

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXIV

Enero-Febrero 1958

Núms. 356-357

Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público

SUMARIO.—PARTE PRELIMINAR.—Título único: *La acción administrativa en general y la particular de la realización del Derecho y del Registro de la Propiedad.*—CAPÍTULO I.—*La acción administrativa en general y sus referencias al Registro.*—A) *El problema*—B) *Acción política*: 1. Lo político en sí.—2. Lo político ante el Registro.—C) *Acción de Gobierno*: 1. Su sentido administrativo en general.—2. Ante el Registro.—D) *Acción o actividad social*: 1. La actividad social y la jurídica del Estado.—2. El Derecho Privado y el Derecho Público.—3. Lo social en el Registro.—E) *Actividad teleológica del Estado o propiamente administrativa*: 1. Teorías.—2. La actividad administrativa en el Registro—F) *Actividad técnica*: 1. El problema de su calificación y existencia.—2. El registrador, técnico en Derecho.—G) *Actividad jurídica*. 1. Razón de Justicia y razón de Derecho.—2. El principio de legalidad.—CAPÍTULO II.—*La acción administrativa en particular: La realización del Derecho.*—A) *La función judicial del Estado.*—B) *La realización del Derecho en la ciencia de la Administración*: 1. En los Tratados de Derecho Administrativo.—2. En la Doctrina General.—C) *La justicia administrativa.*—CAPÍTULO III.—*El Registro de la Propiedad y la acción administrativa de la Justicia.*—A) *El registro de la Propiedad en la ciencia de la Administración.*—1. En los Tratados de Derecho Administrativo.—2. En la Doctrina en general.—B) *El Registro de la Propiedad y la Administración Pública del Derecho Privado.*—C) *La seguridad jurídica y social en el Registro.*

INTRODUCCION

El tema de este trabajo es abordado con plena humildad. Mi afición por los temas en cierto modo abstractos, como son los del Derecho Natural y Ciencia de la Administración—cooperando des-

de el escalafón más pequeño del profesorado universitario en tal sentido—y la circunstancia de ser un profesional del Derecho Hipotecario, sin excesivas experiencias, me han llevado a ver, ciertamente, que con un criterio social, ya que no, a este respecto, «con un espíritu de Cuerpo» particularista, la palmaria realidad de esos dos mundos que *viven su vida* casi olímpicamente: el mundo de lo registral y el mundo de lo extrarregistral. Es decir, la realidad jurídica, consolidada y protegida por las Leyes Hipotecarias, y la realidad extrarregistral, que sin dejar de ser *jurídica*, no lo es tanto.

Ante estos dos fenómenos, que se corresponden con la propiedad inscripta y propiedad no inscripta—ambos «reconocidos» y eficaces—, y ante esta especie de «luchas», que en la técnica hipotecaria suelen llamarse «corrientes» —inscribitoria y desinscribitoria—, nosotros hemos visto omitida una parte que ha venido siendo un auténtico gendarme de tipo liberal como residuos todavía de ese Estado, ya superado. Nos referimos a la sociedad.

La sociedad se rige, además del Derecho Público, por el Privado. Y así como los servicios públicos en general tienen un *destinatario* que suele ser más o menos individual, hay uno especial por el objeto, *que es el propio derecho privado*, al que hay que servir con garantías, con publicidad y con formas autenticadoras.

Los problemas hipotecarios básicos, como pueden ser los de la obligatoriedad de la inscripción o el sentido de la función calificadora, se han visto casi siempre desde el prisma del titular de derechos que, ante lo que *le publica* el Registro, se anima o no a realizar un negocio jurídico. No se piensa tanto en los que dejan de desarrollarse, basados en el «obstáculo» del Registro, mejor que estímulo y aliento.

De esta forma, el Registro—como insistimos en nuestro trabajo—lleva una vida lánguida. Unas veces la que le dan los acreedores forzando los procedimientos de ejecución y garantía; otras, los deudores para escapar a los embargos o al Fisco; algunas, los diligentes que aisladamente están convencidos de su valor y proceden noblemente. En ocasiones son pequeñas circunstancias de la vida las que hacen del Registro un instrumento de sentido contrario al de su finalidad: un expediente de pobreza, una exención del servicio militar, una pensión de vejez, y hasta una modifica-

ción en las antiguas categorías del racionamiento, han movido a practicar inscripciones en el Registro, en número que acaso en situaciones normales no se realizaran.

El sentido social de nuestro tiempo hace que la institución registral, tan básica y esencial, y tan permanente, exijan el desarrollo de un aspecto que siempre lo tuvo: el servicio público. Y está no por la forma reglamentaria y orgánica, sino por convencimiento de una actividad pública, y una función calificadora que debe hacerse jurisdiccional.

La movilidad de la propiedad es fruto del progreso económico, y ante éste, todo lo que sirva de rémora se hace antisocial, antieconómico. Ciertamente que si un sistema registral sirve para que «conozcan los terceros» una situación jurídica, y poder cortar unos actos preparatorios de negocio jurídico, hace de prevención y sirve de cautela. Pero si el perjudicado no es el individuo que «no contrata», resulta de otro lado que el Estado no participa de su impuesto de transmisión, que la sociedad no se ve facilitada en ese natural trasiego de nuevos propietarios, y que el progreso jurídico ve mermado el patrimonio de sus relaciones jurídicas. Otras razones, no menos importantes, como el crédito territorial, la legislación agraria protectora, etc., ponen más de relieve el problema.

La solución tan esperada y pretendida de una inscripción constitutiva o de una educación registral añorada, tardan en llegar, y se hacen lentas, porque si de los Oficios de Hipotecas de 1768 a la reforma Hipotecaria de 1861, el progreso fué enorme, de esta última a su próximo centenario apenas se ha adelantado otra cosa que la protección al tercero consagrada en la Ley de 1946.

Acaso todos, hasta las mentalidades más sencillas, queremos un Registro cierto y seguro. No se puede lamentar nadie de la corriente desinscribitoria, mientras el Registro no sirva plenamente para lo que debe servir. No se diga que resulta caro, mientras no lo hagamos preferente, como lo es la contratación pública ante la privada.

Ante una realidad así, y para estimular al poder legislador y a la propia doctrina con un sentido social, al propio tiempo que para evitar que el poder político se canse de la institución registral y la haga «su instrumento» con fines de aquel carácter so-

bre los esencialmente jurídicos, creo que el camino mejor—en este paréntesis legislativo—sea el de ofrecer una teoría del Registro como servicio público, no para cercenar su función, sino para revalorizarla más definitivamente.

Me interesa mucho resaltar—después de la lectura de la tesis en 1957—que el trabajo fué hecho y es publicado con una preocupación universitaria, doctrinal, social y científica. Sentiría que alguien viese—o siguiese viendo—una «apología» de una profesión o un deseo de hacer del Registro una panacea universal de todos los males jurídicos. Quien lea bien este trabajo encontrará un *examen de conciencia*, una *autocrítica*, un deseo de perfección de mejora y de progreso jurídico. La tesis se publica actualizada en algunos puntos. Al ilustre Tribunal de la tesis, compuesto por los Catedráticos, Doctores Valenzuela Soler—Director de aquélla—, González Oliveros, Hernández Gil, Luna y De Castro (don Federico), mi gratitud por su benevolencia al calificarla de SOBRESALIENTE.

PARTE PRELIMINAR

TITULO UNICO

La acción administrativa en general y la particular de la realización del Derecho y del Registro de la Propiedad.

CAPÍTULO I

LA ACCION ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y SUS APLICACIONES AL REGISTRO

A) EL PROBLEMA.

Cualquier concepción previa que tengamos del *servicio público* y del *Registro de la Propiedad*, precisa ver y examinar la vinculación que uno y otro ofrecen con toda acción administrativa. El Registro de la Propiedad existe y subsiste por una función, que

tradicionalmente ha venido configurándose como *función jurídica* (1)—prescindiendo ahora de la cuestión de la naturaleza concreta de la misma—y el servicio público, a su vez, es un medio de cumplir y de llevar a cabo, o simplemente de organizar, una *función pública* (2) como modalidad de una acción administrativa.

La finalidad de una actividad administrativa no es otra que satisfacer necesidades públicas. Y ya tenemos aquí el primer problema: la fijación de *lo público* y *lo privado*, en dos aspectos distintos: en el *adjetivo* y en el *objetivo*, es decir, en la acepción de sus denominaciones y en el contenido de la propia *necesidad* a la que viene a servir y por la cual se justifica el servicio.

La vinculación especial de una concepción del *Estado* y su *Constitución* con el desarrollo y ejecución de una acción administrativa, nos lleva en este capítulo a analizar, dentro de esta parte preliminar, las acepciones distintas con que aquélla se presenta, análisis que nos permitirá, a su vez, contemplar distintos aspectos y facetas para perfilar luego la teoría del Registro como servicio público.

B) ACCIÓN POLÍTICA.

1.—La *empresa política*, la *tarea política*, el *quehacer político*, son acepciones que tienen como denominador común una acción *impulsiva*, de *dirección* y que da unidad a todo contenido estatal.

En su estricto sentido, la *acción política*, escaparía a cualquier

(1) Véanse, entre otros autores—y citamos éstos por la antigüedad de sus trabajos—, PAZOS y GARCÍA, *Sobre el Registro de la Propiedad en la Teoría y en la Aplicación*. Madrid, 1891, pag. 16: «El Registro es parte de la justicia, y por eso poder judicial, existiendo dos aspectos de funcionamiento: uno, la declaración y fijación del Derecho cuando no existe contravención; otro, cuando la hay. En un caso ejerce el poder judicial lo que se denomina jurisdicción voluntaria, y en otro contenciosa, siendo ambos aspectos de la función judicial, que se complementan y fundamentan. El Registro de la Propiedad *simplifica* y es robusto punto de apoyo de la función judicial contenciosa.» Véase TELL y LAFONT, *El Derecho Inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Alemania*. Barcelona, 1905, pág. 6; ROMANÍ CALDERÓN, en «R. C. D. I.», 1927, 81 y ss. *Carácter de la función calificadora. ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?*, que GONZÁLEZ PÉREZ, en la misma REVISTA CRÍTICA comenta, 1949, pág. 578, *Naturaleza del Procedimiento registral*.

(2) JORDANA DE POZAS, en *Ensayo de una teoría sobre el fomento en el Derecho Administrativo*, «Revista de Estudios Políticos». Madrid, 1949, pag. 7.

interpretación o ajuste de una acción administrativa concreta, muy particularmente a toda aquella que pudiera referirse al Registro de la Propiedad, a pesar de que hay hipotecaristas (3) que empiezan el estudio de los problemas inmobiliarios, haciendo distinción de los sistemas liberales, socialistas o comunistas, especialmente en lo que contienen de doctrina sobre la propiedad.

Indudablemente, como Meissner y Keisenberg y el propio Sturkart expresan (4), frente a una concepción liberal, de orgánica y fundamental separación de la Política y de la Administración, existe otra: la nacional-socialista, en la que la Administración ha de servir a la Política, quedando estrechamente unidos los conceptos *gobierno* y *administración*, si bien lo social vaya haciendo llegar a segundo término esta discriminación.

CLAUVERO ARÉVALO (5) ha puntualizado las características de las distintas administraciones públicas ante esta adjetivación de la *actividad política*: la *liberal*, es esencialmente *jurídica*; la *absolutista*, *discrecional*, y a la *totalitaria* le caracteriza su *politización de la Administración*

2.—Sin necesidad de ajustar nuestra teoría del Registro como servicio público a ninguna Forma de Gobierno, ni tan siquiera a

(3) PAZOS Y GARCÍA, *Sobre el Registro de la Propiedad en España*. Madrid, 1891, pág. 10. Este ilustre registrador se anticipó con mucho a la moderna doctrina, y vislumbraba ya que de Rousseau no surge sólo el liberalismo, sino que hay mucho de comunismo y socialismo. Ahora, como JIMÉNEZ DE PARGA ha puesto de relieve en la «Revista de Estudios Políticos», núm. 84, nov.-dic. 1955, pág. 142, los trabajos de Jouvenel, Chevalier, Derathé y otros, ponen más al vivo que, a las clases de la época de Rousseau—clero, milicia y nobleza—, suceden las clases económicas, y que idéntica «lucha» se plantea.

(4) Citados por GARCÍA OVIEDO, en *Derecho Administrativo*, 5.ª ed., por MARTÍNEZ USEROS, t. I, Madrid, 1955, pág. 7. Sobre el denominador genérico de la acción política, puede verse la extensa relación bibliográfica citada por dicho autor, págs. 8 y 9.—Véase GASCÓN Y MARÍN en cita (27).—ROYO VILLANOVA dedica a *La Administración y la Política* un estudio en la «R. Ad. P.», núm. 10, 1953; y en la pág. 16 escribe: «El Estado, para prestar todos esos servicios reclamados por la vida moderna por el deber de poner al alcance de todos las ventajas y comodidades del progreso, y por la obligación de implantar la justicia social, utiliza fundamentalmente los medios de diversa índole que le proporciona la Administración».—MARÍN PÉREZ, en su trabajo reciente *El capitalismo y el Derecho Privado de España*, «R. C. D. I.», núms. 338-339, julio-agosto 1956, págs. 433-437, pone de relieve lo que califica de «lo fundamental en materia de estructuración del régimen es lo social, y lo secundario la forma o formas políticas que el mismo adopte».

(5) CLAUVERO ARÉVALO, en *Las Formas Políticas y la Administración del Estado*, Separata de «Estudios Americanos», núm. 13, pág. 20.

un sistema político concreto, no cabe duda de que lo que haya de acción política en toda actividad administrativa—cuyo grado precisamente nos dará el matiz de aquella Forma o de aquel Sistema—y que guarde alguna relación con la propiedad y su organización, tiene de momento un interés ante un *Registro* que es precisamente del *Derecho de Propiedad*, y una Propiedad concretísima como es la *inmobiliaria*. Cuando un sistema político, una Constitución o un Programa, alude a la Propiedad, aun cuando no la adjetiven con los calificativos de *inmobiliaria* o *territorial*, se refieren a éstas precisamente y no a la mobiliaria. Cuando se justifica y se defiende la propiedad privada, se está pensando en aquellos tipos de propiedad, y no en aquella que, por su carácter mueble, se encuentra en el patrimonio y señorío del propio individuo.

Algo tiene, pues, de *político* la propiedad y derechos reales sobre inmuebles que son objeto del Registro de la Propiedad. Y no solamente el criterio que se tenga de aquélla, sino la organización y función del Registro, determinan (6) el desarrollo de éste, frente a una situación social y jurídica a la cual pueda referirse o estructurarse.

El papel que ha tenido que jugar la inscripción en la moderna legislación agraria (7) y el crédito inmobiliario que se mueve por razones políticas, como la Vivienda, Créditos Agrícolas, Coloniza-

(6) NÚÑEZ LAGOS, en *Realidad y Registro*, «Rev. Leg. y Jur.», sep. 1945, página 2, dedica un capítulo al *Filosofismo Hipotecario*, donde dice que el desarrollo de los Registros de la Propiedad es fenómeno coetáneo a la implantación de las Constituciones Políticas, explicando aquel criterio de los enciclopedistas de que el hombre era de natural bueno, procurando garantizar la vida jurídica, por medio de la declaración de Derechos en el Derecho Público y el Registro de la Propiedad en el Derecho Privado.—Véase *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia* de COSTA, Madrid, 1893, págs. 189 a 253, cuya reforma de fondo está envuelta de criterios de orden político y social preferentemente. Sin embargo, reconocemos el cuidado con que debe plantearse el problema jurídico, pues requerirá madurez, tacto y serenidad para no hacer de una necesidad un servicio, como así se ha hablado de la prensa o de la vivienda, por ejemplo. Sobre el «prodigioso crecimiento de la actividad administrativa», véase JORDANA, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, «R. Ad. P.», 1951, núm. 4, págs 11 y ss.

(7) Véase *Ley de Concentración Parcelaria*, texto refundido de 10-8-55, y preceptos vigentes, a los que dedicaremos un capítulo especial. Además de los trabajos que citamos en la Parte Especial, al analizar la función del Registro en orden al crédito, véase GASTALVER, *Crédito Territorial*, Sevilla, 1941; LÓPEZ HARO, *Movilización de la Propiedad rústica y el crédito inmueble*, Madrid, 1911; CASSO, *Bases para una movilización de la propiedad inmueble*, Sevilla, 1929; VILLARES PICO, *Legislación Hipotecaria. El crédito territorial y la movilización de la propiedad inmobiliaria*, «R. C. D. I.», 1942, págs. 707 y ss.

ción, etc., son indicios claros de que, si bien el Registro de la Propiedad no es ni puede ser instrumento de la Política, sin embargo, por su carácter jurídico y esencial, *coopera* y facilita aquélla de una manera tan notoria, que no le debe ser indiferente, por este solo hecho, un sistema hipotecario cualquiera o un tipo de inscripción—voluntaria o facultativa—, por ejemplo, frente a una serie de realidades a las que, noblemente, socialmente y necesariamente emprendidas, haya que servir y ayudar este instrumento jurídico de primer orden, como es el Registro.

