspondiente al tiempo transcurrido desde hoy, fecha de la escritura, hasta esa fecha, y luego por años vencidos. El comprador puede anticipar el pago de cualquiera de los plazos estipulados, satisfaciendo al mismo tiempo los intereses debidos por la suma anticipada hasta la fecha del pago, desde la cual dejará de devengar tal interés»; y en escrito de 15 de abril de 1955, don Antonio Bolonio Revuelta pidió la cancelación por caducidad de la citada mención.

El Registrador, que es el de Getafe, puso a continuación del documento anterior la siguiente nota: «No se practica la cancelación que se solicita en la presente instancia por las siguientes razones: 1.ª, porque, según los términos de la inscripción, no se trata de una mención propiamente dicha en el sentido doctrinal

de tal palabra ni en el legal en que lo recoge la Dirección General de los Registros, ya que de modo claro y concreto se perfila en el Registro, aunque sin nombrarlo, el derecho real de hipoteca; 2.^a, porque a *sensu* contrario se trata de una condición especial del contrato que al constar inscrita en el Registro produce los efectos de los preceptos legales vigentes cuando se inscribió, y, por tanto, con arreglo a los arts. 10 y 38 de la Ley Hipotecaria de 1909, produce efectos entre las partes y respecto a terceros; 3.^a, porque en razón a esa doctrina, para cancelar se necesita, o el consentimiento del posible perjudicado por la cancelación y de sus derechohabientes o resolución judicial declarándolos decaídos de su derecho, cosa posible a tenor de los arts. 128 y 209 de la Ley Hipotecaria vigente».

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación parcial del auto presidencial, que confirmó en absoluto la nota del Registrador, ratifica los defectos 2.^o y 3.^o consignados en ella, mediante la doctrina siguiente:

Que no cabe estimar que el reflejo en el Registro del simple aplazamiento de pago del precio haya configurado un derecho real de hipoteca, toda vez que faltan los elementos requeridos por el Código Civil para su constitución, en cuanto no quisieron las partes asegurar el cumplimiento de una obligación con una garantía real, ni, además, sujetaron la finca vendida a dicho cumplimiento, limitándose a estipular vendedor y comprador que se haría efectivo el precio convenido en tres plazos, y que la parte aplazada devengaría el interés establecido.

Que en la oficina del Registro sólo deben inscribirse el dominio y demás derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles y que los Registradores discriminarán los derechos reales y los personales, a fin de que únicamente ingresen en los libros registrales los primeros, y en el excepcional supuesto de que indebidamente se hubiese inscrito alguno que no tuviese naturaleza real, conforme preceptúa el art. 98 de la ley, se cancelará por el Registrador, a instancia de parte interesada.

Que las consecuencias derivadas del Código Civil, cuando el aplazamiento del pago del precio aparece consignado en el asien-

to, sólo producirán efecto entre las partes contratantes, y en el supuesto de que el vendedor ejercitase la acción resolutoria contenida en el art. 1.124 del Código Civil, los terceros no quedarán afectados más que en los casos que el propio artículo previene, de haberse garantizado el pago del precio con hipoteca o pactado la falta de pago como condición resolutoria expresa, criterio ratificado por el art. 37, 4.º, b), de la misma Ley Hipotecaria, según el cual el simple hecho de que el tercer adquirente haya tenido conocimiento de hallarse aplazado el pago del precio, no implicará complicidad en el fraude y quedará protegido por la *fides* pública, y no sufrirá las consecuencias del incumplimiento de la obligación personal del comprador.

Sin embargo, extendido el asiento que se pretende cancelar durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que establecía la anulación o rescisión en perjuicio de tercero, aunque hubiese inscrito su derecho, si constaba en la inscripción no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, precepto modificado por la ley actual, sin que ninguna de las disposiciones transitorias haya atribuido efecto retroactivo a dicha modificación, ha de aplicarse el principio general contenido en el art. 3.º del Código Civil, y como, por otra parte, la expresión de aplazamiento del pago no tiene el carácter de una mención en sentido técnico, sino que es una circunstancia que forma parte del contenido del negocio inscribible, por todo lo que es obligado reconocer que el medio establecido en el art. 98 de la Ley Hipotecaria no es el adecuado para proceder a la cancelación.

* * *

Como dijimos en otras ocasiones, juzgando irrefutable la doctrina sentada por nuestro Centro (la no posibilidad de cancelación de la expresión del aplazamiento de pago por el medio establecido por el art. 98 de la Ley Hipotecaria, por no tener el carácter de una mención en sentido técnico), el desliz de unas frases que aparecen en el último considerando: «sin que ninguna de las disposiciones transitorias—de dicha ley—haya atribuido efecto retroactivo a la modificación—en lo referente, claro, a esta cuestión del aplazamiento de pago—, ha de aplicarse el principio

general contenido en el art. 3.º del Código Civil»; nos mueve a estampar las siguientes reflexiones que afloran como dudas, mejor que posible crítica, a lo copiado.