C) ACCIÓN DE GOBIERNO.

1.—Una segunda acepción de la acción administrativa es la de *gobierno*. Como señala GARCÍA OVIEDO (8), «en un sentido menos amplio, «Administración» se contrapone a Gobierno», presentándose como una acción subordinada del mismo. Pero ¿qué debe entenderse en este caso por *gobierno*?

Si gobierno es *direccion*, pudiera creerse que *administración es una acción complementaria*. O más concretamente, que gobierno mira a los órganos que *dirigen o impulsan*; y, administración, a los que concretan, *realizan* o ejecutan.

Esto, a su vez, implicaría o precisaría una serie de puntualizaciones para desentrañar la situación del individuo en la actividad administrativa, *colocando* dentro de ella a la persona, por si ella, como ha dicho JORDANA (9), y el mismo concepto de persona, base del orden individual, supone una esfera de libertad, dentro de la cual la persona actúa según su propia libertad; y luego ver si el sujeto de derecho individual es o no portador de acción administrativa, si—por si—«gobierna» su mundo, especialmente el jurídico, y de qué manera la hace o influye en el de sus semejantes.

2.—La concepción de la acción administrativa como gobierno—siempre que se separe lo estrictamente *político* de lo *guberna-*

(8) Véase GARCÍA OVIEDO, ob. cit., pág. 8, y los trabajos de Lafierrie, Du-four, Esmen, Ducrope, entre otros, por él citados; véase GUAITA, *Los actos políticos o de Gobierno en el Derecho español*, «Rev. Inst. de D. Comparado», junio. 1955, págs 74 y ss.

(9) JORDANA POZAS, *Ensayo sobre el fomento*, pág. 41.

mental—, es cierta en parte, si bien en las distinciones concretas el problema se complique. Así, al trasladar el problema al Registro de la Propiedad, ¿dónde está la acción administrativa? ¿Está en lo que de «gobierno» puede haber en ella? ¿Es sólo *impulso* de unos órganos—Dirección General de los Registros y del Notariado, Colegio Nacional de Registradores (10)—o mera organización y funcionamiento del Registro, o es una acción cuyo protagonista es el propio individuo, en general unas veces, y otras el tercero protegido y cuyo destinatario es—o debe ser—la propia sociedad?

D) ACCIÓN O ACTIVIDAD SOCIAL.

1.—Las últimas corrientes políticas, religiosas e intelectuales, dando a lo social un contenido preeminente, han hecho inclinar a los autores, y hasta supeditar algunas de sus creaciones o imperativos, por este nuevo sentido que inspira el presente, como repliegue obligado ante los inventos y las nuevas formas de vida, en las que *el individuo vive y precisa de la comunidad más que nunca*, en razón de su número, de su posición en el mundo físico y jurídico y de la intensidad de relaciones y de su propia vida.

Con razón se ha distinguido claramente (11) una *actividad jurídica*, y una *actividad social en el Estado*.

Hay mucho de cierto en este criterio. Pero la justificación no debe buscarse sólo en el origen, sino en el *contenido*. No cabe duda de que en el Estado liberal se realizaba una actividad social también, si bien no fuese todo lo precisa e intensa que debería. Al quedar reducida la cuestión a perfilar el origen de una u otra actividad, ha venido la reacción contraria: civilistas y administrativis-

(10) El artículo 259 de la Ley Hipotecaria de 1946 establece que los Registros de la Propiedad dependerán del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado. En los 260 y ss. de la Ley que se corresponden con los 438 y ss. del Reglamento, se establece lo que pudieramos llamar *gobierno* de los Registros de la Propiedad, sin olvidar la función, que no es meramente orgánica, del Colegio Nacional de los Registros de la Propiedad (arts. 560 a 562 del Reg. Hipotecario).

(11) ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, vigésimocuarta edición, tomo I, Valladolid, 1955, págs. 350 y ss. Véase GASCÓN Y MARÍN, *cita* (27).

tas han querido recargar, reciprocamente, las instituciones jurídicas objeto de sus Ciencias (12), con las motivaciones *sociales* para los primeros, y *privatísticas* para los segundos, con el fin de dar a lo civil un matiz nuevo que no tuvo en su raíz romana, y a lo administrativo un sentido más jurídico, con mayor rigidez y contextura, que se aproxime a las maneras y formas intrínsecas de lo civil.

2.—GARRIDO FALLA (13) se hace eco de este doble proceso: los términos del Derecho Privado comienzan a ser utilizados para la gestión de servicios públicos, y los principios nacidos del Derecho Administrativo envuelven las relaciones privadas (14).

Pero aun suponiendo mucho el camino adelantado en esta pugna, por lo público y lo privado y su posible conciliación doctrinal —paralela a la que en otras materias todavía se debate—, aquellos distinguos no encauzan el problema a sus justos términos. No porque la distinción del Derecho Público y del Derecho Privado (15)

(12) Ciccù, *Lo spirito del Diritto di famiglia*, Macerata, 1914; *Il Diritto di famiglia*, Roma, 1915. *La filiazione*, Milán, 1927, págs. 1 y ss. Citados por CASTÁN, en *Derecho Civil, Español y Foral*, sexta edición, tomo III, Madrid, 1944, página 434. Este autor italiano, como se sabe, sitúa la familia entre las instituciones de Derecho Público.

Hoy el punto de vista de *socializar* el Derecho se basa en la convicción de que él no es creación de las fuerzas políticas, sino, mejor, de las sociales, hasta el punto de calificarse el Derecho Civil como un derecho de clase; véase RIPART, en *Les forces creatrices du Droit*, París, 1955, págs. 71 y ss., y en *Le Régime Democratique et le Droit civil moderne*, 12.^a ed. París, 1948, páginas 401 y ss.—Sobre la pretendida proletarización del Derecho Civil; véase SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, 12.^a ed., París, 1952, págs. 286 y ss.

(13) GARRIDO FALLA, *Transformaciones del Régimen Administrativo* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, págs. 56 y ss.

(14) ZANOBINI, en *Corso di Diritto Administrativo*, vol. 5, Milano, 1952, dedica el capítulo a *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, y dentro de la llamada *Attività di attestazione* desarrolla la publicidad de los derechos reales inmobiliarios, págs. 173 a 198; véase MARÍN PÉREZ, en *La estructura del Estado y el Derecho Privado*, en «Rev. Gen. de L. y J.», abril, 1956, págs. 426 y ss., sobre la influencia del Derecho privado en la propia estructura del Estado.—En parecida forma y sobre la repercusión de sus instituciones en lo político, PÉREZ SERRANO, *El Derecho Civil y los ricos*. Conferencia. Valencia, página 6.

(15) Sobre la distinción de Derecho Público y Derecho Privado, puede verse CASTÁN, *Derecho Civil* Tomo I, 5.^a ed., Madrid, 1941, pág. 16, en la que sintetiza los criterios dominantes en la materia. Desde un punto de vista administrativo, pueden verse los trabajos de SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, París, 1948. Asimismo en orientación contraria sobre los puntos de vista de SAVATIER, véase EISSEMAN, en *Droit Public, Droit Privé*, en «Rev. de Droit Public», núm. 4. 1952; véase cita (152) y PUIG PEÑA, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona. 1942. 2.^a ed., pág. 16-25.—

siga siendo difícil mientras continuemos aferrados a los conceptos tradicionales, sino porque en el fondo se trata de procurar la conciliación y el entendimiento a base de la *invasión recíproca* de unas y otras instituciones, al propio tiempo que se desconoce o aísla todo ese otro problema del sentido «forzoso» que hoy empapa tantas y tantas relaciones de Derecho, y que han llevado a algunos a hablar de la «declinación del Derecho» (16).

Lo social lo citamos y estudiamos por encima de estas discrepancias y buenos deseos doctrinales.

«Todas las categorías jurídicas—sobre todo las administrativas—se crean para llenar un vacío social», escribe VILLAR PALASI (17), partiendo, antes, del carácter meramente *instrumental* del Derecho Administrativo. La concepción social de una actividad administrativa debe estar por encima de un ángulo concreto del Derecho o de la Legislación. «La *socialidad* (18)—como con un criterio fuertemente jurídico, se ha dicho—y todo progreso social, tiene como punto de partida, una virtud moral; más aún: consiste en una virtud

FERNÁNDEZ MIRANDA, en *El concepto de lo social y otros ensayos*, Oviedo, 1951, pág. 9, ha puesto de relieve la variabilidad y contradicción del Derecho histórico que indiscutiblemente afecta al Derecho Público y al Privado; véase también HERNÁNDEZ GIL, en *El concepto del Derecho Civil*, Madrid, 1943, pág. 75, y MARÍN PÉREZ, *Introducción al Derecho Registral*, Madrid, págs. 194 y ss.

(16) El planteamiento de los llamados «contratos forzados», que desbordan los conceptos clásicos del Derecho, incluso el del propio Derecho Civil, ha sido puesto de relieve ya por numerosos autores. Además de la cita (15) puede verse RIPERT, *Le declin du droit*, 1949, pág. 5; GARRIGUES, *La crisis actual del Derecho Mercantil*, Bilbao, 1954; Díez Picazo, Los llamados contratos forzados, en separata del «Anuario del Derecho Civil», Madrid, 1956, ROYO MARTÍNEZ, *La Transformación del concepto del contrato en el Derecho Moderno (La nueva concepción de la revisibilidad del contrato)*, en «Rev. G. L. y J.», febr. 1945, tomo 177, vol. 2.—También se refiere a la crisis contractual y sus causas, MARÍN PÉREZ, en *El Capitalismo*, trab. cit., pág. 449.

(17) VILLAR PALASI, en «Rev. de Administración Pública», núm. 9, 1933, páginas 21-31, *Doctrina del acto confirmatorio*. A propósito de «vacío social», puede resultar curioso reproducir un «Se dice» del Diario «El Noticiero» de Zaragoza, 21-9-56: «que desde hace algún tiempo funciona a la perfección el Registro de la Propiedad... parece que un nuevo estilo ha entrado en esa oficina de carácter público—la publicidad registral es uno de los pilares básicos de la Institución—, que desempeña un papel de primerísima importancia en la seguridad y garantía de la propiedad inmueble y de determinados derechos sobre la misma. Una mejora que, a fuer de zaragozanos, registramos con verdadera satisfacción, y demostrativa de que una tónica mas al compás de los tiempos ha penetrado en una oficina tan tradicionalmente conservadora.»

(18) El Cardenal Siri, en su *Pastoral* de 6-1-56, ha puntualizado y llevado a sus justos términos, con un criterio jurídico sorprendente y maravilloso, los conceptos de *socialidad* como virtud moral, la comunidad como sujeto jurídico, y la manera en que lo público y lo privado se relacionan y confluyen para el orden y el bienestar.

de la que debe vivir cada hombre con sacrificio y nobleza, especialmente el que hace profesión de tal sentimiento.» Si queremos, por tanto, dar esencia y existencia a la actividad social de nuestras instituciones jurídicas, debe admitirse como virtud sincera y ciertamente sentida. Y en el orden jurídico, hay que procurar la adecuación de cada institución al fin propuesto. Cada norma, cada precepto que afecte al orden más estrictamente privado—sea la tutela, sea el derecho hereditario, sea el depósito de la mujer casada—cumple y debe estar llamado a cumplir una *virtud social*, que es la del bienestar, sin que la revisión de una determinada institución de este tipo, sea cual fuere, se pueda considerar como una publicación o socialización del Derecho, sino más bien que aquella institución se la *sitúa en su verdadero y natural sentido*, como dimensión intrínseca y propia, al igual que el sentido social de la propiedad le es innato, por derecho natural y derecho positivo, cualquiera que haya sido la dejadez con que se le haya tratado. La justicia y el bienestar no se explican ni justifican por sí, sino ante los demás.

En este sentido puede darnos alguna luz la distinción que hace Sayagues, entre *función pública* y *cometido social*, partiendo de una previa distinción entre *finés* y *funciones* del Estado. Las *funciones* son formas de asumir una actividad estatal, constitutiva, legislativa, administrativa o jurisdiccional. El *cometido social* es tarea, actividad, que tienen a su cargo las entidades sociales, conforme al derecho viviente (19).

3.—En orden al Registro de la Propiedad, *la actividad social sería sinónimo de cometido social del Registro*, y para ello no es preciso desplazarlo, como se pretende al Derecho Administrativo, o reducirse a una función administrativa (20, e incluso proponiendo

(19) SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*. tomo I, Montevideo, 1953, págs. 48 y ss.

(20) GONZÁLEZ PÉREZ ha sido uno de los tratadistas que más ha abierto brecha en este problema; véase sus trabajos, *Naturaleza del Procedimiento Registral*, «Rev. Crít. de Der Inmobiliario». 256, 1929, págs. 575 y ss., e *Impugnación de los actos registrales*, en la misma revista, sep.-oc., 1955, págs. 515 y ss. Orientación que tiene sus precedentes, no sólo en tratadistas administrativos, sino en ROMANÍ PUIGDENGOLAS, en su *Introducción al Estudio del Sistema Hipotecario Español*, Barcelona, 1887, al cual—como en este problema concreto—nos referiremos más adelante—. Frente a tal interpretación, véase GALLARDO RUEDA, *Derecho Civil y Derecho Hipotecario*, «Rev. Inf. Jur.», 1950, núm. 89, págs. 1.169-1.182.

sustituir la denominación de Derecho Inmobiliario o Hipotecario por Derecho Registral (21). Basta dejarse llevar y comprender toda la alta finalidad pública y la eficacia social que supone y encierra la institución registral. En este sentido, sin doctrinarismo ni ordenaciones de principios, hay que destacar, ya inicialmente, los trabajos recientes de LA RICA y GALLARDO RUEDA (22), destacando, dentro de una concepción civilística pura, que el Registro de la Propiedad *no es institución homologadora simplemente, al servicio de los intereses privados, sino institución de defensa del orden público y mantenimiento de la seguridad social.*

La actividad social, como actividad administrativa, tiene un objetivo y unos órganos que se enlazan y confluyen en lo institucional, *así como el propio individuo, sin dejar de ser individuo social*, cumple una función pública y pone en movimiento todo el mecanismo social y público de la vida del Estado. Cumpliendo sus propios fines, se cumple un fin social.

He aquí cómo—dentro de un ángulo general de la actividad administrativa, la actividad social—entendemos y asentamos el Registro de la Propiedad.

E) ACCIÓN TELEOLÓGICA DEL ESTADO O PROPIAMENTE ADMINISTRATIVA.

1. Al pretender fijar o aclarar el concepto de la Administración—que no se concibe sino dentro de una actividad—, los autores han procurado deslindar la función pública administrativa de las restantes.

Las teorías más importantes son las siguientes (23):

(21) El sentido de institucionar y unificar los Registros—de propiedad, civiles, etc.—ha llevado a MARÍN PÉREZ a dar nombre de *Derecho Registral* a un Derecho que ha venido siendo llamado desde antiguo Hipotecario o Inmobiliario; véase su *Introducción al Derecho Registral*, ed. «Rev. de Der. Priv.», Véase GALLARDO RUEDA, cita anterior.

(22) DE LA RICA AREAL, *Contribución de la legislación Hipotecaria a nuestro progreso jurídico*, en Curso de Conf. del Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1951, págs. 45 y ss., y GALLARDO RUEDA, *El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica*, en el mismo Curso, págs. 14 y ss. El sentido social de la institución registral ocupa también a nuestros clásicos hipotecaristas CASSO, JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, y de ellos nos ocuparemos más extensa y concretamente en la Parte Especial.

(23) SAYAGUES, ob. cit., pág. 46.

- a) Función administrativa es la realizada por el poder ejecutivo.
- b) Es la función estatal que resta, excluidas la legislativa y judicial.
- c) Es la ejecución inmediata de la legislativa y mediata de la constitucional.
- d) Es la actividad estatal que tiene por objeto la realización de actos jurídicos subjetivos.
- e) Es la actividad del Estado para la realización de sus fines.
- f) Es la actividad concreta, practicada y desarrollada por el Estado, para la inmediata obtención de su cometido. Es un hacer *efectivo*.

Con otros criterios (24), se pueden sintetizar así:

- a) Administración, equivalente a *gobierno*.
- b) Administración, como actividad que provee a la inmediata satisfacción de necesidades públicas.
- c) Administración, contrapuesta a Constitución.
- d) Administración, como actividad funcional del Estado para necesidades colectivas.

Casi todos los autores (25) coinciden, con criterios semejantes, en la fijación de estas posturas. JORDANA DE POZAS dice (26) que *«la inmensa mayoría de los fines estatales sólo pueden desarrollarse a través de la Administración Pública, siquiera ésta se valga de modos indirectos. Todos los fines del Estado, al transportarlos a los de la Administración, satisfacen una necesidad pública.»*

No se trata de un totalitarismo absorbente de orden político, sino de dar a la acción administrativa todo lo que entraña de actividad, una *actividad teleológica, no en su unidad, sino en su variedad*. Esta acción es la que empapa todas las demás; es la especie de otra más genérica, la que brota de *administrar, gobernar, regir, tutelar*, entroncada más dentro de los fines del Estado que de sus funciones. De aquí que sea más correcto hablar de una fun-

(24) GARCÍA OVIEDO, ob. cit., pág. 12.

(25) ALVAREZ GENDÍN, *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, pág. 50 y ss. ROYO VILLANOVA, ob. cit., pág. 9 y ss. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I. 13.^a ed. Madrid, 1955, pág. 30 y ss.

(26) JORDANA DE POZAS, en «Rev. de Adm. Pública», *El problema de los fines de la actividad administrativa*, núm. 4, págs. 15 y ss.

ción pública y de una *actividad administrativa*, que de un *fin público* y una *función administrativa*. Precisamente el prodigioso crecimiento de estas últimas, a que alude el propio Jordana, se debe a una madurez y a un robustecimiento de la función pública del Estado.

2.—Ante el Registro de la Propiedad, una concepción de este orden, es decir, como *actividad teleológica del Estado en su diversidad*, nos llevaría a analizar la mecánica, origen y órganos del Registro, desde los más propiamente administrativos o superiores; a la más reducida y concreta del funcionario público—Registrador en la Oficina Pública a su cargo.

3.—No cabe duda de que hay en la institución registral una actividad administrativa. Sobre él, dentro de él y una parte de la que de él dimana. Precisamente lo admitimos *no como excluyente* de lo demás, sino previamente como *impulso*, nervio y movimiento del fin social y público que inspira y anima a todo servicio público, concretado luego dentro de un orden jurídico. Cuál sea y hasta dónde la función administrativa, dentro de una teoría del Registro como servicio público, es problema concreto que analizaremos en la Parte Especial.

F) ACTIVIDAD TÉCNICA.

1.—Consideramos también preciso e interesante referirnos a esta otra modalidad, que es, al tiempo, acepción de una acción administrativa que goza ya de la preocupación y detenido estudio de los autores (27).

(27) Véase, POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1923, vol. I, pág. 106. Y JANOBINI, en su *Corso...*, tomo I, págs. 15 y ss.; GASCÓN Y MARÍN escribe en su *Tratado...*, pág. 35: «En la materia administrativa hay un aspecto jurídico, como lo hay social, como lo hay político, como lo hay técnico, según se analizará más adelante, no debiendo olvidarse que la administración ha de estar sometida a régimen de derecho y que junto al fin jurídico se halla el fin práctico: satisfacción de necesidades generales.» FUEVO, en *La distribución orgánica y territorial de la Administración*, «Rev. de Adm. Púb.», núm. 5, Madrid, 1951, pág. 65, dice que: «El Estado ingresa ahora en una fase de evolución que se puede denominar teológica, por razón de que se está transformando paso a paso en un empresario colosal de todos los intereses de la comunidad, que puede interpretarse como una reducción de los problemas políticos a cuestiones técnicas.»

«¿Es la acción técnica, actividad administrativa propiamente dicha?», se pregunta GARCÍA OVIEDO (28).

La cuestión surge, no en el desarrollo de esa acción técnica, sino en la posición que se adopte al concebir la acción administrativa en general. La acción técnica suele ser considerada como una actividad administrativa especial, es decir, reclusa en las motivaciones públicas—económicas, fiscales, de seguridad, de cultura, etc.—, atendiendo y mirando al elemento humano que la realiza. Así, en un sentido y con un criterio rigurosamente científico, suele decirse que no es verdadera actividad administrativa. Pero en un sentido amplio de Administración, sí.

Pero, ¿no tiende a hacerse cada vez más, la actividad de Estado, una actividad técnica? El mejor procedimiento de orden jurídico—y aun de orden social—de escapar a la politización de la Administración—que tantas consecuencias graves ha traído—, es asegurar y procurar una actividad técnica responsable.

La acción docente, por ejemplo, no es sólo acción administrativa, concebida en la forma clásica, sino acción técnica también. La eficacia—que por sí sola es razón importante de los Estados modernos y aun del Derecho—no se basa tan solo en el aparato administrativo montado al efecto. No estaría sólo en la puridad de procedimientos que reglamente primero, y en ejecutar las normas de una acción de cultura, después, sino en una acción técnica del Estado, ejercitada delegadamente en sus órganos especializados y vivos, con la que se daría cima y efectividad a todo el contenido social y de progreso que la inspira, dando así entrada al elemento humano, personal e íntimo del funcionario, del cual—tanto o más que del aparato legislativo—puede depender aquella eficacia.

2.—Ante el Registro de la Propiedad, la actividad técnica tiene una no pequeña relación. El Registrador es un técnico en Derecho, y toda actividad por él realizada es de *técnica jurídica*, pero no de una manera complementaria, o accidental—en otras actuaciones administrativas, el técnico en Derecho y la propia Asesoría Jurídica intervienen no siempre y, en todo caso, en último trámite—,

(28) GARCÍA OVIEDO, ob. cit., pág. 13.

sino exclusiva y esencial. Hasta el punto de que no se conoce siempre en la vía administrativa esa peculiar *responsabilidad personal que se da en el Registrador*, ni la plena independencia en sus decisiones. (29). En el momento en que califica, realiza una función de orden jurídico civil, bajo el signo de una norma jurídica, y con una técnica del mismo calificativo.

En la doctrina clásica administrativista se observa un cierto desdén por resaltar esa actividad técnica, por ser más partidaria de la «ordenanza», lo «reglamentario» o «el imperio de los antecedentes». Pero si queremos concebir una teoría sólida del Registro como servicio público, es necesario reivindicar y ennoblecer la acción técnica que puede y debe cualificar a toda acción administrativa.

G) ACTIVIDAD JURÍDICA.

1.—El último aspecto que nos va a relacionar la acción administrativa general con la particular de la realización del Derecho, es la acción o *actividad jurídica*.

Toda la acción del Estado es o debe ser jurídica.

Ya hemos mencionado antes, cómo para un sector importante de la doctrina (30), lo administrativo se determina por exclusión de lo que no es legislativo ni judicial. Pero nosotros estimamos que

(29) Véanse artículos 18, 99 y 100 de L. H. y 136 del R. H. sobre la responsabilidad en la calificación y la independencia funcional.—LÓPEZ-AMO, en *El poder político y la libertad*, B. del 8 A., Madrid, 1952, págs. 148 y 149, escribe: «El recurso contencioso-administrativo..., permite que, dentro de la general servidumbre, tenga algunas garantías de que no se le hará mayor mal que el que la Ley le hizo. Y al cabo de algún tiempo de haber sufrido el atropello se ve repuesto en su menguado derecho y recibe indemnización. Eso sí, *el infractor queda impune y con las manos tan expeditas como antes*».

La reciente Ley sobre responsabilidad de la Administración y de los funcionarios confirma este criterio.

(30) Entre otros autores, pueden citarse Meyer, Laband, Jellinek, Fleiner, Dieckmann, a los que hace referencia GARCÍA OVIEDO, ob. cit., pág. 11.—Sobre las tres direcciones—administrativa propiamente dicha, técnica y jurídica—, véase PRESUTTI, en *Instituzioni di Diritto amministrativo*, vol. I, págs. 22 y ss.; véase GASCÓN Y MARÍN, cita (27).—Sin embargo, el criterio de juridicidad, que para quienes buscan el apoyo positivo es de *legalidad*, predomina en la mayoría de los autores. FACUNDES, en *O controlados atos administrativos pelo Poder judiciario*, 1.ª ed., 1941, pág. 76, dice que todas las actividades de la Administración pública están limitadas por la subordinación al órgano jurídico, o sea, a la *legalidad*.

hay una función de *Derecho* y hay otra previa *jurídica*, que envuelve toda otra clase de acciones, sean políticas, sean de gobierno, sean sociales, sean de pura actividad teológica del Estado, en su diversidad. *No hay obrar administrativo*—aun cuando se catalogue de discrecional—, *lícito, admisible y justo, si no va cuajado y tejido de fundamentos de orden jurídico, sean de tipo positivo y vigente, sean de Derecho natural* (31).

Los deseos de deslindar las funciones públicas, han mermado, quizá, el colorido jurídico de las Administraciones públicas. Porque la Administración liberal se caracterizaba por su «razón de Derecho» y porque la totalidad estribaba en su «razón Política», no se ha pretendido ahondar en la «razón de Justicia»—distinta a Derecho—, que debiera envolver toda Administración, para así «desliberalizarla de su razón de Derecho», convirtiéndola en aquella «razón de Justicia», al propio tiempo que trocamos el impulso político de todo quehacer por un impulso de lo justo, haciendo, sí, de éste una consigna, una totalidad, frente a la cual se desenvuelva el vivir de los Estados, de las Personas y de las Colectividades.

Por eso no aceptamos íntegramente el criterio de ROYO VILLANOVA (32), de «distinguir muy bien una actividad dirigida al mantenimiento del orden jurídico y otra que se propone el bienestar social», puesto que el primero tiende en sí y por sí al segundo, y

(31) Sobre el papel del Derecho natural en la relación individuo-Estado, véase la Pastoral del Cardenal Siri *El Camino pasa por Cristo*, citada anteriormente.—«El Derecho natural es la base del derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la Ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre», escribe CASTRO, en *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 421.—Véase también página 116.—ALVARO D'ORS, en *Disc. inaugural en la solemne apertura del curso académico*, 1955-56, Compostela, 1955, págs. 26 y ss., puso de relieve las consecuencias de la no penetración del Derecho Natural escolástico en la trama misma de las instituciones vigentes.—Sobre un concepto del Derecho Natural y su relación con el Derecho positivo, véase CATHEREIN, S. J., *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Madrid, 1945, págs. 195 y 196, y BARBOHM, *Jurisprudenz und Rechts philosophie*, I, pág. 175, cit. por CATHEREIN. Véase PUIG PEÑA, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1942, págs. 4-6; OTTO MAYER, en *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1949, tomo I, se refiere expresamente al papel importante en la formación del Derecho administrativo, Derecho natural. «Derecho—dice—que existe para todas las relaciones humanas y no tiene más que ser comprobado por la ciencia y puesto en acción por el Derecho positivo» (págs. 30 y ss.).

(32) ROYO VILLANOVA, ob. cit., pág. 350; GASCÓN Y MARÍN, en ob. cit., tomo II, 11.ª ed., 1952, pág. 254, escribe: «En la actividad relativa al cumplimiento de los fines sociales, sin prescindir naturalmente de la actividad jurídica a ellos referente, debe ser examinada la acción administrativa».

éste no se explica sin aquél. La actividad de Estado y la acción administrativa deben ser eminentemente *jurídicas*, no porque casi toda ella deba ser *reglada*, sino porque no dar entrada a lo jurídico sería desconocer las bases de Derecho Naturales que asientan y justifican la vida social, el propio individuo y el propio Estado.

Hay un fin de Derecho en el Estado, pero éste mira a los demás, es proyección externa de su ser, busca un destinatario. Pero el Estado, en sí mismo, es y debe ser un Estado de Justicia.

2.—El Registro de la Propiedad, participa de esa acción jurídica doblemente, por las razones anteriores y por el fin, actividad e institución jurídica que le justifican, además de los derechos y efectos que constituyen su nervio y su contenido.

Hipotecaristas y administrativistas que reclaman para sí la institución registral, tienen que discutir y plantear el problema en un terreno que les es común: la *justo* del Derecho de Propiedad y del Registro de tal nombre, en cuanto a tal Derecho, no en cuanto Estadística, Información o plan Político. Ese asentar, sellar o hacer constar las relaciones jurídicas sobre inmuebles, no de manera gráfica, meramente exteriorizadora, sino dando vida, eficacia y movimiento a los asientos del Registro, se basa en el imperativo de la certeza y seguridad de las propias relaciones jurídicas, a la vez que robustece otros principios, como la prescripción, la posesión efectiva y real, la ejecución de un crédito, etc.

Lo público, lo social y hasta la misma función calificadora del Registrador, vienen luego. Pero en sí, participan y reflejan la alta razón de Justicia, esa misma que matiza toda acción administrativa, aun la más general, y que resalta más abundantemente ante la Institución del Registro de la Propiedad, que es jurídica, reforzada además por el principio de legalidad, y que, concebida como servicio público, desarrolla una actividad de la misma índole, de manera total y excluyente, caracteres éstos que convendrá tener muy en cuenta a la hora de fijar su naturaleza y elementos.

CAPÍTULO II

LA ACCION ADMINISTRATIVA EN PARTICULAR:
LA REALIZACION DEL DERECHO

A) LA FUNCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO.

El Estado tiene, además, una función especial que cumplir, que es la judicial, o *actividad jurisdiccional*, sancionadora, ejecutora y garantizadora de la otra función del Estado, denominada legislativa, no como reguladora, impulsora o dirigente como ésta, sino como actividad específica, con sus órganos, sus servicios y sus características.

ZANOBINI (33) ha concretado cuál sea actividad distinta de la Administración, ya que la jurisdiccional se agota en el acto puramente de voluntad y de enjuiciar, influyendo en la actividad material de otros sujetos, pero no implica en modo alguno tal actividad, mientras que la Administración añade al elemento riguroso de voluntad, el material de la actividad práctica, con efectos en la realidad externa.

También se ha querido encontrar la distinción, en que (34) lo jurisdiccional es siempre actividad jurídica, y en la Administración no lo es única y exclusivamente.

Indudablemente la función judicial es de orden distinto a la actividad administrativa propiamente dicha, que es la que nosotros hemos señalado como actividad teleológica del Estado en su diversidad.

Esta función judicial se corresponde con el poder judicial, uno de los tres con que tradicionalmente ha venido distinguiéndose en el poder del Estado, según Montesquieu, y con los precedentes de

(33) ZANOBINI, *Corso...* Edic. 1954, tomo I, págs. 13 y 14.

(34) VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, págs. 15 y 16.
Véase cita (30).

ROUSSEAU (35), y sobre ella recae, a su vez, una acción administrativa. En principio, pues, es de un orden más circunscrito que lo administrativo, pero se vale de éste, en cuanto a organización y eficacia, para el propio ejercicio de su actividad y su desarrollo.

B) LA «REALIZACIÓN DEL DERECHO» EN LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Todos los autores se plantean en sus Tratados Generales el problema de la fijación de la materia administrativa, pero aludiendo —por lo que respecta al orden judicial—más bien a los criterios que suelen servir de frontera entre las distintas funciones del Estado o las acepciones dadas a la Administración, sin que merezcan un capitulado especial, ni siquiera en lo que pueda suponer de servicio público o de órgano—y organización—, dentro del Estado mismo.

La causa posiblemente está en una preocupación del administrativista por aquellas materias de un orden más bien reglamentario, por la indole de *impulso* que suelen encerrar muchas de sus disposiciones—lo que se llamará *fomento*—, o por lo que de regulación o *limitación* exista en ellas—*policía*—. Veamos brevemente estos criterios.

1.—En los Tratados de Derecho Administrativo.

GASCÓN Y MARÍN (36), tras citar los trabajos de Colmeiro, Molano, Posada y Fernández de Velasco, destaca que no hay unifor-

(35) La doctrina de la distinción de poderes de voluntad y poderes de ejecución, en la cual se asienta una buena parte de la doctrina administrativa —Rösleer, en Alemania; Mencci, en Italia, y Santamaria de Paredes, en España—tiene su origen en la formulada en un orden político-social, más que jurídico, por Rousseau al expresar que en toda acción libre es posible distinguir dos fundamentales causas productoras: una moral, la voluntad que determina el acto, y otra física, el poder que lo ejecuta (*Contrato Social*, libro III, cap. I).