Fresca aún la reforma, vislumbrando el problema o problemas que por fuerza se habian de presentar, escribió con gran sutileza Angel Sanz:

«Después de todo lo anteriormente dicho, poco hay que añadir para explicar la declaración que hace el inciso 1.º de este artículo (el 11), de que el aplazamiento de pago no produce efectos contra tercero si no es objeto de una garantía especial. No hace la nueva ley otra cosa que recoger la doctrina que aquí se ha sostenido. Su alcance no es, pues, el de rectificar o modificar la ley, sino el de restablecer la recta inteligencia de sus preceptos, desvirtuados por una errónea interpretación doctrinal y jurisprudencial. De este alcance puramente aclaratorio de la ley se deriva una importante consecuencia: La nueva ley tiene en este aspecto efecto retroactivo, y, por consiguiente, las constataciones de aplazamiento de pago del precio, *aunque hubieran sido hechas en el Registro antes de la entrada en vigor de la ley*, no surtirán en ningún caso efectos frente a tercero. Aunque las disposiciones transitorias de la ley sigan en este punto la regla general del art. 3.º del Código Civil, hay que entender que ella se referirá a todos aquellos preceptos de la misma que supongan derogación y modificación de artículos de la ley anterior. Pero en este punto, que se limita a aclarar la legislación precedente, habrá que seguir el principio fundamental, según el cual las leyes y *normas aclaratorias tienen efectos retroactivos.*»

Para Roca esta consecuencia no se puede sostener, por entender que en punto a la acción resolutoria por impago del precio, la ley vigente ha modificado radicalmente el criterio del régimen anterior.

¿Es este el parecer de nuestro ilustrado Centro? Así parece desprenderse del citado último considerando y de la alusión directa al art. 3.º del Código Civil.

¿No hubiera, sin embargo, podido adoptarse una postura más flexible o menos radical en el caso presente?

Porque en una materia donde las más dispares opiniones doctrinales se han producido en su torno, toda cautela es justificable.

Para nosotros—y vaya nuestra fe de modestia por delante—, admitiendo la virtualidad del aplazamiento contra tercero, no tanto en vigencia de la ley anterior, conforme a la resolución de 17 de enero de 1933, sino aun publicada la actual, *en tanto la finca no se transmitiese*, consideraríamos carentes de eficacia respecto a dicho tercero esas antiguas constataciones de aplazamiento de pago, al efectuarse cualquier negocio de transmisión (oneroso) o gravamen, vigente ya la nueva ley.

Esto, no tanto en beneficio de esos terceros que hayan *contratado después* de publicada la ley, confiados en sus postulados (el actual art. 11), sino mirando por el prestigio del sistema, y contribuyendo, por añadidura, si no a limpiar, a dejar inoperantes en los Registros «toda—en frase del propio Roca—la caterva de pactos, condicionamientos y restricciones», entre los que estos viejos aplazamientos de pago hay que incluir.

De otra parte, y como dice Federico de Castro, el concepto de la retroactividad, conforme al principio del art. 3.º del Código Civil, no se puede hallar partiendo de la antigua o de la nueva ley, sino teniendo en cuenta la defensa de *las situaciones jurídicas que predica*, como ocurre en el presente caso, respecto del cual la fórmula del art. 3.º expresado deja un margen amplísimo a la actividad interpretativa.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

Ver:

ROCA, t. II, págs. 328 a 357, y especialmente nota en la pág. 343, *Derecho Hipotecario*, edic. 5.ª

SANZ, *Comentarios de la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 89, Reus, 1945; e *Instituciones de Derecho Hipotecario*, págs. 412 a 434, t. II, 1953.

BORRACHERO, *Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado*, «Rev. de Der. Priv.», págs. 936 y sigs., año 1949.

GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, «A. M. del Notariado». t. I, 1943, pág. 297.

DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, págs. 646 y sigs., etc., etc.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Siguiendo la norma iniciada en el año pasado, damos cuenta en este número de fin de año de las sentencias de arrendamientos rústicos que contienen doctrinas estimadas de interés general. Unas son del último mes de 1956, y las demás corresponden al año 1957.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1956—*En el juicio sumario de desahucio puede apreciarse la eficacia liberatoria de la consignación.*

Es doctrina claramente expuesta en esta sentencia que, a pesar de la índole sumaria y especialísima del juicio de desahucio por falta de pago, puede decirse, según reconoce la jurisprudencia, si la consignación se ajusta a lo que se debió pagar, como renta concertada, a los solos efectos enervatorios, porque el arrendatario cumple con depositar en el Juzgado lo que crea adeudar.

Pues, en otro caso, y encontrándose en trámite una demanda de desahucio, si ante la negativa del arrendador a recibir la cantidad consignada por estimarla insuficiente, tuviese que ventilarse la discrepancia en otro juicio de naturaleza declarativa, se quebraría la unidad del proceso con desconocimiento de los principios de celeridad y economía procesales, que tratan de evitar nuevos juicios sobre cuestiones que, en parte, están relacionadas con otra ya en litigio.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1956.—*Arrendamiento no protegido por ser la renta total superior a cuarenta quintales métricos, y, aunque los arrendatarios son varios, el pago de ella se estipuló con carácter solidario.*

Son de gran interés los efectos que se deducen de la solidaridad del pago en cuanto a la clasificación del arrendamiento en protegido o no, y que esta sentencia recoge así:

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuando se trata de un solo contrato de arriendo, con una sola renta, superior a 40 quintales métricos de trigo, aunque los colonos sean varios y distintos, siempre que se haya convenido el pago con carácter solidario, no puede pretenderse que tal arrendamiento sea estimado como protegido, por faltarle el primer requisito esencial relativo a la renta.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1956.—*Personalidad del administrador judicial para concertar arrendamientos rústicos.*

En determinado litigio se le negaba al administrador judicial que había otorgado contrato de arrendamiento personalidad para litigar y acción. El Tribunal Supremo entendió que sí las tenía, basándose en el siguiente razonamiento:

La personalidad del administrador judicial, en relación con el contrato de arrendamiento, había sido reconocida por el actor, que le había abonado rentas y había hecho en su persona la notificación en solicitud de prórroga de dicho arrendamiento, y es doctrina jurisprudencial repetida que no puede impugnar la personalidad de un litigante quien dentro o fuera de los autos se la tiene reconocida.

En cuanto a la falta de acción, si bien es cierto, en términos generales, que la representación de la testamentaria corresponde a los herederos, también lo es que el art. 1.068 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los convoca para que se pongan de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación, y si no se logra el acuerdo, se tomarán las medidas a que se refiere el artículo siguiente, entre ellas el nombramiento de administrador, con las facultades que le atribuye el art. 1.098 de la citada Ley. Estas son todas aquellas que se relacionan directamente con la administración del capital, su custodia y conservación. Por ello, hecho el nombramiento en forma legal y posesionado del cargo, no solamente puede, sino que la ley le impone, en defensa de los intereses que le están confiados, la obligación de ejercitar las acciones que procedan, en tanto que la administración subsista. Como el arrendamiento está considerado como un acto de pura administración y no de enajenación (sentencias de 3 de abril de 1953, 23 de enero de 1955 y otras), es visto que el administrador tiene acción para ejercitar las acciones nacidas de la locación por vínculos derivados del contrato.

SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1956.—*Expiración del plazo en el arrendamiento rústico. No es necesaria la notificación del art. 5.º de la ley de 28 de junio de 1940, cuando el arrendatario no ha notificado dentro de plazo su propósito de prórroga. En arrendamientos rústicos no se da la tácita reconducción.*

Para usar del derecho que al arrendador concede el párrafo 1.º del art. 4.º de la ley de 28 de junio de 1940, es necesario, según el art. 5.º de la misma, en principio, la notificación que en él se detalla. Pues bien: la sentencia que resumimos recuerda que, según reiterada jurisprudencia, el arrendador queda relevado de dicha obligación cuando el arrendatario no ha notificado dentro

del plazo legal su propósito de prorrogar el arrendamiento, conforme al art. 3.º de la citada Ley.

También recuerda esta sentencia que a los contratos arrendaticios de fincas rústicas, regulados por las leyes especiales, no les es aplicable la prórroga por tática reconducción del art. 1.566 del Código Civil, según declaró ya la sentencia de 26 de febrero de 1953.

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1956.—*Precio para el retracto cuando existe una segunda escritura rectificadora.*

No es raro en la práctica el caso de que, próximo a iniciarse el retracto regulado en la legislación de arrendamientos rústicos, o, iniciado ya, se otorgue por el vendedor y por el retraído escritura rectificatoria del precio señalado a la transmisión, bien porque se quiere acomodar a la realidad el precio estipulado (que en la primera escritura se consignó falsamente por aquella general tendencia a disminuir el impuesto), bien porque se declara en la nueva escritura un precio mayor al real para dificultar la acción del retrayente.

La jurisprudencia se ha enfrentado con este problema y decide que no se admita esa rectificación del precio. Para ello, esta sentencia expone las siguientes razones: Que es principio jurídico doctrinal que el negocio jurídico exige que las convenciones y contratos expresen la verdadera intención de las partes, produciéndose la nulidad cuando lo expresado no resulte cierto, y además es inadmisibles el otorgamiento de contratos posteriores para eludir el retracto, y en cuyas segundas escrituras, a pretexto de aclaración del precio, sólo se tiende a simular otro distinto y superior, y no es lícito que subsista el artificio sobre la realidad de una auténtica venta, que es sólo la primitiva.

Así entendido, añade la sentencia de 8 de marzo de 1942, ya tenía declarado que no se admita como posible, legítima y eficaz esa rectificación del precio en enajenaciones consumadas, porque siendo una arbitrariedad esta simulación, se convertiría en norma para hacer el precio artificiosamente elevado y sería un obstáculo invencible para el ejercicio de los legítimos derechos de los arrendatarios, doctrina que se mantiene también en la sentencia de 26 de enero de 1953.

Así, es evidente que no hay más que una escritura cierta de venta y transmisión única, la primitiva, a la que se concede valor para el derecho, y su precio es el legal para retraer.

Esta sentencia nos trae a colación el interesante tema del precio o valor a efectos del retracto, cuando ha existido una segunda escritura (o documento privado), modificativa de la primera en cuanto a dicho precio o valor, y ha sido notificada o conocida del retrayente antes de que se presente la demanda de retracto.