(36) GASCÓN Y MARÍN, *Tratado...*, tomo II, 11.ª ed., 1952, págs. 251 y ss. El mismo autor, en la misma obra, 12.ª ed., tomo I, Madrid, 1955, págs. 30 y ss., desarrolla, dentro de la doctrina general, los criterios de «Administración», y después de pasar revista a cada uno de ellos—gestión económica, función ejecutiva, servicios públicos, etc.—, termina diciendo que «si la palabra Administración, significa servir, actividad aplicada al cumplimiento de fines, su noción como base del Derecho administrativo deberá hallarse en la de actividad encaminada a la realización de los fines públicos, de los servicios públicos, sin

midad de criterios a la hora de trazar un plan de esta parte especial del Derecho Administrativo referente a la acción administrativa.

Ello no es extraño, porque, como hemos visto al principio, no es fácil concretar el contenido de lo administrativo, máxime si el ángulo de estudio es, de suyo, también administrativista. Casi todos los autores citados por Gascón y Marín coinciden en que hay algo que tiene parecidos con «administración de justicia», distinta a «administración social» o «administración política». Pero en el desarrollo doctrinal, ese orden judicial se viene a limitar a la *policía en sentido estricto*, que es modalidad administrativa más elaborada y estudiada.

El ilustre administrativista español habla de la *estadística* y los *registros* como «servicios comunes a direcciones varias de la actividad administrativa», distinguiendo luego una actividad encaminada a fines jurídicos, y otra a fines sociales. La primera la limita a las personas, organización administrativa de los derechos individuales y políticos, mantenimiento del orden, policía de seguridad, funciones preventivas, etc.; y la segunda, reducida a la policía de propiedad, propiedades especiales y servicios. Y en esta mentido se orientan los capítulos II y siguientes. En lo que llama *actividad judicial*, no llega tampoco a estudiar la reglamentación de la propiamente función o poder judicial, o su organización o la caracterización esencial o especial de lo que suponga de servicio público, etc., ni tampoco los problemas de seguridad jurídica general, o las limitaciones jurídicas de la propiedad, en la parte correspondiente a la policía de ésta.

ALVAREZ GENDÍN (37) estudia, en la segunda parte de su obra, las funciones administrativas, entrando directamente a hablar de la Policía de Orden Público, de Abastecimientos, etc., sin aludir a parte alguna de la Administración que pueda tener por objeto la realización del Derecho.

Semejantes lagunas se encuentran también en otros autores.

limitarla a la del Estado» (pág. 37).—Como regla general, por tanto, la incorporación de los fines de Justicia a la Ciencia de la Administración dependerá, en parte, del criterio que se señale al fijar la materia administrativa.

(37) ALVAREZ GENDÍN. *Manual*. 273 y ss.

Así, GARCÍA OVIEDO (38) dedica el título III del libro II a las *Funciones Administrativas relativas al Derecho*; pero tras este sugestivo e interesante epigrafe, se limita a desarrollar la noción, acción y organización de la Policía, Policía de la libertad, seguridad, etc., es decir, la más puramente administrativa o reglamentaria.

Sayagues alude a los criterios de separación de lo jurisdiccional, y las demás funciones, pero en su obra no hay un desarrollo específico de aquélla.

ROYO VILLANOVA se plantea (39), en la segunda parte del libro I, el problema de la actividad administrativa, distinguiendo la actividad jurídica y la actividad social, entendiendo por aquélla, «en un sentido objetivo, la que desarrolla la actividad pública para el mantenimiento del orden público, y en un sentido subjetivo la facultad soberana de la Administración de limitar los derechos de los particulares o de coordinarlos con el interés público». Y termina diciendo: «La Administración jurídica viene a ser lo mismo que Policía en sentido estricto». Y si bien luego estudia en concreto las distintas manifestaciones de aquélla, dedica un capítulo preliminar, dando entrada al «Derecho como materia del servicio administrativo», refiriéndose a las tres funciones del Estado en orden al Derecho: su regulación (Legislación), su reconocimiento y garantía (Registros y Notariado) y su declaración en juicio (Tribunales).

Dejando aparte, en la Ciencia extranjera, a Zanobini, del que hablaremos más adelante, VALENZUELA SOLER (40), bajo la rúbrica de «La Administración y el Derecho» se refiere a: «La Administración, colaboradora de la función legislativa. La Administración de Justicia. La Jurisdicción voluntaria y las funciones de investidura de fe pública».

(38) GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, ob. cit., tomo II: SAYAGUES, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 46. Sin embargo, ambos autores, esporádicamente, sobre todo al clasificar los servicios públicos, hacen mención al que tiene por objeto la justicia, calificado por G. OVIEDO como *esencial*, pág. 253, tomo I. de su ob. cit., y para SAYAGUES como *función esencial*, distinta de *cometido social*, págs. 69 y 70. Véase también la pág. 46.

(39) ROYO VILLANOVA, *Elementos*, tomo I, págs. 349 y 367.

(40) VALENZUELA SOLER, *Programa de Derecho Administrativo*, Segundo Curso Madrid, 1955-56, págs. 7 y 8.

2.—En la Doctrina en general.

Esta ausencia, casi general, que hemos advertido en la Ciencia de la Administración, para estudiar, dentro de la materia administrativa, lo concerniente al Derecho, no se corresponde, por fortuna, con una tendencia, cada vez más fuertemente acusada, en la doctrina, que con mayor amplitud—y a nuestro modo de ver, con mejor criterio—, acoge estos problemas.

GUAITA (41) señala una serie de trabajos de García Oviedo, González Pérez, Lozano, Núñez Lagos, Romani Calderón, Treviño, Ventura Traveset y otros, que son verdaderas aportaciones científicas a la Ciencia de la Administración, dentro de «Los fines en particular», uno de los cuales se concentra en la pública «Administración de la Justicia». Garrido Falla es también otro de los autores que con más detenimiento se ha dedicado a incorporar a la Ciencia y Ensayos de la Administración los concernientes a la realización del Derecho. Trabajos todos éstos a los que nos referimos con frecuencia a lo largo de nuestro estudio.

C) LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.

Para terminar esta parte, referente a las posibilidades o medios de incorporar más abiertamente los problemas de la Justicia y del Derecho a la materia administrativa, vamos a referirnos a lo que más modernamente se denomina *justicia administrativa*, como acepción que parece conciliar en sí los dos grandes entes, Administración y Justicia.

La expresión *justicia administrativa*—consagrada, además, por la Jurisprudencia—choca un poco al profano en la Ciencia de la Administración. *Siempre han resultado peligrosas las adjetivaciones de la Justicia*. Se ha hablado mucho de justicia social, justicia penal, justicia laboral, etc., y por tanto de justicia civil, justicia mercantil o justicia registral. Lo exacto sería remontarnos a la Justicia en su Unidad, para descender a las diversas clases de Derecho

(41) GUAITA, en *Bibliografía española de Derecho Administrativo*, publicado en «Rev. del Instituto de Derecho Comparado», núm. 4, ene.-jun. 1955, página 446; véase también GARRIDO FALLA, en *Transformaciones*.

y unir la *Idea con la Medida Una* por medio de lo jurisdiccional, con lo cual se hacen más exactos los conceptos de jurisdicción laboral, jurisdicción penal, jurisdicción civil, etc.

No obstante, hay que partir de esa doctrina sobre la *justicia administrativa*, planteada toda ella desde la Ciencia de la Administración y no dentro de la Filosofía del Derecho o Justicia General. Además, aun dentro de la Ciencia de la Administración, la Justicia administrativa se ha estudiado bajo el prisma de lo contencioso-administrativo.

GARRIDO FALLA (42) habla de ella como del grado último de una garantía del particular, por la declaración en un orden sustantivo administrativo, que no se reduce a una declaración formal, haciendo efectivos los intereses por la existencia de la vía contencioso-administrativa. Ante el Derecho subjetivo y los simples intereses fácticos, no protegidos por el orden jurídico, debe hablarse de la categoría especial del «interés legítimo» que resulta de la protección indirecta que las normas de acción procuran a determinadas situaciones individuales.

La justicia administrativa, pues, es presentada con este sentido parcial, porque su explicación se ha hecho singularmente para justificar cómo la Administración—interés general público—es juez de su propio interés. Ahora bien: como entiende GUASP (43), un pro-

(42) GARRIDO FALLA, en *Transformaciones...*, págs. 159 y ss., estudia con detenimiento y amplitud los fundamentos de la justicia administrativa.

Con el nombre de justicia administrativa se quiere revestir una actividad jurisdiccional antes reducida al ámbito contencioso-administrativo. Este posible equivoco, que permitiría luego una pretensión de ensanchar el ámbito registral esa citada justicia administrativa, se revela por este dato: En la «Rev. del Inst. de D. C.» citado, núm. 4, hay unos trabajos con esta denominación: *Razones y bases de reorganización de la Justicia administrativa en Grecia*, de Dendias, páginas 122 y ss., y *Los Principios del ordenamiento de la justicia administrativa en Italia*, de Lessena, pág. 159. Por el contrario, son idéntica materia, BARBER escribe en la misma revista, pág. 98, sobre el *Crecimiento del contencioso-administrativo en Francia*, o el de VENDEL, pág. 112, sobre *La reforma de lo contencioso en Francia*.—Conviene tener en cuenta estas citas, porque a la hora de fijar la función del Registrador, lo de *justicia administrativa* parece encaja mejor que *contencioso-administrativo*, cuando en realidad es lo mismo.

(43) GUASP, en el Prólogo a *Derecho procesal Administrativo*, de GONZÁLEZ PÉREZ, tomo I, pág. 32, Madrid, 1955.—La posición de GUASP, institucionando el proceso, es decir, dándole consistencia y sustancialidad, no deja de ser peligrosa, y aún en ocasiones contradictoria. Dice GUASP, en la pág. 26 del citado prólogo, que «ha sido preciso proclamar por ello que la unidad del orden jurídico es un puro espejismo; que no es cierto que una misma materia se reparta en trozos diferentes, sino que, por el contrario, que todos y cada uno de los componentes de la realidad del Derecho pueden ser configurados como

ceso administrativo es una institución afín de cualquier otro ente judicial, singularizado tan sólo porque los temas sobre que recae plantean lógicamente problemas referentes a la Administración. Esa institución del proceso, reflejada asimismo en el proceso administrativo—que González Pérez aborda tan decididamente—es la que vendrá también a llenar el contenido de la *justicia administrativa*.

De aquí la necesidad obligada de relacionar esa justicia administrativa con lo que es jurisdicción voluntaria (44), que puede ser ejercida—y así ha ocurrido históricamente—por un órgano administrativo, y analizar si aquella denominación de justicia administrativa encaja perfectamente o no a estas otras resoluciones, derivadas de actos de jurisdicción voluntaria o de otros órganos administrativos que no son precisamente aquellos de indole contencioso-administrativo, problemas éstos que no podemos analizar aquí, sino tan sólo insinuar, como interrogante que puede servirnos de antecedente, cuando abordemos el problema de la naturaleza de la función calificadora y el valor de las resoluciones de la Dirección General, entendidas en no pocas ocasiones como *justicia administrativa* también.

... pertenecientes a disciplinas jurídicas distintas, según la perspectiva desde que esas materias se contemplen... El postulado de la unidad del orden jurídico único se ha derrumbado... Sin embargo, parece que eso no se corresponde con lo sostenido en las págs 29 y 30: «Gobierno, Administración y Justicia, aunque aparecen como estructuras solemnes y vigorosas dentro del campo del derecho público, no están tampoco ausentes del Derecho privado, sino que son más bien constantes jurídicas que se pueden predicar de todos los territorios del Derecho, porque describen diferentes modos de ser de las relaciones jurídicas de cualquier clase... La idea de Administración se encuentra voluntariamente en el Derecho privado como un concepto que trata de explicar la actividad de aplicación de medios afines». Esta afirmación, en la que se orienta con idéntico criterio nuestro trabajo, no resultaría cierta de no existir una unidad del orden jurídico, por más que en razón a un afán de llevar a un terreno propio y especial todas las cuestiones, se desdibuje la citada unidad, que proclamamos previamente, porque si no, hubiésemos hecho un trabajo defendiendo la sustantividad, la independencia y autonomía de las normas, principios, procedimiento y función del Registro de la Propiedad.—Véase sobre el sentido institucional del proceso, GONZÁLEZ PÉREZ, en *Derecho Procesal administrativo*, ob. cit., pág. 62 y la bibliografía a que hace referencia.

(44) Sobre Jurisdicción contenciosa y voluntaria, véase, PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Zaragoza, 1946, págs. 75 y 76; véase, no obstante, ALCALÁ ZAMORA, *Premisas para determinar la indole de la llamada Jurisdicción voluntaria*, Milán. 1950.

CAPÍTULO III

EI REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA ACCION
ADMINISTRATIVA DE LA JUSTICIA

A) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Ante una institución, reivindicada hoy por los los administrativistas como función de carácter administrativo, ni siquiera como derivada de un acto de jurisdicción voluntaria, será interesante ver cuál ha sido la atención de la Ciencia de la Administración por ella.

1.—En los Tratados de Derecho Administrativo.

ALVAREZ GENDÍN (45) se limita a mencionar en la parte de la Organización Administrativa la existencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dentro del Ministerio de Justicia, sin entrar en la determinación de la función que desarrolla.

GASCÓN Y MARÍN (46) hace semejante mención al hablar de la organización del Ministerio de Justicia, citando el Reglamento de 14 de febrero de 1947, y otras disposiciones hipotecarias, encuadrando los Registros y la Estadística como servicios comunes a otras tareas administrativas, aludiendo entre ellos a los del estado civil, Sociedades, Sociedades de Seguros, Aguas, Propiedad Intelectual, Mercantiles, Banca, Penados y Rebeldes, y el de «Propiedad territorial para la inscripción y anotación de actos referentes al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles». Con esa *situación horizontal* del Registro de la Propiedad, y los otros Registros estrictamente administrativos, puede estimarse la uniformidad en la apreciación por el sólo hecho de este emplazamiento con

(45) ALVAREZ GENDÍN, *Manual de Derecho Administrativo Español*, Barcelona, 1954, págs. 37 y 273.

(46) GASCÓN Y MARÍN, *Tratado....* tomo I, 1955, págs. 53, 254 y 261.

junto, ya que las diferencias son sobradamente conocidas, por su carácter, efectos y transcendencia.

ROYO VILLANOVA (47), además de la cita sobre la Dirección General del Ministerio de Justicia, hecha por todos los administrativistas, concreta más este tipo de actividad con la rúbrica de «El Derecho como materia del servicio administrativo», distinguiendo la regulación, la declaración y la garantización del Derecho, extremo este último que constituye la actividad administrativa del Registro de la Propiedad, si bien separa la materia civil—declaración de los títulos sujetos a inscripción y a sus efectos—y la materia administrativa—organización y reglamentación del servicio, horas abiertas al público, nombramiento, traslado, retribución, etc., de los empleados—. Y consecuente con esta separación, cita los artículos 605 y 607 del Código Civil, de un lado, y disposiciones reglamentarias para la ejecución de la Ley Hipotecaria y de aquellos preceptos, de otro.

Nosotros—como luego veremos—reconocemos esta parte de materia administrativa, pero la razón del servicio público y su naturaleza la encontramos en razones más hondas y esenciales que las derivadas de esa materia de carácter orgánico y adjetivo.

Para VALENZUELA SOLER (48), el Registro de la Propiedad ya no es materia administrativa, común a otros servicios, como para Gascón; o aspecto preliminar del Derecho en los servicios administrativos, con una parte civil y una parte administrativa, como para Royo, sino que le dedica y le configura dentro de «La Administración y el Derecho», de manera especial y no genérica, a la altura, por ejemplo, de la Policía de Seguridad. La bibliografía citada por Valenzuela Soler, especialmente la referencia que hace a los trabajos de Alcalá-Zamora y González Pérez, juntamente con el estudio de los actos de jurisdicción voluntaria, prueban el sentido total, específico y de fondo con que se da entrada al Registro dentro de la Ciencia de la Administración, criterio que sólo tiene parecida amplitud en el tratadista italiano Zanobini, Vitta y algunos otros.

(47) ROYO VILLANOVA, *Elementos...* ob. cit. págs. 211-366-368.

(48) VALENZUELA SOLER, *Programa...* págs. 7 y 8.

En GARCÍA OVIEDO (49), salvo la inevitable alusión a la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya no encontramos apartado alguno referente al Registro de la Propiedad, ni al hablar de los actos administrativos y sus categorías o clases, ni al estudiar la acción administrativa común—habla, sin embargo, de la Estadística y del Catastro—ni en la acción administrativa en particular, ya que las funciones relativas al Derecho las limita a la Policía y sus distintas clases; y en las actividades de orden social, menciona y estudia las referentes a la vida económica, física, propiedad industrial e intelectual, nada más.