Aun reconociendo que la práctica puede presentar y presenta variedad de casos cuyos matices o detalles es difícil sistematizar, nosotros vemos esta cuestión así:

A) *La segunda escritura (o documento privado) se otorga para burlar, defraudar o dificultar el retracto. Se hace constar en ella un precio falso, superior al verdadero.*

Claro está que nadie va a decir en un documento lo que acabamos de ex-

poner; antes al contrario, se relatará que se padeció error al consignar el precio en la primera escritura, etc., pero no se podrá hacer una prueba convincente, en su día, de la realidad del segundo precio. No es admisible que se vaya a demostrar que lo falso es verdadero.

Para estos casos, nada más adecuado y justo que la doctrina de la sentencia que comentamos: el precio de la primera escritura es el legal para retraer.

B) La segunda escritura (o documento privado) se otorga para hacer constar el precio real y verdadero. En la primera se consignó un precio simulado, falso, muy inferior al verdadero, para defraudar los impuestos de Derechos reales y Timbre, y ahora, ante el temor del retracto, se quiere subsanar la falsedad.

En estos casos, cabe aún distinguir:

a) No se puede lograr una prueba convincente de que el precio verdadero es el segundo.

b) Si se puede lograr esa prueba.

En el primer supuesto, si no puede demostrarse que el precio segundo es el que se ajusta a la realidad, estaremos ante la misma solución del apartado A). El precio legal para retraer es el de la primera escritura.

No es posible que la simple manifestación de vendedor y comprador (que alegarán también error en la primera escritura, o incluso con desenfado, ánimo de ocultar base liquidable al Fisco, como en tantos casos se hace), baste para destruir lo consignado en el primer documento, con efectos frente al retrayente.

Sin una verdadera prueba, sin una prueba convincente, no se puede saber cuándo dicen verdad, si la primera o la segunda vez que comparecieron ante Notario u otorgaron documento privado.

El precio primero debe prevalecer.

b) Se logra una prueba eficaz y convincente de que el precio real es el del segundo documento. No es nada difícil ni extraordinario que en algunos casos se pueda llevar al juzgador a la convicción de que el precio de la segunda escritura es el efectivo y verdadero. La tasación pericial de la finca, la declaración de testigos solventes, de los corredores que intervinieron en la transmisión, la presentación de cartas, notas y documentos habidos con motivo de ella, pueden llevar de manera clara y firme a dicha convicción.

En tal supuesto, ¿qué solución es la justa? ¿Conceder el retracto por el primer precio declarado, a sabiendas de que el retrayente se enriquece a costa de un empobrecimiento del retraído, que viene a ser como un castigo a la falsedad de éste? No parece del todo justo.

Se me dirá que la jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que la simulación no puede ser invocada por el que la realizó, que, como dice De Diego, los terceros que de buena fe adquirieron derechos del acto aparente nada tienen que temer; que la nulidad no puede reclamarse por los contrarios que originaron el vicio; que, con arreglo a la doctrina de los actos aparentes, debe ser protegido el tercero de buena fe que adquirió su derecho de una apariencia jurídica. Pero hace meditar el hecho de que ese empobrecimiento del retraído, ese castigo a su falsedad, vaya a beneficiar el patrimonio del retrayente cuando parece que la tan aludida falsedad puede y debe tener otra clase de sanciones.

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1957. *Nulidad de los arrendamientos otorgados sin tener en cuenta la preferencia que en régimen de arrendamiento colectivo tienen determinadas asociaciones sobre ciertas fincas, conforme a lo prevenido en el art. 36 de la ley de 15 de marzo de 1935.*

Cierto Ayuntamiento concertó un arrendamiento rústico con un particular, a pesar de que un grupo sindical de colonización de la villa había instado repetidamente y con anterioridad su petición de ser arrendatario, conforme a lo prevenido en el art. 36 de la ley de 5 de marzo de 1935.

La sentencia que resumimos sostiene que no hace falta una previa petición de declaración judicial de nulidad del arrendamiento concertado con el particular, sino que éste, por ser contrario al precepto antes expresado, es radicalmente nulo, no engendra derecho alguno; a cuya nulidad puede llegarse *ex officio*. De no entenderse así, podría quedar fácilmente burlada la preferencia establecida con carácter de derecho necesario por el aludido precepto, establecido por predominio del interés social.

SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1957.—*La tácita reconducción no se da en los arrendamientos rústicos ni en las aparcerías.—Es válida la sumisión expresa a los Tribunales de determinada localidad.*

Es doctrina de interés contenida en esta sentencia la que sigue:

Que reiteradamente tiene declarado el T. S. que la tácita reconducción permitida por el art. 1.566 del C. C no subsiste ni para los arrendamientos ni para las aparcerías de fincas rústicas, después de la vigencia de la legislación especial sobre tales materias.

Que también es criterio jurisprudencial constante el mantenido con respecto a la sumisión expresa, cuyo carácter de obligación contractual obliga a concederle todo el valor y eficacia que reviste cualquier convenio lícito pactado entre partes.

Desgajada, ya que no totalmente separada, la materia de arrendamientos rústicos del viejo tronco del Derecho civil; alimentada con preceptos propios de carácter social, con prórrogas obligatorias, es natural que no se entienda también subsistente la llamada tácita reconducción regulada en los clásicos preceptos del Derecho civil. Así lo viene manteniendo con reiteración la jurisprudencia.

Es de notar, en cuanto a la validez de la sumisión expresa a determinados Tribunales, en la que insiste la sentencia de 12 de diciembre de 1957, la diferencia existente entre la legislación de arrendamientos rústicos y la de urbanos. En aquélla se admite la sumisión; en la de urbanos no es legalmente posible, ya que el art. 121 de la ley vigente impone, con carácter necesario, la competencia del Juzgado del lugar en que se hallare la finca.

BARTOLOMÉ MENCHÉN
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1958.

EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO OTORGADO POR LA CAJA POSTAL DE AHORROS A UN AYUNTAMIENTO EN ESCRITURA, EN LA QUE CONSTA QUE EL SEGUNDO SE COMPROMETE A PAGAR EL IMPUESTO, ESTÁ SUJETO AL PAGO POR EL CONCEPTO DE HIPOTECA, Y EL AYUNTAMIENTO TIENE ACCIÓN PARA RECURRIR CONTRA LA LIQUIDACIÓN, NO OBSTANTE ESTAR GIRADA LA LIQUIDACIÓN A CARGO DE DICHA CAJA.

Antecedentes.—La Oficina liquidadora giró liquidación por dicho concepto de «hipotecas» a cargo de la Caja Postal, y el Ayuntamiento discutió la liquidación, alegando que la Caja está exenta del impuesto, a tenor del núm. 43, art. 3.º, de la Ley del Impuesto de 1947, no obstante la sujeción consignada para los préstamos que la misma otorgue en el núm. 9.º del art. 2.º de la misma ley, puesto que, en el caso, el acto gravado es el de hipoteca, distinto del préstamo; y, además, con respecto a la Corporación demandante, se da la exención expresa a su favor en el art. 647 de la ley de Régimen Local.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, negando acción al Ayuntamiento, y el Central también entendió que existía la falta de acción y, además, ello no obstante, entrando en el fondo del asunto, declaró bien girada la liquidación, y la confirmó.

La Sala resolvió primeramente sobre la falta de acción alegada por la Administración, y dice, insistiendo en el criterio reiteradamente sentado por ella en sentencias, entre otras, de 8 de enero y 6 de abril de 1958, que, no obstante lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de 29 de julio de 1924, y el 59 del Reglamento del Impuesto, ha de estimarse que no solamente tiene acción para recurrir aquel a cuyo nombre está girada la liquidación, sino también todo el que alegue y demuestre que le perjudica el acto administrativo, como en el caso discutido lo demostró el Ayuntamiento demandante.

En cuanto al fondo, la sentencia confirmó el acuerdo impugnado, y entendió que la exención alegada en favor de la Caja Postal de Ahorros se refiere a los préstamos simples y no a los hipotecarios, los cuales, como es sabido, tributan por el concepto de hipoteca; esto, aparte de que la ley constitutiva de la expresada Caja no le autoriza para realizar operaciones de crédito con garantía hipotecaria, de donde se deduce que mal puede estar exenta cuando lleva a cabo operaciones de crédito fuera del ámbito dentro del que se puede mover.

La Sala entra, por fin, en otra cuestión que el Central no había estudiado, cual es la de la determinación de la base liquidable, y lo hace rectificándola.

Comentarios.—Respecto a la cuestión de la carencia de acción por parte de aquel a cuyo nombre no está girada la liquidación, nada hemos de decir después de la reiterada doctrina que la Sala tiene sentada acerca del tema y de los repetidos comentarios hechos sobre ello en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO por el comentarista; y nos limitamos a decir que siempre compartimos la doctrina de las reiteradas sentencias que aquella viene pronunciando desde 1944 en el sentido dicho.

Por lo que se refiere al fondo propiamente dicho, tampoco nos hemos de extender, porque lo tratamos ampliamente en el número de esta Revista correspondiente a mayo-junio de este año, al comentar las resoluciones del Tribunal Central de 5 y 19 de junio de 1956, que fueron impugnadas ante lo contencioso-administrativo, y fueron resueltos tales recursos precisamente en la sentencia que ahora comentamos.

Entonces aplaudimos dichas resoluciones en cuanto al fondo, claro es, y ahora nos adherimos a la doctrina de la Sala, aunque no de una manera absoluta y sin distinguos; y ello, porque no solamente trató de la posibilidad de accionar y de la exención, sino porque abordó, además, una cuestión no resuelta por el Tribunal Central, que fué la relativa a la fijación de la base liquidable, o sea, si ésta estaba fijada inadecuadamente.

Este tema no había sido planteado ante el Central, y por lo mismo nada resolvió sobre él, mas planteado a la Sala, ésta sí lo estudió y resolvió, diciendo que efectivamente la base liquidable debía ser modificada en beneficio del contribuyente.

Es cierto que, a nuestro entender, la base liquidable no estaba determinada reglamentariamente, pero no lo es menos que la Sala, dicho sea con respeto, carecía de competencia para pronunciarse. Efectivamente, con arreglo a la doctrina reiteradamente sentada por ella, su competencia es puramente revisora de los acuerdos o actos de la Administración, y, por tanto, evidente es que sobre aquellas cuestiones en que ésta no se haya pronunciado, la Sala no se puede pronunciar, puesto que nada tiene que revisar.

Sentencia de 31 de mayo de 1958.