SAYAGUES (50) se plantea el problema del Registro de manera algo más general, al determinar la distinción de las funciones administrativas y los cometidos sociales. Dice que «el Estado no se limita a la mera formulación de la norma reguladora de la actividad privada, sino que realiza otra actividad específica, para controlar y encauzar aquella misma actividad de una manera complementaria, con la finalidad de obtener un mejor resultado. Así, con fines de constatar, crea registros y exige inscripciones de determinados actos realizados por los particulares».

Sayagues, en la clasificación de los actos administrativos, habla del *acto administrativo del Registro*, definiéndolo como *aquel por el cual la Administración anota, en una forma precisada por el derecho objetivo, determinados actos o hechos, cuya realización se quiere hacer constar de manera auténtica*. La inscripción de los nacimientos y defunciones constituye el Registro de otros tantos hechos; la inscripción de los contratos de compraventa, hipotecas, arrendamientos de inmuebles, constituye el *registro de actos celebrados entre particulares*. El acto de registro—sigue diciendo Sayagues—, puede hacerse de oficio, a petición de parte o de mandato de autoridad competente. A veces es facultativo, a veces obligatorio. *Los efectos que devienen, también son varios; pueden dar fecha cierta del acto o hacerle surtir efecto hacia terceros, o a perfeccionarlos, constituyendo una solemnidad*.

Naturalmente que esta especie de enumeración que hace Say-

(49) GARCÍA OVIEDO, ob. cit., págs. 12-160-766 del tomo I, y 3-31-89 y 315 del tomo II.

(50) SAYAGUES, ob. cit., págs. 53 y 429, el cual cita también los trabajos de ZANOBINI, a los que haremos más extensa referencia en otro lugar.

gues, posiblemente sin otro móvil que el mero distingo, es precisamente lo que hace variar la naturaleza de uno y otro Registro, pues si la constitución, supone perfección del acto—junto a otros elementos, estrictamente civiles, por ejemplo—, hay algo más que una mera autenticación de índole administrativa. Pero, no obstante, esta atención prestada al Registro de la Propiedad, puede considerarse en la Ciencia de la Administración como interesante y meritoria.

SANTA MARÍA DE PAREDES (51), alude al Registro de la Propiedad, dentro de la función administrativa relativa a la propiedad.

2.—En la doctrina en general.

El ilustre Profesor español JORDANA DE POZAS (52), no menciona—que sepamos—al Registro de la Propiedad en sus trabajos, pero de su propia definición de servicio público, como «organización permanente de elementos personales y materiales para la satisfacción directa de una necesidad pública», el servicio público comprendería igualmente no sólo la Policía, sino la misma Justicia y hasta la legislación. No cabe, sin embargo, confundirlos con los actos de los particulares. Y—sigue diciendo Jordana—dejando aparte casos muy singulares, ni la Policía, ni la Justicia pueden constituir actividades privadas, mientras que *todas las necesidades a que atienden los servicios públicos, propiamente dichos, han sido históricamente satisfechos por procedimientos de Derecho privado y pueden volver a serlo si cambian las circunstancias.*

No sé si será mucho adivinar, pero nos parece entender que en Jordana de Pozas hay, implícitamente, una configuración del Registro de la Propiedad como servicio público. Y esto lo deducimos por eliminación en la enumeración que hace de los *medios jurídicos* de Fomento—derogación de derechos privados relativos a derechos reales; o de obligaciones, funciones jurídicas como el beneficio de la vecindad, prestaciones personales, etc—, entre los cuales no está. Menos iba a estarlo, en la Policía, el Registro de la Pro-

(51) SANTA MARÍA DE PAREDES, en *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1891, tomo I, pág. 275.

(52) JORDANA DE POZAS, en *Ensayo de una teoría sobre el fomento...*, pág. 53. Esta cita, sobre cierto relativismo histórico del servicio público, puede relacionarse con el criterio de DUGUIT, a que hacemos referencia en la cita (64).

piedad, que es institución que encaja en su concepción del servicio público, mejor que en otra modalidad administrativa.

Como norma general puede decirse que en la doctrina administrativa (53), hay una mayor atención y acogida a los problemas del Registro que en los Tratados y Manuales, y es de esperar que—con el criterio ya decidido del Profesor Valenzuela Soler—a medida que se desarrolle aquélla, se muestren éstos más explícitos. Los trabajos de González Pérez, Garrido Falla, Romani Calderón y Gallardo Rueda, entre otros españoles, y los de Zanobini, Pressuti, Vitta, Alesi y Sayagues en el extranjero, han puesto de relieve los factores administrativos del Registro de la Propiedad, digno de merecer la atención de la Ciencia Administrativa, para así, con mayor madurez y detenimiento, poder elaborar la naturaleza y elementos del Registro en cuanto servicio público.

Puede decirse que esta tendencia se corresponde con un reajuste, pretendido por los administrativistas modernos, para dar un contenido más sustancial a los problemas de su Ciencia y aun de la legislación administrativa—recuérdese, por ejemplo, la legislación de expropiación forzosa o la nueva Ley de Jurisdicción y Tribunales Contencioso-administrativos—, no limitada a un repertorio de disposiciones y reglamentos y ordenanzas tan prolíferos y variados, que por su misma prodigalidad, repetición y diversidad, parece oscurecen las razones hondas, más plena y logradamente jurídicas, de la actividad administrativa.

El servicio público—al que dedicaremos un capítulo especial—ha sido estudiado también con moldes más actuales, con un contenido social más profundo, o mejor, procurando dar a la función social del Estado la garantía institucional del servicio público, mejor que hacer de una necesidad colectiva una necesidad, elevada a la categoría de necesidad pública, más o menos discrecional y efectiva, según el momento político, la dedicación del gobernante o las posibilidades concretas de determinada coyuntura. De esta forma, lo político y lo jurídico del Estado encontrarán en lo administrativo

(53) Véase la referencia bibliográfica que hace GUAITA—cita (41)—, encasillando dentro del apartado VII, *Fines de la Administración*, y en el número 3, el apartado B, de los *Fines en Particular*, el relativo a la *Administración a la Justicia*, aludiendo expresamente a los trabajos de González Pérez, Romani, Calderón, Treviño, Ventura Traveset y otros, referentes al Registro de la Propiedad.

de todo servicio una armonía y fortaleza excepcionales, dado ese camino de cosa justa con que se quiere revestir toda acción administrativa.

Paralelamente a esto, al Registro de la Propiedad le interesa —como veremos luego— reforzar su base de institución eminentemente jurídica en los aspectos de *público servicio*, no sólo porque los ha tenido histórica y comparativamente, o porque de ello existen antecedentes doctrinales de la más pura esencia hipotecaria, sino porque lo social y la seguridad jurídica modernas precisan de él.

B) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO PRIVADO.

ZANOBINI dedica un capítulo IV especial de su Tratado (54), a la «Administración Pública del Derecho Privado» que nos sirve de rúbrica para este apartado. Con ello, el profesor italiano se sitúa de lleno en la corriente administrativa que pretende dar solución y enfoque jurídico, al doble problema del empleo de los medios técnicos jurídicos privados a instituciones públicas, de un lado, y de otro, a la socialización del Derecho privado.

Zanobini entiende que la administración del Derecho privado, en cuanto se concreta en una pública función, o sea, en una forma de intervención necesaria, constituye una limitación a aquel principio de autonomía y libertad que es característico de la vida privada.

Hay en ello una base cierta: la función pública; pero no estimamos exacto del todo llamar «Administración del Derecho privado», en el sentido en que los administrativistas lo entienden porque la *administración*, se da *per se*, también, en las relaciones jurídicas privadas más puras: el pez que pasa de un estanque a otro, el tesoro oculto, la administración en la tutela, la de comunidad o en el negocio de sociedad o en la herencia yacente, etc., en cuyos actos de administración hay algo más que la simple existencia de dos

(54) ZANOBINI, *Corso...*, ob. cit., págs. 173 y ss.; véase también GARRIDO FALLA, *Transformaciones...*, pág. 57, y los trabajos citados de Savatier, Elsmann, Alesi, Presutti, entre otros.

partes, si bien es cierto que sólo ocurre en lo que implican una esfera o zona de gestión—que es el *nervio* más importante de lo administrativo—, por cuya razón exclusiva nadie habla de una función pública a *administrar*.

No obstante—y dejando a un lado el contraste de lo *público de la Administración* frente a lo *privado del Derecho*—, la doctrina de Zanobini no puede resultar más sugestiva e interesante, por lo menos bajo el prisma en que ha sido construida nuestra tesis.

Indudablemente hay una explicación histórica, derivada del órgano que ejecuta y ejerce esa función pública afectante a los derechos privados: unos, depositarios de situaciones jurídicas de esta clase que siguen siendo órganos judiciales, como los que regulan la tutela; otros, que gozan de cierta investidura oficial, como los Registros del Estado civil o de la Propiedad; y un tercer grupo, los que imprimen a los actos fe pública y notoria (55).

El gran descubrimiento—a nuestro modo de ver—de Zanobini ha sido el realzar y justipreciar la función pública—vamos a dejar si estrictamente administrativa o no—de los Registros—también alude a los de buques, aeronaves, automóviles, etc.—, no como servicio común, auxiliar o complementario; no como reflejo de un acto administrativo que pueda ser más o menos adecuadamente calificado como de *admisión*, *confirmatorio* o de *constatación*, sino dentro de una teoría general, primero, y dentro de la especialidad de una actividad administrativa concreta, después, como lo revela ese capítulo IV, núm. 2.º, «*Attività di attestazione*: 1, L'atte e la sua duplice funzione certificativa e di controllo; 2, Atti ad probationem e atti ad substantiam: constitutiva di questi ultimi e loro valore di limite extrinseco all'autonomia privata; 3, Gli atti di pubblicità dei Diritti.» Y en el apartado 8: «La Administración pública de los Derechos reales inmobiliarios», que él, con copiosa bibliografía de los hipotecaristas italianos Mirabelli, Gianturco, Gorla, Morittu, Galtaria, Pugliatti, Miorca, Corrado, etc., estudia en la parte relativa al órgano—i conservatori degli apositi registri—, en sus dos ma-

(55) Distingue: 1.— a) L'autorità giudiziaria conserva una parte dell'antica attività certificativa risperalle situazioni di Diritto privato. b) Gli organi in senso proprio sono principalmente gli ufficiali dello stato civile conservatori dei registri immobiliari.—2. I professionisti investiti della funzione di attribuire la fede pubblica ai negozi e ad altri fatti giuridici privati sono i notari (ZANOSINI, en *Corso*, tomo V. págs. 177 y 178)

nifestaciones certificativas: *transcrizione e quella della isclizione dei registri immobiliari*—y en las funciones y efectos: *puramente dichiarativo... Sembra portersi affermare che la trascrizione ha valore di accertamento costitutivo, in quanto solo con essa i cambiamenti sei rapporti giuridici reali dispiegano completante la loro efficacia*— que tiene aplicación en el Derecho de Propiedad, servidumbres, Derechos personales y otros, mientras que en materia de hipotecas, la inscripción es constitutiva. *L'iscrizione si riferisca soltanto al diritto reale immobiliare di garanzia: all'ipoteca.*

Con una extensión desacostumbrada en la Ciencia de la Administración, Zanobini estudia y enjuicia los problemas del Registro de la Propiedad, revalorizándose dentro de aquella esa función autenticadora que, por la fuente y la titularidad de los derechos, es juridico-privada, pero que en cuanto se les da constancia registral y cierta—respecto a la sociedad—, es también pública. Hay algo más que el acto o el procedimiento (56), para entender como administrativa una función. Es esa «*attività di attestazione*» lo que da carácter público y eficacia social al Registro—y ello, a pesar de que Zanobini tiene muy a la vista el sistema registral italiano, que no es precisamente el más progresista—. Nosotros, insistiendo en esta orientación, que surge del propio campo administrativista, demostraremos luego que esa actividad de autenticidad, de publicidad, de garantía jurídica y de seguridad, constituye uno de los elementos que habrán de integrar el Registro de la Propiedad como servicio.

C) LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SOCIAL EN EL REGISTRO.

El afán de «administrativizar» todas aquellas funciones que tienen un colorido trascendente y social ha llevado moderadamente (57), a estudiar con un criterio específico y concreto lo que se

(56) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, *Naturaleza del procedimiento... e Impugnación de los actos...*, ya citados. Asimismo, la referencia y asentimiento de GARRIDO FALLA, en *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pág. 129.

(57) Un compañero nuestro prepara una tesis doctoral sobre «La Administración de la seguridad social», dando a ésta unos criterios firmes y sustantivos, por encima del ingrediente político que aquella pueda encerrar. Cuando se publique, ocupará un lugar en esta cita.

ha llamado «Administración de la seguridad social». Ahora bien: la seguridad social, ¿no es sino la misma seguridad jurídica con criterio de bien común, de paz justa, de justicia social o de obrar, buscando en la certeza de las relaciones las más apremiantes, como las laborales y todas aquellas que constituyen un repertorio de necesidades jurídicas en pro del bienestar, del orden y del equilibrio social? ¿No es, en definitiva, la superación o el conjunto de las seguridades jurídicas individuales?

Aquella seguridad jurídica precaria, reducida a la individual—casi más al ámbito de la libertad de cada cual, de índole penal más que de otra clase—y esa obra emergente, preventiva de la seguridad social en el terreno de las relaciones del mundo del trabajo y sus afines, se han visto arrolladas y superadas por una concepción amplia y definitiva, porque aquella y ésta no son sino manifestaciones de un imperativo nuevo, de nuestros días, que es el bienestar general, o el bien común (58), dentro del sentido inevitable de progreso que se advierte en todas las relaciones humanas, económicas, industriales y cuantas constituyen un imponderable del vivir y de las que no pueden ser una excepción las relaciones jurídicas todas.

Ha sido descubrimiento del Derecho moderno la revitalización de las formas o modos preventivos, mejor que apelar a medidas punitivas o de beneficencia, con que supletoriamente el Estado y la sociedad venían a sopesar el equilibrio tegiversado y alterado por la propia libertad, a la que ambos hacían mero instrumento en su salvaguardia y justificación. Así, el seguro no evita el riesgo, pero lo elimina, como el Registro no hace desaparecer la contienda judicial, pero la aminora y la encauza.

(58) En *Doctrina social de la Iglesia*, Madrid, 1956, de Alberto Martín Artajo, Máximo Cuervo y Federico Rodríguez, pueden verse las bases jurídicas de la seguridad social a través de textos pontificios. Véase *Diccionario de textos sociales pontificios*, Madrid, 1956, de Tomás Calvo. Asimismo, sobre la *función social* de la propiedad, sus relaciones en orden al bienestar y la seguridad pública y social, puede verse *La Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias*, publicaciones de la Junta Técnica Nacional de A. C. E., págs. 1139 y 1160. Véase también el trabajo de MUÑOZ ALONSO, *La libertad en San Agustín*, «Rev. Calasancia», núm. 2, abril-junio, 1955, pág. 127, en el que se traza el esquema de la libertad en San Agustín, con los ingredientes propios del cristianismo, y en el que teórica y científicamente se conjuga ese imperativo con la seguridad como puede deducirse por el comienzo del trabajo: «La existencia de la libertad goza en San Agustín, de carácter de seguridad idénticos a los que ofrece la existencia personal.»

La seguridad jurídica no es propia o exclusiva del Derecho privado o del Derecho público (59), aunque por la pereza legislativa a dar nueva regulación a las normas de aquél, se haya visto más mimada por las de este último. Se cumple tal seguridad no sólo con las clásicas medidas de Policía, que llenan capítulos y capítulos del Derecho Administrativo, sino con modos y maneras de *autenticidad*.

En el orden concreto del Registro, no hay sino ver la exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, al lado de una corriente doctrinal (60). La insatisfacción general ante unos fines a cumplir, revela, por este solo hecho, la existencia de los mismos, de manera que a Gallardo Rueda le lleva a intentar explicar la doctrina del Registro de la Propiedad dentro del orden público —según terminología de Sauer, seguridad jurídica—, si bien en la situación actual, ello siga siendo hoy pura teoría, aunque no menos urgente imperativo.

Nosotros hacemos de esa seguridad jurídica, no sólo una razón para concebir el Registro como servicio público, sino un *elemento* de éste, que nos explicará, primero, su propia justificación y el sentido social, y después nos ayudará a determinar el verdadero cauce de la función registral y algunos aspectos de la organización

(59) ALONSO GARCÍA, en *Régimen Administrativo y seguridad social*, separata al núm. 4 de la «Rev. Iberoamericana de Seguridad Social», julio-agosto de 1955, estudia este problema en la parte general de su trabajo, refiriéndose al Estado de Derecho como forma política, esencialmente jurídica, que da contenido a todo quehacer que procure el goce pacífico, útil y seguro de un derecho; véase también los trabajos de Kelsen, *Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, 1934; JELLINOK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1954, y LARRAZ, *El Estado de Derecho*, en «Rev. Ad. Pub.», núm. 6, 1951, pág. 24. JORDANA DE POZAS, en *El problema de los fines de la actividad administrativa*, «Rev. Ad. Publ.», 1951, núm. 4, se refiere a la seguridad social que viene detrás de la seguridad jurídica, seguridad nacional y seguridad física, y alude a que el carácter de servicio público de la seguridad social es claro.