Se discutió si un préstamo con garantía de prenda sin desplazamiento otorgado por una Caja de Ahorros provincial de F. E. T. estaba exento del impuesto por razón de la exención comprendida en el núm. 20 del art. 6.º del Reglamento de 1947 y referente a los Bancos Agrícolas, Montes de Piedad, Cajas Reifissen y demás instituciones análogas; y tanto el Tribunal Central como la Sala resuelven diciendo que a las Cajas de Ahorros no les alcanza tal exención, dado el carácter restrictivo que con éstas ha de aplicarse.

Sentencia de 11 de junio de 1958.

En esta sentencia se debatió una cuestión tratada por el Tribunal Central Económico-Administrativo en su resolución de 17

de enero de 1956. Esta resolución fué combatida ante el Supremo, y éste la confirma.

Como fué comentada tal resolución por nosotros en el número de esta Revista correspondiente a septiembre-octubre de 1957, a él nos referimos, limitándonos ahora a breves indicaciones sobre la confirmación, en parte, por la Sala, de la doctrina del Central.

La síntesis del caso consiste en que, vendidas proindiviso, en cantidad cuantiosa, ciertas fincas, en escritura pública en 1932, por un individuo a sus dos hermanos, años después los compradores hicieron constar que, a raíz de la compra, uno de ellos había vendido al otro sus derechos, con lo que el segundo quedó dueño de la totalidad de aquellas fincas; y al efecto, extendieron un documento privado que oportunamente fué objeto de liquidación por el impuesto.

Fallecido años después el hermano vendedor, su hija y heredera promovió pleito sobre la inexistencia jurídica del primitivo contrato de venta de las fincas, y el Supremo, en definitiva, por sentencia de 19 de octubre de 1950, declaró que el contrato era inexistente, por simulación, y que encubría una donación válida y eficaz.

El testimonio de esta sentencia fué liquidada, con multa y demora como tal donación, dada su presentación fuera de plazo, y la liquidación fué impugnada, con fundamento en que la sentencia no constituía acto liquidable, porque era una mera interpretación del contrato de venta realizado en 1932, y éste había sido liquidado a su tiempo; y, por otra parte, la exigencia del impuesto por la donación estaba prescrita, porque, aun admitida la realidad de la donación, ésta tuvo que existir antes de la donación del segundo donante, ocurrida en 1939, al paso que la sentencia no se dictó hasta 1950.

El Central había confirmado la liquidación impugnada, y la Sala confirma la girada por donación, pero ordena que se revise la practicada primitivamente en la escritura de compraventa.

Nosotros, en el aludido comentario de septiembre-octubre de 1957 aplaudimos la resolución del Tribunal Central, lo cual quiere decir que no compartimos por entero el criterio ahora sustentado por la Sala sobre la revisión de la liquidación por el con-

cepto de compraventa practicada en la escritura de 1932; dicho sea con los respetos que siempre nos merece la Sala.

Estamos de acuerdo en que la liquidación del contrato o acto de donación, así calificado en la sentencia de casación de 1950, es perfectamente reglamentaria, ya que en cuanto a tercero, y por ende ante la Hacienda, no tuvo existencia la tal donación hasta que esa sentencia fué firme, y, en su consecuencia, la acción para exigir el impuesto no nació hasta esa fecha; pero no podemos estar conformes con la procedencia de que se revise, como la Sala ordena, la liquidación girada en la primitiva escritura de venta otorgada en 1932.

La liquidación por compraventa entonces girada, fué perfectamente legal, siquiera sus efectos tributarios sean rectificables a favor del contribuyente. Para ello da cauce el Reglamento, en el art. 58, sin necesidad de ser aquélla revisada, puesto que en él se dispone lo que ha de hacerse cuando un acto o contrato es declarado nulo, rescindido o resuelto por decisión firme judicial o administrativa. No previene que la liquidación se revise, sino que concede al contribuyente el derecho a pedir la devolución del impuesto, y ello con dos modalidades, según el acto le haya producido o no efectos lucrativos: en el primer caso se *rectificará* la liquidación tomando por base el usufructo temporal, y en el segundo se *devolverán* las cuotas satisfechas.

Así, pues, no está en su lugar la declaración que la Sala hace mandando que se revise la aludida liquidación, sino que lo procedente era que se limitase a dejar a salvo los derechos del contribuyente nacidos al amparo del art. 58 del Reglamento del impuesto, con lo cual quedaba abierto el camino para instar lo conducente a tal efecto ante la Administración, aunque, en rigor, esa reserva era innecesaria y superabundante, puesto que, con esa salvedad y sin ella, ya se lo dejaba expedito la declaración de la inexistencia de la compraventa, de pleno derecho e imperativo de dicho art. 58.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1958.

En ella nuevamente se planteó el problema de la acción para recurrir contra una liquidación que, aunque no aparece girada

contra el reclamante, si tenía éste interés directo en ella, por cuanto en la escritura de hipoteca objeto de liquidación constaba que la Caja de Ahorros a cuyo favor se constituía la hipoteca en garantía de un préstamo, no asumía la obligación del pago del impuesto, asumiendo esa obligación el prestatario hipotecante.