(60) Véase las lagunas advertidas por el legislador en la exposición de motivos de la L. H. de 1861, tomadas del D. 6-VIII-1855: «están condenadas—las leyes anteriores—por la ciencia y la razón, porque no garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales». Añadiendo que la reforma era urgente e indispensable «para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados»; véase cita (22), referente a las ideas de Gallardo Rueda sobre el particular, que tanto han orientado nuestra tesis.

y reglamentación de tal servicio público, como público y sociales son los fines que siempre tuvo, y que acaso hoy, por un complejo de causas—precisamente cuando se agiganta el concepto de la seguridad social y jurídica—, menos cumple o más palidecen (*).

(Continuará.)

JESÚS LÓPEZ MEDEL

Ayudante de Derecho Natural
y Registrador de la Propiedad.

(*) Ya en prensa este trabajo, «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público», ha sido concedido a su autor, a propuesta de la Facultad de Derecho de Madrid, el PREMIO «GASCON Y MARIN», que, fundado por el ilustre administrativista que lleva su nombre, es destinado a premiar los estudios de investigación concernientes a la Ciencia de la Administración, constituyendo en este sentido una de las más altas distinciones universitarias de nuestra Patria. De esta manera se corrobora así la calificación de Sobresaliente que obtuvo la tesis doctoral en su día. López Medel, autor también del importante libro «El problema de las oposiciones en España», escritor universitario, consejero de la Institución «Fernando el Católico» (C. S. I. C.), es profesor de Derecho Natural y pertenece a la última promoción de Registradores de la Propiedad. Nació en junio de 1927.

Las Entidades locales y la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (*)

SUMARIO.—I. *La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y las Entidades locales.*—1. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.—2. La regulación del contencioso-administrativo local.—3. La unidad del proceso administrativo.—II: *La posición procesal de las Entidades locales.*—1. Las Entidades locales en el proceso administrativo.—2. Las Entidades locales como parte demandante.—A) Las Entidades locales, demandantes en los procesos referentes a actos de otra Entidad pública.—B) Las Entidades locales en el proceso de lesividad.—3. Las Entidades locales como parte demandada.—III: *Los procesos especiales.*

I

LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LAS ENTIDADES LOCALES

1.—LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (1).

En 1954, cuando se abordó la tarea de reformar nuestra Jurisdicción contencioso-administrativa, desde la Academia de Juris-

(*) El presente artículo es el texto de la conferencia pronunciada por el autor en el Salón de Actos del Cabildo insular de Gran Canaria, durante las «Jornadas Municipalistas» de 1957.

(1) Un estudio general de los problemas que plantea la nueva Ley, en mi *Derecho procesal administrativo*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

prudencia me permití señalar la tremenda responsabilidad que asumía el legislador y los graves riesgos que ello suponía. Pues si peligroso hubiese sido no abordar una reforma cuya necesidad era por todos exigida, mucho más hubiese sido satisfacer a medias aquella necesidad promulgando un nuevo texto, en el que, por respeto a los intereses creados o por buscar fórmulas de transacción entre criterios dispares, se hubiesen mantenido, con atenuaciones más o menos apreciables, algunos de los defectos capitales de la legislación en vigor.

Afortunadamente no ha sido así. Y el texto que obtuvo la sanción legislativa de 27 de diciembre de 1956, supone, sin duda alguna, un paso decisivo en la estructuración de un régimen de garantías del administrado.

He de reconocer, sin embargo, que algunos de los problemas fundamentales que nuestra legislación tenía planteados, como el de la especialización de los Magistrados en esta Jurisdicción, sólo a medias ha sido resuelto. El Gobierno, en el proyecto que remitió a las Cortes, con un ponderado criterio digno de elogio, contenía una innovación trascendental, que podía haber sido decisiva: la posibilidad de ingresar en las Salas de lo contencioso-administrativo, además de por el procedimiento del concurso entre los Magistrados que acreditaren una especialización jurídico-administrativa, por el mecanismo de la oposición directa, a la que pudieran concurrir todos los Licenciados en Derecho. El proyecto pretendía atraer a esta Jurisdicción a lo mejor de nuestras Facultades de Derecho, con vocación decidida hacia el Derecho público, ofreciéndoles el aliciente de una brillante carrera en la Magistratura.

En las Cortes fracasó este loable propósito. Por razones que todos conocemos, se derrumbó uno de los preceptos más encomiables que contenía la reforma, al convertir aquella oposición libre en una oposición restringida, a la que únicamente podían concurrir los Jueces y Magistrados con tres años de servicios efectivos.

Todavía, sin embargo, es posible salvar en parte la reforma, si el Gobierno hace uso adecuado de la autorización que le otorgan las disposiciones adicionales, y regula adecuadamente la oposición y el concurso, que han de ser las vías para reclutar el personal de esta Jurisdicción.

Pero, aparte de esta quiebra de la Ley, verdaderamente lamen-

table, la reforma ha supuesto una culminación de las aspiraciones más avanzadas, colocando nuestro sistema de garantía del administrado a la cabeza del Derecho comparado. Porque, en efecto, la nueva Ley ofrece, además de una depurada técnica, las siguientes, innovaciones trascendentales, respecto de la legislación anterior:

1.º La superación del formalismo de nuestra justicia administrativa.

2.º La ampliación extraordinaria del ámbito de la Jurisdicción; y

3.º La superación, también, de ese mito que había creado nuestra doctrina sobre la función revisora de la Jurisdicción administrativa.

Examinemos, brevemente, el alcance de estas fundamentales innovaciones del nuevo texto legal.

Por lo pronto, la Ley ha superado por completo el formalismo de nuestra justicia administrativa. Todos recordamos las sutilezas y filigranas de nuestros Fiscales y Salas de lo contencioso-administrativo para encontrar algún defecto procesal que les dispensara de examinar el fondo de las cuestiones planteadas por el demandante. Basta con acudir a las estadísticas judiciales para ver el porcentaje extraordinario de «recursos contencioso-administrativos» que se fallaban sin entrar a examinar el fondo, por apreciar la existencia de defectos procesales. Esto, señores, una vez que entre en vigor la nueva Ley, se ha acabado en absoluto. Se han acabado por completo aquellas sutilezas acerca de que había que citar expresamente en el suplico de los escritos de interposición del recurso y de demanda la disposición general cuando se impugnaba el acto concreto de que era desarrollo. Se acabaron, también, las sutilezas acerca de que el recurso tenía que dirigirse contra el acuerdo primero y no contra el resolutorio de la reposición. Y se acabaron, en fin, esa serie de «excepciones dilatorias», o «perentorias», o como quieran llamarse, que la Sala podía apreciar de oficio a última hora, sin que las partes hubieran podido discutir los defectos procesales en que se basaban.

Por otro lado, la nueva Ley ha ampliado enormemente el ámbito de la Jurisdicción. Y lo ha ampliado, fundamentalmente, en

dos sentidos. En un aspecto subjetivo, al ampliar la legitimación activa. En la nueva Ley, no hace falta que el demandante tenga un derecho subjetivo. Para poder acudir ante la Jurisdicción administrativa, basta con alegar un interés directo en el asunto. Y también lo ha ampliado en un aspecto objetivo. Según la nueva Ley, cualquier acto administrativo, cualquiera que sea su naturaleza, es posible ser impugnado en vía contencioso-administrativa. Se llega a admitir la posibilidad de impugnar disposiciones de carácter general. Y los actos políticos o de Gobierno han sido reducidos a la menor expresión, siguiendo las corrientes más avanzadas del Derecho comparado.

Y, por último, la Ley ha acabado con ese mito que era el principio de la función revisora. Esto no ha sido un fallo de la Jurisprudencia, sino también de la doctrina. La doctrina había construido el principio de la función revisora, y lo entendía en el sentido de que, en un proceso administrativo, las partes únicamente podían discutir lo que habían alegado en vía administrativa, las partes únicamente podían probar lo que no habían podido probar en vía administrativa. Esto era una errónea interpretación del principio tal como nació en el Derecho francés. Lo que este principio supone es, sencillamente, que tiene que haber un acto administrativo previo antes de acudir al «recurso contencioso»; pero, una vez que exista el acto previo, las partes pueden alegar y probar ante los Tribunales todo lo que estimen conducente para que prosperen sus pretensiones. No se trata aquí, como dije antes, de hacer un completo estudio de la nueva Ley. Mi propósito es mucho más limitado. Se trata, sencillamente, de ofreceros un resumen de la repercusión que esta Ley ha de tener en la actuación procesal de las Entidades locales.

2.—LA REGULACIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO LOCAL.

En el régimen vigente, existían dos tipos de normas radicalmente distintas; el proceso administrativo era diferente, según que el acto que se impugnaba emanara del Estado o de una Entidad local. Desde la Dictadura, nuestras Leyes de régimen local habían introducido normas sobre los «recursos contencioso-administrati-

vos» que se aplicaban con carácter preferente; la legislación contencioso-administrativa se aplicaba únicamente con carácter supletorio. Esta tendencia llegó, a través de la Ley municipal de la República, hasta la Ley de régimen local de 1950, y perdura todavía en el texto refundido de esta Ley de 1955.

Cuando el 8 de febrero de 1952 se aprueba el texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo, en él se recoge toda esta serie de normas sobre el «contencioso-administrativo» que estaban en la Ley de régimen local. Pero aun cuando, a partir de este momento, el texto legal era único, los regímenes seguían siendo distintos. Porque existían normas que se aplicaban al contencioso estatal, y otras que se aplicaban al contencioso local. Había diferencia en el régimen de los plazos; en la legitimación para recurrir; en los tipos de recurso contencioso; en el sistema de excepciones; en el régimen de la notificación, etc. Es decir, había una serie de normas muy distintas, según que el acto objeto de recurso emanase del Estado o de una Entidad local. A raíz de la publicación del Texto refundido, se planteó el problema de si él mismo había derogado las normas que, sobre el recurso contencioso, contenía la ley de régimen local. La doctrina fué unánime, salvo alguna excepción, y opinó que el texto refundido había derogado las normas de la Ley de régimen local sobre el «recurso contencioso-administrativo». Las razones eran evidentes: primero, la finalidad derogativa de la propia Ley de 18 de marzo de 1944, que autorizaba la refundición, y, además, el propio carácter de la refundición. Porque una refundición supone una *subrogatio*, a diferencia del común *abrogatio*; implica la derogación de todos los preceptos refundidos. Sería absurdo una refundición que dejara vigentes, fuera del texto refundido, los preceptos que en él habían sido recogidos. Sin embargo, no fué éste el criterio del legislador. Unos meses después de publicarse el texto refundido, se publicaba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, y, en este Reglamento, había un artículo, el 375, que decía que el recurso contencioso-administrativo se regiría: primero, por Ley de régimen local y este Reglamento, y después, por el texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo. Por tanto, la norma general sobre contencioso pasaba a ser norma supletoria, y regían, en primer lugar, las normas sobre el régimen

local. Las lamentables consecuencias que de este equivocado criterio se derivan, quedan puestas de manifiesto con un botón de muestra: cuando en 1955 se publicó el texto refundido de la Ley de régimen local, en él se sigue recogiendo un precepto, el que fijaba la cuantía de la apelación en 20.000 pesetas, que había sido derogado antes por la Ley de 30 de marzo de 1954.

Todo ello aconseja un texto único; no un texto sobre recurso contencioso-administrativo por un lado, y un texto de régimen local, por otro. Es necesario un texto único. Y algo más: un régimen unitario para todos los tipos de procesos administrativos, independientemente de la Entidad que hubiera dictado el acto objeto de impugnación.

3.—LA UNIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO.

Esta tendencia unificadora logra consagración plena en la nueva Ley. La nueva Ley, no solamente supone un texto único, sino un régimen unitario para todos los tipos de proceso administrativo. Por tanto, una vez entre en vigor, las Entidades locales se regirán por las mismas normas procesales que el Estado en su actuación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

No quiere esto decir que se haya aplicado al contencioso local las normas generales sobre recurso contencioso-administrativo. Si alguna Ley ha servido de criterio inspirador a la nueva, ha sido, precisamente, la de régimen local. Y ello, por una razón evidente: que como esta Ley es mucho más reciente que la arcaica y general sobre el contencioso-administrativo, ella contenía una regulación y unos principios más aceptables y, por consiguiente, susceptibles de generalización. Han sido, por tanto, las normas reguladoras del contencioso local las que han pasado a informar el sistema contencioso-administrativo unitario que la nueva Ley instara. Pues bien: el problema es el siguiente: si las normas procesales son las mismas para las Entidades locales que para el Estado, en realidad, tendríamos que hacer aquí un estudio general de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, aun cuando las normas son las mismas para las Entidades locales que para el Estado, todavía existen algunas específicas para el «recurso con-

tencioso-administrativo», cuando está presente una Entidad local. Y es lo que voy a hacer aquí: un resumen de estas especialidades que ofrece la presencia de una Entidad local en un proceso administrativo.

II

LA POSICION PROCESAL DE LAS ENTIDADES LOCALES

1.—LAS ENTIDADES LOCALES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

¿Cómo puede aparecer una Entidad local en un proceso administrativo? Sabido es que el proceso administrativo, como todo proceso, supone la actuación de dos tipos de sujetos. Unos discuten acerca de la conformidad de una pretensión con el Ordenamiento jurídico: son las partes; Otro, que decide acerca de cuál de las dos partes tiene razón. Es indudable que una Entidad local no puede aparecer en el proceso como juez, sino como parte. Y como la posición que las partes pueden adoptar son dos, demandante y demandada, en principio, una Entidad local puede comparecer en un proceso como parte demandante o como parte demandada. Lo normal será lo segundo. Lo normal será que la Entidad local sea parte demandada. Y ello, por una ineludible consecuencia de los principios que informan el régimen administrativo.

En un régimen administrativo, la Administración pública, es persona jurídica, sometida al Derecho. Pero no es un sujeto de Derecho como los demás; está investida de prerrogativa. Está sometida al Derecho; pero no al mismo Derecho que los demás sujetos, sino a un Derecho especial. La Administración pública tiene una posición exorbitante del Derecho común. Y esto se traduce en dos importantes privilegios, que se conocen con los nombres de privilegio de la decisión ejecutiva y privilegio de la acción de oficio. El primero implica que una Entidad pública no tiene necesidad de acudir a un Juez para que reconozca su derecho; una Entidad pública no tiene por qué incoar un proceso para que, a través de él,

se dicte sentencia en que se reconozcan sus pretensiones. Una Entidad pública, puede, por sí, reconocer sus derechos y dictar un acto investido de presunción de legitimidad, que es ejecutivo y obligatorio para las partes. La Administración pública, en frase de HAUROU, puede hacerse justicia a sí misma; ella dicta un acto ejecutivo y obligatorio. No hay por qué extrañarse cuando un procesalista habla, al referirse a este privilegio, que estamos en presencia de una autodefensa administrativa. Porque, realmente, eso es lo que ocurre cuando la Administración, por sí, dicta su título ejecutivo.

El segundo principio, el de la acción de oficio, supone algo más. La Entidad pública, no sólo puede dictar un acto ejecutivo, sino que puede aplicar el mecanismo de la ejecución forzosa, para obligar a la realización de lo dispuesto en el acto administrativo.

Pues bien: si una Entidad local es Administración pública, como reconoce el artículo 1.º de la nueva Ley, es lógico que goce de estos privilegios y, por consiguiente, en principio, puede dictar actos ejecutivos. De aquí que sea el particular afectado por el acto el que tiene que actuar como demandante en el proceso. Pero aun cuando lo normal sea que la Entidad local actúe como parte demandada, también puede actuar como parte demandante. Y esto en dos supuestos fundamentales:

1.º) Cuando la Entidad local acude a un Juez para pedir la anulación de un acto de otra Entidad pública.

2.º) Cuando la Entidad local comparece ante el Juez para pedir la anulación de uno de sus propios actos.

Si en el primer caso no hay una derogación de los principios del régimen administrativo, si existe en el segundo.

Veamos el régimen específico de estos dos supuestos en que una Entidad local actúa como demandante.