Girada reglamentariamente la liquidación a la Caja de Ahorros, como adquirente de la garantía hipotecaria, el recurso contra aquella liquidación lo entabló el prestatario, y la jurisdicción económico-administrativa negó la acción, aplicando una vez más las normas del art. 59 del Reglamento del impuesto y del art. 15 del Reglamento del procedimiento, de 29 de julio de 1924.

La Sala, reiterando también su doctrina, contenida, entre otras, en sentencias de 23 de abril de 1955, 22 de mayo de 1956 y 8 de enero de 1957, dijo que en casos como el presente está suficientemente acreditado el interés del reclamante, y, por lo mismo, expedita la acción, a tenor del citado art. 15 del Reglamento de procedimiento, pese a que el aludido art. 59 condiciona la acción a que la ejercite la persona a cuyo cargo se giró la liquidación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1958.

SE PLANTEÓ LA POSIBILIDAD LEGAL Y FORMAL DE COMPROBAR LA BASE DE TRIBUTACIÓN EN EL CASO DE «TRANSFORMACIÓN» DE SOCIEDAD, Y, A TAL RESPECTO, DICE LA SENTENCIA QUE NO HAY CONTRADICCIÓN ALGUNA ENTRE EL APARTADO 4) DEL ART. 19 DEL REGLAMENTO CUANDO DISPONE SE LIQUIDE SOBRE EL HABER LÍQUIDO DE LA SOCIEDAD EL DÍA QUE SE ACUERDE LA TRANSFORMACIÓN, Y LO QUE PREVIENEN LOS ARTÍCULOS 60 Y 80 DEL MISMO REGLAMENTO, AL DECIR QUE EL IMPUESTO RECAE SOBRE EL VALOR DE LOS BIENES EN EL MOMENTO DE CELEBRARSE EL CONTRATO, CON LA CONSIGUIENTE FACULTAD COMPROBATORIA QUE LA ADMINISTRACIÓN TIENE.

Antecedentes.—La Sociedad U. S. U. J. U., de responsabilidad limitada, acordó transformarse en Sociedad civil de duración indefinida, con un capital de 5.000.000 de pesetas, otorgando al efecto la correspondiente escritura notarial; y presentado el documento a la Oficina liquidadora, ésta exigió balance de su situa-

ción, junto con la declaración de su haber líquido, apareciendo en ésta, este haber con la cantidad de 2.708.410,64 pesetas.

Aparte de ello, y a requerimiento de la misma Abogacía del Estado, la Administración de Rentas de la provincia emitió informe sobre tal balance, expresando que al haberse suprimido las regularizaciones de fin de ejercicio, no era posible determinar el verdadero capital de la entidad en cuestión, dado el efecto contable apuntado, ya que dicho capital ofrece resultados distintos, según se trate del impuesto de Derechos reales o de la Tarifa III de la Contribución de Utilidades, puesto que en esta última el capital se integra por el nominal más reservas efectivas, que en el caso estarían incluidas en el conglomerado de la cuenta denominada «Aportaciones de usuarios para ejecución del convenio con el Estado sobre construcción del pantano de Alarcón», registrado en cuentas de «Reserva de auxilios al Estado» y «Reserva obligatoria», importantes, en globo, la cantidad de 57.565.831,62 pesetas, agregando que en el ejercicio de 1953 le fué fijado a la Sociedad como capital fiscal, a efectos de dicha Contribución de Utilidades, la suma de 10.520.000 pesetas.

La Abogacía del Estado aceptó esa última cifra como base liquidable, y la Sociedad, una vez notificada, solicitó reglamentariamente que se girara liquidación sobre el haber líquido por ella declarado, y a la par recurrió el acuerdo, sosteniendo primeramente que la comprobación era improcedente, puesto que el documento liquidado no contenía transmisión alguna de bienes o derechos, y, en segundo lugar, que la estimación de capital se había hecho de modo distinto, por su naturaleza y alcance, a lo perseguido por el apartado 14) del art. 19 del Reglamento, puesto que se fijó en función de la utilidad o beneficio que fuese susceptible de producir en un periodo de tiempo determinado, mientras que el aludido Reglamento lo que trata de determinar es el capital real de la Sociedad, o sea la diferencia entre activo real y pasivo, exigible en una fecha fija, cuya diferencia está representada en el caso por la cantidad señalada y reseñada y no por la fijada por la Oficina Liquidadora.

El Tribunal Provincial estimó en parte la reclamación, ordenando que la comprobación se llevase a efecto conforme a las normas reglamentarias pertinentes.

Ante el Central se reiteraron por la entidad, en la correspondiente alzada, los anteriores argumentos, reforzándolos con la alegación de que la comprobación efectuada adolecía de vicio de nulidad, con arreglo al art. 4.º del Código Civil; siendo desestimada la apelación.

Entablado el recurso contencioso-administrativo, se pidió la revocación de la resolución del Tribunal Central, y, en lo menester, que se anulase el acuerdo de la Oficina liquidadora y la comprobación de valores, declarando en su lugar que no procede tal comprobación de las partidas del activo y pasivo del balance del día en que se acordó la transformación de la Sociedad, y que la determinación del haber líquido ha de realizarse como dispone el apartado 14), en relación con el 4) del art. 19 citado, esto es, entendiendo por haber líquido la diferencia entre el activo realizable y el pasivo exigible, o sea las deudas en favor de tercero; diferencia que ha de obtenerse, en principio, mediante el balance presentado, y determinando con arreglo a derecho los saldos de sus cuentas que económicamente sean efectivos, valores en propiedad de la Sociedad y realizables.

Con la demanda se acompañó una Orden del Ministerio de Hacienda, en la que se dice que la demandante, en tanto en cuanto realiza las obras del pantano de Alarcón, se limita a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de colaboración para la construcción de una obra pública celebrado con el Estado, no está sujeta, por razón de estas obras, a las contribuciones Industrial y de Utilidades, tarifa III, al no realizar una actividad lucrativa.

La Sala empieza por sentar que, una vez que la Administración y la empresa demandante admiten que ésta ha cambiado su forma de Sociedad civil de responsabilidad limitada, en otra también civil, sin forma de esa misma responsabilidad, la cuestión a dilucidar se reduce a determinar si al acto les son aplicables las normas que para la comprobación de valores determina el art. 80 del Reglamento del impuesto, o si, por el contrario, ha de atenderse el liquidador exclusivamente a los apartados 4) y 14) del art. 19 de dicho texto legal.

Eso sentado, dice la sentencia que si bien el apartado 14) dispone que el acto de transformación de Sociedad, sea por cambio

de naturaleza o de forma, sea por variación de objeto o por ampliación del mismo, tributará sobre la base del haber líquido en el día en que el acuerdo de transformación se adopte. como también es cierto que a tenor del apartado 4) ese haber líquido es el que resulte del inventario y balance referidos al mismo día, no es menos exacto que, conforme al art. 60 y apartado 1) del 80 del mencionado Reglamento, el tributo recae sobre el verdadero valor de los bienes al celebrarse el contrato o causarse el acto objeto de liquidación, con la facultad que la Administración tiene, en todo caso, de comprobar el valor de los bienes de que se trate.

Dada esa indiscutible facultad, sigue diciendo la Sala, es claro que no existe contradicción alguna entre los antedichos preceptos reglamentarios, puesto que una cosa es que la liquidación se practique sobre el haber líquido en caso de transformación de Sociedad, y otra que el Fisco no pueda comprobar cuál sea en realidad ese haber y tenga que dar por bueno el que el contribuyente determine por sí y ante sí.

Y en cuanto a la posibilidad de utilizar los medios comprobatorios a que se refiere el apartado 2), párrafo 2.º, del art. 80, afirma la Sala que no ofrece duda, puesto que, aunque el párrafo se refiere principalmente a la comprobación de las transmisiones de Empresas sujetas a la Contribución de Utilidades, ello no significa que no quepa aplicarlo también a los actos de modificación o transformación de Empresas o Sociedades sujetas o no a dicha contribución. Todo lo cual, termina diciendo, se corrobora si se repara en que el mismo art. 80, después de proclamar en su apartado 1) la amplia facultad comprobatoria de la Administración, añade en el 4) que ésta podrá valerse indistintamente de todos los medios de comprobación que el mismo art. 80 menciona.

Comentarios.—Pocos son, en puridad, los que la cuestión debatida requiere, dada la inconsistencia dialéctica y jurídica de la tesis de la recurrente.

Prescindimos del alegato que se formula en primer lugar al decir que no hay comprobación posible al no tratarse de transmisión alguna de bienes o derechos, puesto que en el caso lo que la ley tarifa y somete a tributación es propiamente el acto de «transformación», y éste incuestionablemente se produjo, y a él la misma ley le fija una base liquidable.

Existiendo, pues, una base, es elemental que la Administración no ha de conformarse con la que el contribuyente determine, y por consiguiente ha de comprobarla.

Ciertamente que el apartado 14), reiteradamente invocado, señala como base liquidable el haber líquido en el día del acuerdo de transformación, y también que tal haber está formado o consiste en la diferencia entre el activo y el pasivo, pero ese resto es la diferencia entre dos cantidades, y la concreción de ellas no puede quedar al arbitrio de la entidad contribuyente.

Eso supuesto, ¿cuáles medios de determinación de esos minuyendo y sustraendo puede reglamentariamente emplear la Administración? Indudablemente el que considere más adecuado dentro de los que el art. 80 del Reglamento establece y con la amplitud que el mismo concede, como la Sala acertadamente razona.

Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre y 4 de octubre de 1958.

Se refieren ambas a la fecha de arranque del plazo concedido por el art. 8.º del Reglamento del Impuesto para aplicar el beneficio tributario que el mismo establece para las transmisiones intervivos de edificios contruidos en la zona de ensanche de las poblaciones, con arreglo a la ley de 26 de julio de 1892.

El precepto dice, como es sabido, que el plazo de seis años, durante los cuales es aplicable la bonificación del tipo tributario, se cuenta desde que el edificio comienza a tributar por contribución urbana. La Oficina liquidadora entendió que comienza desde que esté terminado y habitable, o sea desde que debió ser dado de alta, y la Sala dice que los seis años, comprendido el de exención de la contribución urbana, se cuentan desde que el edificio comienza real y efectivamente a tributar, no, como había entendido el Tribunal Central, desde que el alta tributaria debiera haberse producido una vez terminado el edificio.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.