2.—LAS ENTIDADES LOCALES COMO PARTE DEMANDANTE.

a) *Las Entidades locales, demandantes en los procesos referentes a actos de otra Entidad pública.*

Los supuestos son, realmente, numerosos. La práctica judicial nos muestra todos los días casos en que una Entidad local tiene que acudir a un contencioso para impugnar un acto del Estado. Principalmente en dos casos: primero, cuando el Estado hace uso de su potestad fiscal y liquida un impuesto a una Entidad local (v. gr., utilidades, timbre). En estos casos, las Entidades locales son un contribuyente más, un contribuyente que se enfrenta con una liquidación del Estado que le obliga a pagar una cantidad de dinero. Pues bien: cuando el acto del Estado hubiere sido dictado con infracción del Ordenamiento jurídico, la Entidad local tendrá que acudir a un proceso como parte demandante, para defender sus pretensiones. El segundo supuesto se da cuando el Estado hace uso de las potestades de tutela. Aquí, la Entidad local no es un contribuyente, sino otro ente público sometido a la tutela del Estado. Es cierto que las Entidades locales gozan de autarquía, pero la autarquía está muy limitada en el aspecto fiscal o económico; en el aspecto fiscal son muchos los actos de las Entidades locales que están sometidos a la aprobación, intervención o fiscalización del Estado. Pues bien: en estos casos, si el acto de fiscalización perjudica a la Entidad local, ésta acudirá como demandante al proceso administrativo.

Es interesante señalar quién es parte demandada en este último supuesto. En el régimen anterior, siempre era parte demandada el Estado. El Estado aprobaba o fiscalizaba el acto de la Entidad local y era la parte demandada en el proceso administrativo. La nueva Ley modifica este criterio; su art. 29 distingue dos supuestos: que como consecuencia de la fiscalización el acto del Estado sea aprobatorio o no del de la Entidad local. En el primer caso, será parte demandada la Entidad local y no el Estado, aunque haya dictado el acto aprobatorio, y en esto se modifica esencial-

mente el régimen anterior; cuando el acto de fiscalización no sea aprobatorio, la parte demandada será el Estado.

Pues bien: siempre que una Entidad local acuda a un proceso como parte demandante, en principio se aplican las mismas normas que a los particulares. Aquí no tiene privilegio alguno; quien es Administración pública no es la Entidad local demandante, sino el Estado, que es parte demandada. Sin embargo, a pesar de esta regla general, hay también algunas normas específicas. Fundamentalmente, tres: la exención del timbre en las actuaciones judiciales; el régimen especial de suspensión del acuerdo impugnado, en algunos casos concretos, y el régimen especial del desistimiento.

a') *La exención del timbre.* El art. 130 de la nueva Ley, exime del reintegro del timbre los escritos que se presenten y actuaciones que se practiquen a nombre de la Administración pública. Con arreglo a la legislación hasta ahora en vigor, se planteó la duda de si una Entidad local es, en estos casos, propiamente Administración pública. El Tribunal Supremo, en alguna ocasión, afirmó rotundamente que no; la Entidad local no es propiamente Administración pública; la Administración pública es, en estos procesos, el Estado demandado. Aunque esto fuese discutible, creo que la exención del timbre es indudable, si no por aplicación de la Ley de lo contencioso, por aplicación de las normas generales: el Decreto de Ordenación de Haciendas Locales de 1946, primero; la Ley de Régimen Local de 1950, después, y el texto refundido de 1955, así como la Ley y Reglamento vigente del impuesto del Timbre, señalan expresamente la exención de las Entidades locales. Por tanto, es indudable que una Entidad, cuando litiga frente al Estado, no tiene por qué reintegrar con el timbre sus escritos ni actuaciones.

Pese a la claridad del texto legal, el criterio del Tribunal Supremo ha sido el contrario, en la práctica. Podemos decir que hoy casi todas las Entidades locales que acuden al Tribunal Supremo reintegran sus escritos con el timbre igual que un particular. Ello me ha obligado, en más de un caso, a luchar contra este criterio reiterado. Concretamente, en dos ocasiones, defendiendo al Ayuntamiento de Bilbao; en otra, al Ayuntamiento de Santurce. Fue primero ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Al presentar

un escrito de interposición del recurso, sin reintegro y sin hacer el depósito de papel que exige la Ley, la Sala dictó una providencia exigiéndome el reintegro del escrito y el depósito de papel preceptivo. Interpuse recurso de reposición contra aquella providencia, y la Sala Tercera, en auto de 30 de abril de 1953, sentó la doctrina de que no hace falta el reintegro, pues las Entidades locales gozan de la exención del impuesto del Timbre. Pero, a pesar de este auto, poco después, la Sala Cuarta, y la Sala Tercera de nuevo, insistían en tan reiterado criterio, y me obligaban a nuevos recursos de reposición, para volver a sentar la correcta doctrina en sendos autos que tuve la ocasión de comentar en la «Revista de Estudios de la Vida Local». Después de estos autos del Tribunal Supremo, parece evidente que no hay dificultad en que las Entidades locales comparezcan ante el Tribunal Supremo sin reintegrar sus escritos ni actuaciones.

b') *Suspensión de acuerdos.* La segunda norma específica de la comparecencia de las Entidades locales como parte demandante, es el régimen especial de la suspensión, cuando lo que se impugnan son acuerdos sobre la aplicación o modificación de Ordenanzas de exacciones. El principio general es que la interposición del «recurso contencioso-administrativo» no suspende la ejecución del acuerdo impugnado, si bien las partes pueden pedir al Tribunal la suspensión del acuerdo cuando de su ejecución pueda originarse un daño de reparación imposible o difícil. En este punto, la nueva Ley mantiene el régimen anterior de la Ley de régimen local. Pues bien: cuando es la Entidad local la que comparece como demandante, tiene un privilegio; si el acuerdo se refiere a la aprobación o modificación de Ordenanzas de exacciones, según el art. 123, puede pedir, en su escrito de interposición del recurso contencioso, con carácter previo y urgente, que, atendidas las circunstancias de toda índole que lo aconsejen, se declare por el Tribunal la aprobación provisional de los preceptos impugnados. Aquí, la parte demandante, la Entidad local, no tiene que demostrar que la ejecución del acuerdo puede originar daños de reposición imposible o difícil; basta, sencillamente, con que, tratándose de un acuerdo sobre Ordenanzas de exacciones, alegue lo que estime

procedente, y el Tribunal, atendiendo las circunstancias de toda índole, puede acordar que se ejecute el acuerdo (2).

c') *El desistimiento.* Por último, voy a referirme al supuesto del desistimiento. Cuando la demandante es una Entidad local, el desistimiento se rige por lo dispuesto en el art. 88, párrafo 1) de la nueva Ley. Este artículo señala que, para que el desistimiento produzca efecto, es necesario que la Entidad local presente ante el Tribunal testimonio expedido por el funcionario competente del acto en que se acordó el desistimiento, con arreglo a las Leyes respectivas. El problema está en cómo deben adoptarse los acuerdos de desistimiento. El artículo 340 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico, exige un *quorum* especial al del 305 en los casos de allanamiento y transacción. Y el problema está en determinar si esta norma es aplicable también al supuesto de desistimiento, ya que, en principio, el desistimiento produce, como el allanamiento o la transacción, el efecto de la extinción del proceso. Creo, sin embargo, que la norma no es aplicable. El *quorum* especial se exige únicamente en los casos de allanamiento y transacción, pero no en el desistimiento, y ello porque no lo dice expresamente la Ley, y, además, porque el efecto del desistimiento es mucho menos grave que el del allanamiento y la transacción. De aquí la especial prevención de toda la legislación de régimen local contra el allanamiento y la transacción, llegando en muchos casos a prohibirla, como en el art. 57 del Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales.

b) *Las Entidades locales en el proceso de lesividad.*

El otro supuesto en que una Entidad local puede ser parte demandante, es el caso de que acuda a los Tribunales para pedir la anulación de uno de sus propios acuerdos. Realmente, el supuesto no puede ser por menos sorprendente. Que una Entidad local comparezca en un proceso para pedir la anulación de uno de sus propios acuerdos, es algo que pugna con la lógica y con los principios del régimen administrativo. Precisamente por esto,

(2) Al problema me refiero en un trabajo publicado en el núm. 23 de la «Revista de Administración Pública».

se ha llegado a criticar el recurso de lesividad. Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA ha sido uno de los más ardientes críticos. Creo, sin embargo, que el recurso de lesividad tiene su razón de ser. La razón no es otra que la garantía de los derechos del particular, que se logra en mayor medida por el mecanismo de la lesividad que por la revocación por la propia Administración pública. La nueva Ley, en su art. 28, mantiene el recurso de lesividad y señala que las Entidades locales podrán hacer uso del mismo siempre que no puedan revocar sus acuerdos en los casos previstos por las Leyes. Estos casos no son otros que los tradicionales de que el acto sea declaratorio de derechos. De los supuestos de revocabilidad, según el art. 369 de la Ley de régimen local, únicamente ha de admitirse la lesividad respecto de las declaratorias de derechos, no el de que el acto haya sido confirmado por una sentencia; en este segundo supuesto, no es admisible la lesividad, porque aquí existe cosa juzgada, lo que impide toda revocación, no sólo por la propia Administración pública, sino por los Tribunales. Cuando una Entidad local es la que interpone recurso de lesividad, se aplican íntegramente las normas generales. Sin embargo, creemos importante distinguir tres conceptos importantes confundidos en la práctica: la capacidad procesal; la competencia para declarar la lesividad, y la postulación procesal.

La capacidad procesal consiste, sencillamente, en determinar el órgano de las Entidades locales que pueden comparecer en el proceso en nombre de las mismas. La Ley de Régimen local lo resuelve afirmando que quien representa al Ayuntamiento es el Alcalde, y quien representa a la Diputación Provincial es su Presidente. Ahora bien: exige también que sean las propias Corporaciones las que autoricen la incoación del proceso administrativo, mediante acuerdo que debe adoptar la Diputación o el Ayuntamiento en pleno, salvo el supuesto de urgencia en que puede adoptarse por la Comisión Municipal Permanente. La declaración de lesividad debe hacerse por la Corporación respectiva. Ahora bien: cuando la parte interesada es un Ayuntamiento, nunca tiene competencia la Comisión permanente; siempre tiene que hacerse por el Ayuntamiento en pleno. No hay ningún inconveniente en que, en un mismo acto, las Corporaciones adopten el acuerdo de la iniciación del proceso y el de la lesividad. De modo que, en una

misma sesión pueden adoptarse los dos acuerdos. El problema radica en qué momento ha de emitirse el dictamen previo del Letrado. El dictamen previo de Letrado se exige en nuestra Ley en todo caso en que una Entidad local tenga que comparecer como demandante. El Tribunal Supremo ha entendido, en algún caso, que el dictamen debe emitirse antes de que la Corporación local decida acerca de la lesividad, pues si la declaración de lesividad tiene como única finalidad el abrir una vía procesal y es ésta su única finalidad, el dictamen del Letrado debe ser preceptivo y anterior a la adopción de aquel acuerdo. Y por último, está la postulación procesal. No puede acudir ante los Tribunales directamente el órgano que ostenta la representación de la Entidad, sino que debe hacerlo a través de Abogado o de Procurador asistido de Abogado.

3.—LAS ENTIDADES LOCALES COMO PARTE DEMANDADA.

Aparte de los supuestos señalados, lo normal será que las Entidades locales, cuando comparezcan en un proceso, lo hagan como demandadas. Cuando el acto objeto del «recurso contencioso-administrativo» ha sido dictado por una Entidad local, es la propia Entidad que dictó el acto la que debe ser demandada, no la Administración pública genéricamente considerada, ni el Abogado del Estado, sino, precisamente, la Entidad local, según el artículo 29 de la Ley.

Pues bien: cuando así ocurre, el proceso administrativo no ofrece especialidad alguna. El hecho de que sea parte demandada una Entidad local y no el Estado, no supone un régimen especial. Unas mismas reglas se aplican en uno y otro caso.

Sin embargo, vale la pena ocuparse de dos extremos fundamentales: el recurso de reposición previo y el allanamiento.

a) *El recurso de reposición.* El recurso de reposición previo se regula por primera vez en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, como recurso general, tanto se impugne un acto del Estado o de una Entidad local. Pues bien: el problema que se plantea es el siguiente: ¿rige la nueva Ley en todo caso o,

por el contrario, cuando el acto emana de una Entidad local si-gue rigiéndose el recurso de reposición por las normas de la Ley de régimen local? Como la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa deroga las normas sobre procedimiento contencioso-administrativo y las dictadas sobre procedimiento administrativo en cuanto se opongan a ella, y el recurso de reposición es procedimiento administrativo, las normas que lo regulan, en cuanto contradigan o se opongan a la nueva Ley, quedan derogadas.

b) *El allanamiento.* El otro problema que planteaba la actuación procesal de las Entidades locales como demandadas, es el del allanamiento. Ha sido muy discutido, a través de nuestra legislación contencioso-administrativa, si el allanamiento correspondía a las Entidades locales o al Fiscal, desde el momento que el Fiscal actuaba como demandado, o, mejor dicho, como representante de la Administración pública en un proceso administrativo. Desde la Ley de régimen local, en que las Entidades locales aparecen como auténtica parte demandada y el Fiscal ya no es representante de las mismas, ha quedado resuelto el problema: el allanamiento únicamente puede acordarse por las propias Entidades locales; no por el Fiscal ni por el Abogado del Estado.

III

LOS PROCESOS ESPECIALES

Por último, voy a referirme a los procesos especiales en razón a las peculiaridades del régimen local. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa regula dos procesos especiales tomados de la Ley de régimen local: uno, sobre validez de elecciones y aptitud legal de los proclamados Concejales o Diputados provinciales, respecto del cual, la nueva Ley se ha limitado a transcribir los preceptos correspondientes de la de régimen local, en su tendencia unificadora de recoger todos los preceptos sobre proceso

administrativo (3); otro, en el que ha modificado sustancialmente las normas de la Ley de régimen local; aquel a que dan lugar la suspensión de acuerdos por infracción manifiesta de las leyes:

La Ley de régimen local, en sus arts. 362 y 364, señala los casos en que los Gobernadores civiles y los Presidentes de las Corporaciones pueden suspender los acuerdos de éstas. Cuando la suspensión se acuerda por infracción manifiesta de las Leyes, el artículo 366 exige dar cuenta a los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa, arbitrando un procedimiento que había planteado no pocos problemas en la práctica: en él no tenía intervención la Corporación para defender sus pretensiones, como tampoco se arbitraba un trámite especial para que pudieran comparecer los particulares afectados; asimismo, se admitía un recurso de apelación, sin que quedara precisado quiénes podían interponerlo. De aquí que los redactores de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa hayan querido resolver aquellas dificultades, arbitrando un proceso especial en el art. 118, en el que se da adecuada intervención a la Corporación, se admite la comparecencia de los interesados y se regula un trámite de alegaciones.

* * *

He aquí un resumen de las posibles formas de intervención de las Entidades locales en un proceso administrativo.

Y como el proceso administrativo, como todo proceso, cualquiera que sea la posición de que se parta, supone siempre un caso patológico, lo ideal sería que en ningún caso las Entidades locales se viesen envueltas en los complicados trámites de un proceso administrativo. Naturalmente, se trata de un ideal, y, por tanto, inaccesible. Pero que la realidad se acerque lo más posible a él dependerá en buena parte de que todos vosotros, autoridades, asesores y funcionarios de la Administración local, viváis la firme convicción de que la única manera correcta de administrar es hacerlo dentro de los límites del Ordenamiento jurídico. Sólo así podréis acabar con el prejuicio, realmente existente, de que las Entidades

(3) Sobre este proceso especial, me remito al trabajo publicado en la «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 96, págs. 801-812

locales actúan más arbitrariamente que los órganos del Estado, y demostrar cómo en un régimen administrativo puede imperar la Justicia, cuando se da una perfecta ecuación entre las prerrogativas de la Administración y las garantías del administrado.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho Administrativo.

Registrador de la Propiedad.

De la llamada Tercería registral

Recientemente ha sido rechazada la petición de sobreseimiento de apremio interesado por un titular de dominio inscrito con posterioridad a una anotación de embargo, pero inscrito mediante escritura anterior al embargo. Previamente se dió traslado al ejecutado del escrito solicitando el sobreseimiento, a lo que alegó aquél no ser aplicable el precepto (párrafo tercero del art. 38 de la Ley Hipotecaria), por referirse sólo al caso de estar inscrita la finca a nombre de persona distinta del ejecutado al pretenderse la anotación del embargo, y también la simulación del título que produjo la inscripción del dominio a nombre del extraño; recayendo la aludida resolución negativa, sin fundamentarla, en providencia. Hemos conocido otros casos idénticos con igual petición e igual resultado adverso.

De antiguo nos ha dado que pensar el aparentemente escaso rendimiento del citado precepto, en contraste con la importancia que parecía concedérsele desde que se promulgó su ley, y nos hemos decidido a publicar estas notas para contribuir, aunque sea indirectamente, en la medida de nuestras fuerzas, al progreso del tema.

Tomamos para este pequeño ejercicio la denominación que arriba figura, ya propagada y que parece identificar la finalidad del precepto con la del proceso civil del mismo nombre, y si bien no existe tal identidad a juicio de la mayoría de los autores que

han escrito sobre este punto, según luego veremos, existe para nosotros, que creemos que la consecuencia procesal del principio de legitimación proclamada ahora en el párrafo tercero del artículo 38, desplegará la mayor utilidad en tanto en cuanto se aplique al hecho productor de aquella aludida denegada pretensión.

De tres maneras, en orden al tiempo, puede llegar a encontrarse en el Registro un embargo y el título anterior de la adquisición por un tercero de la misma finca embargada, presentado con posterioridad al mandamiento de embargo para la anotación.

1.º Al pretenderse la anotación de embargo, la finca ya está registrada a nombre de quien no es el demandado. Entonces la regla primera del art. 140 del Reglamento Hipotecario impide la anotación del embargo.

2.º Al anotarse el embargo, aparecía 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

3.º Después de anotado el embargo sobre la finca inscrita a nombre del deudor, éste la transmite. Desde luego se inscribe la finca a favor del adquirente (art. 71 de la Ley). Para este supuesto, la misma Ley dicta una disposición procesal, cual es que el tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, puede subrogarse en el lugar del deudor (último párrafo del art. 38 en relación con el art. 134).

De no ser el párrafo tercero del art. 38 la norma hipotecaria ajustada al caso 2.º, no existiría una precisa y adecuada al caso, mientras sí existen para los otros dos. Y, sin embargo, las explicaciones y comentarios de los demás restringen la aplicación del precepto en examen (párrafo tercero del art. 38) al caso enunciado bajo el número 1.º, es decir, para que se sobresea la ejecución si la finca consta inscrita con antelación al embargo, como propia de persona extraña al ejecutado. Así, MORELL y LA RICA, en sus respectivos comentarios; e igualmente, PRIETO CASTRO, que en su *Derecho Procesal*, tomo I, pág. 516, sólo dice que el art. 24, hoy 38, «garantiza al titular inscrito frente a un embargo inde-

bido, con la sola presentación de certificado de inscripción». O sea, que únicamente acoge el precepto para rayar un embargo indebido.

ROCA SASTRE, más explícito que los autores citados antes, dice que el párrafo tercero del art. 38, presupone no se ha practicado anotación preventiva del embargo (tomo I, pág. 275).

No vamos a negar que el precepto pueda servir para sobreseer un embargo indebido, o sea de finca inscrita a favor de un tercero y, por tanto, no anotado; pero conviene tener presente, al respecto, que en un juicio bien regido no debe mantenerse el embargo si se rechaza la anotación, siendo ésta constitutiva, como lo es según eminentes autores, de los cuales basta citar al Profesor GUASP, en *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, de CARNELUTTI, nota en la página 548, que se expresa así para el Derecho español: «La eficacia de esta anotación es la que nos da, por tanto, la solución del problema de la eficacia del embargo ordenado»; luego si no hay anotación, no debe tener eficacia alguna el embargo. Oportuno puede ser recordar aquí que, según la sentencia de 18 de diciembre de 1890, la anotación es el complemento del embargo y el modo de hacerlo eficaz.

Además, por otra consideración, no debe proseguir el embargo si el titular inscrito no es el ejecutado: por ser la inscripción equivalente a la posesión (art. 38 L. H.) y ser principio inconcuso en lo procesal que no pueden embargarse otros bienes que los poseídos por el ejecutado. «El embargo de una cosa requiere como requisito previo sea poseída por el deudor, y si en el Registro resulta un derecho inscrito que se opone a la enajenación de la finca (v. gr. propiedad), ha de sobreseerse el procedimiento»; así se produce GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, págs. 637 y 682.

Pero si, a pesar de lo que acabamos de decir en los dos párrafos anteriores, se mantuviera un embargo extrarregistral contra tercero inscrito anterior, el precepto que nos ocupa del art. 38 pone en sus manos un medio expeditivo para terminar con el embargo, y así se evitará la tercera de dominio, o el incidente que admite el Tribunal Supremo en caso de ejecución ilícita o indebida, con objeto de dejar sin efecto la posesión acordada para el demandante, si extendiera dicho Tribunal a los juicios ejecutivos la aludida jurisprudencia, cosa por demás dudosa, a causa

de la prohibición de incidentes en el juicio ejecutivo, mas no imposible.

Por otra parte, a juicio de ROCA SASTRE, casi será innecesario el sobreseimiento en el caso que nos ocupa, porque al titular «le queda la firme garantía registral de que la enajenación forzosa de los bienes ejecutados no podrá inscribirse, pues no habiendo sido él parte en el procedimiento, el art. 20 impedirá la inscripción», con lo cual estamos conformes; si bien insistimos en conceder eficacia al precepto para conseguir el sobreseimiento del embargo, en el supuesto improbable e incorrecto de la prosecución del apremio, sin anotación, contra tercero inscrito con anterioridad, según hemos dicho.

Vemos, pues, que los autores, en buen número, no paran mientes en el caso figurado en el número 2.º, no obstante ser este supuesto el que ofrece campo para una abundante utilización del precepto, donde su empleo dará, por de pronto, el mismo resultado que una sentencia favorable de tercera. Se ha repetido con insistencia que el art. 24 antiguo y 38 moderno suprimían para el futuro las tercerías de dominio si el tercerista era un titular registral. Pues bien: el verdadero tercerista es el propietario distinto del ejecutado, que ya era dueño al producirse el embargo (lícito, no indebido) de su finca; que tan propietario y tercerista sigue siendo con o sin anotación del embargo; y lo que hace la Ley Hipotecaria es brindar un procedimiento nuevo al tercerista que ha inscrito su dominio, para conseguir instantáneamente la liberación de lo suyo trabado por deuda de otro. Aquel precepto, sin tocar a la eficacia civil que la Ley Hipotecaria y el Código atribuían a la anotación de embargo, trajo una mejora de brevedad y seguridad procesales. Claro es que siempre que en atención a la fecha de su título, anterior al embargo, sea el titular un verdadero tercerista, es decir, si la fecha del título de tercero es anterior al embargo; por esta sola circunstancia de tiempo, la inscripción prevalece y la anotación se extingue.

Si, en contra de esta última afirmación, se adujera el propio principio de legitimación del que deriva el precepto que estudiamos, objetando que con la solución que defendemos se retrotrae la eficacia de la inscripción a la fecha del título inscrito y se concede a esta fecha una fe incontrovertible en el apremio, habría

que responder que con ello ninguna norma se quebranta, dada la preponderancia que el título goza en el régimen hipotecario español, hasta el punto de que se ha dicho por SANZ, *Instituciones*, cap. I, pág. 310, que la legitimación registral consiste en la presunción de que el título existe, es válido y está vigente; y como el título—documento público—hace fe de su fecha, la inscripción, encajando el título en el sistema registral, le refuerza en lo que por sí mismo vale, con la eficacia de que le dota la inscripción.

Para contrarrestar su radical opinión negativa citada y no dejar sin ayuda procesal derivada de la inscripción del titular tercerista referido, ROCA SASTRE (tomo III, pág. 485) propone la aplicación del medio que el art. 198 del Reglamento Hipotecario dispone para el caso de existir inscripciones posteriores a la anotación de demanda, pero con títulos anteriores a la misma; aplicación difícil de aceptar, pues en un caso, en el de anotación de demanda, ha de apreciarse la fuerza y valor al respecto de cada sentencia según la naturaleza de la acción ejercitada y demás circunstancias concurrentes, exigiéndose a veces el consentimiento de los adquirentes, posteriores a la anotación, y en otras, no, como dice la Resolución del 4 de julio de 1919, razón por la que el Reglamento ordena el procedimiento—declarativo—a seguir. Y en el otro, en el de embargo, se trata de una simple comprobación del fundamental requisito del pleito de tercería de dominio, a saber: la existencia de un documento, título de adquisición, que sea anterior a la anotación del embargo, circunstancia ésta cuya existencia se aprecia con la sola lectura de la certificación del Registro que ha de presentarse para obtener el sobreseimiento. Puede decirse que sólo se trata de una confrontación de fechas, la del embargo y la del documento público, título del tercer adquirente, pues el otro requisito de la tercería forzosamente ha de existir, porque sin identidad entre la descripción de la finca en el embargo y en el título del nuevo dueño, no se hubiera inscrito éste. El Tribunal Supremo, repetidamente, ha considerado que a la fecha del título se subordina el fallo en la tercería de dominio, muy explícitamente en la sentencia de 5 de marzo de 1928.

El ilustre autor citado lleva al tercero a un juicio declarativo, siquiera breve, y, además, le hace correr otro riesgo, porque como el tercer poseedor ha de dejar pasar el tiempo oportuno de enta-

blar la tercería civil, está expuesto a que los Tribunales—y la Dirección de los Registros acaso—no crean aplicable al embargo la regla del art. 198 del Reglamento, y ya transferida la finca, se empeore su situación. Claro es que en las vicisitudes de un asunto, en trance de ser cancelada la inscripción del tercer poseedor, la solución ideada por ROCA SASTRE podría ser el último recurso de aquél, si el Juez y la calificación registral coincidieran con la opinión del prestigioso tratadista.

No han faltado quienes se explicaran al respecto en el sentido que aquí sostenemos. Ya hace más de cuarenta años, GAYOSO, *No-ciones de Legislación Hipotecaria*, II, pág. 310, tratado del precepto en cuestión, decía: «Si se enajena la finca antes de la anotación..., el adquirente no se perjudica 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». Expone sucintamente el derecho vigente acerca del caso, como sin considerarlo susceptible de otra interpretación ni fuente de problemas, a pesar de ver tantos por doquier el autor.

Ultimamente, CHINCHILLA, en una exposición de temas de legitimación («R. C. D. I.», mayo-junio de este año), tomando la positiva opinión que defendemos como pacífica, admitida por todos o predominante y que acepta, sólo cita el sobreseimiento hipotecario del párrafo tercero del art. 38, para determinar el instante en que debe constar en autos la certificación del Registro para que el verdadero dueño, tercer adquirente, logre el levantamiento del embargo.

Además de dichas dos opiniones tan valiosas, que refuerzan la nuestra más modesta, no conocemos otras, aunque a otras aluda MAZUELOS, también en esta revista, marzo-abril, 1956. Pero de las que limitan más o menos claramente la aplicación del precepto al caso primero, si podría presentarse una copiosa cita de autores desde 1909, pues la de GAYOSO, no controvertida directamente por nadie, pero tampoco por nadie apoyada, y que antaño, a la sazón, hubimos de creer sería la corriente y general, no fué admitida por toda la doctrina, que desde los primeros expositores del precepto (MARTÍNEZ PARDO y ARAGONÉS, si no recordamos mal), terminando en los más modernos, con la excepción indicada, parece circunscriben la aplicación del precepto a la hipótesis primera de las tres

formuladas por nosotros, con la particularidad de que ninguno de los que tocaban el tema, exponía las razones de su restrictivo criterio, como si la evidencia estuviera de su lado y como si la tercera de dominio tuviera por único objeto el levantamiento de un embargo irregular; irregular por recaer fincas, cuya posesión, su inscripción equivalente, la tiene un extraño al deudor. Así se ocasionaba una contradicción entre lo que prometían, la sustitución de la tercera de dominio por un sobreseimiento instantáneo y lo que patrocinaban, excluyente de la base de la tercera.

¿Es que nuestra opinión no es la que emana del precepto según su misma letra y conforme con los correspondientes principios normativos en vigor? La dicción del texto legal es sumamente clara, imperativa, y sus términos comprensivos, sin exclusiones: «se sobreseerá todo procedimiento de apremio... en el instante en que conste en autos por certificación del Registro de la Propiedad que dichos bienes o derechos costan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo». No limita, con relación al embargo, el momento en que han de estar inscritos los bienes a favor de la aludida persona extraña; la frase es universal. La única excepción surge del propio orden jurídico, de la preferencia que tiene el embargo anotado sobre cualquier derecho adquirido con posterioridad, y por esto si la inscripción de adquisición es de adquisición posterior a la anotación, no cabe el procedimiento; he aquí la única excepción al mandato de la Ley, prevista en el último párrafo del art. 38 y encauzada por camino distinto al sobreseimiento. A través de la diáfana letra del texto legal se transparenta su espíritu, «favorecer al dueño inscrito, librándole del embargo enseguida», como dice Gayoso (obra citada, pág. 193), o, lo que es lo mismo, sin discusión.

Ningún trastorno de los cánones hipotecarios se produce con la aplicación de dicho precepto en la forma que preconizamos para el caso en examen; antes, al contrario, se observan con toda fidelidad, pues no se hace otra cosa sino—como en el art. 41—mantener al titular en la integridad hipotecaria de su inscripción al cancelar la anotación de embargo, impotente para perjudicar otros derechos que no sean los posteriores exclusivamente (art. 44 L. H. y 1.923 C. C.) y por no gozar la anotación de la energía legitimadora, que sólo ampara a las inscripciones; invirtiendo así en el admitido

debate posterior la posición de las partes interesadas, haciendo del ejecutante, que sería el demandado en la tercería civil, el demandante, con la consiguiente carga de la prueba, típico efecto de la presunción legitimadora.

Si volvemos la vista hacia el legislador, no puede creerse haya cifrado su pensamiento en el primer supuesto de los establecidos en nuestra clasificación, en un embargo indebido, por recaer sobre finca inscrita, desde antes, a nombre de un tercero, supuesto hartamente improbable y en el que el titular cuenta con defensas poderosas del sistema inmobiliario; el supuesto es anómalo e insólito; ¿o por ventura es corriente la prosecución de un apremio sobre bienes inscritos con antelación a nombre de un extraño, y, por tanto, con denegación de la anotación preventiva de embargo? ¿Iba a cotizar tan improbable hipótesis con olvido de la frecuente y natural, que da lugar a la tercería de dominio? ¿Iba el legislador a formular un nuevo procedimiento de protección a un titular ya protegido por su sola condición de tal, y mientras a abandonar al verdadero tercerista a un imprescindible pleito declarativo reivindicatorio?

El problema se halla en situación estacionaria y lo confirman las conclusiones a que llega MAZUELOS («R. C. D. I.», año 1956, página 171), pues tras negar eficacia civil—no sólo hipotecaria, como ROCA SASTRE—al embargo sin anotación contra adquirente anterior, inscrito con posterioridad a aquélla, y tras caracterizar al precepto de automático, inflexible y expeditivo, no lo acepta con tales características y busca una tramitación con audiencia e intervención de las partes, que cree encontrarla en la propuesta por ROCA SASTRE (pero a modo de incidente antes del remate), como si el precepto lo fuera de valoración de una prueba en juicio y no en sí una tramitación: «se sobreseerá en el instante», y no fuera prohibitivo de toda oposición en aquel procedimiento, puesto que el mismo párrafo del art. 38 la remite a otro juicio que promueva al efecto el ejecutante.

Falto de elucidación en la doctrina, el precepto parece desatendido en la práctica—como también se infiere de lo expuesto—, especialmente en su aplicación principal, la de suplir a la tercería de dominio frente a un embargo lícito; hasta un profesional de los procedimientos judiciales, SUREDA, en su *Derecho Procesal Hi-*

potecario, entre las acciones *ordinarias*, dimanantes de los preceptos sustanciativos de la Ley Hipotecaria, incluye a la acción de sobreseimiento frente al ejercicio de acciones precautorias, ejecutivas o de apremio contra bienes no inscritos a favor del deudor. Habría que disponer de estadísticas o contar con experiencia forense bastante para hablar sobre seguro de la suerte del precepto en la vida judicial y conocer hasta qué punto ha sido recibido por los Tribunales. Pero difícil parece negar que la literatura jurídica se muestra, en general, recelosa o refractaria y poco interesada en tal procedimiento de tercera, que el profesor GUASP, en el *Tratado de Derecho Procesal Civil*, que acaba de salir, lo pasa en silencio.

El sobreseimiento registral da lugar a cuestiones de orden procesal e hipotecario relacionadas con el estado del apremio cuando se pide aquél; no las examinamos, porque nuestro objetivo no es otro que sostener procede el sobreseimiento instantáneo como manda la Ley, supliendo a la tercera, aunque el asiento del tercer adquirente sea posterior al embargo, con tal de que su título sea anterior; posibilidad, según hemos visto, no siempre aceptada así.

ENRIQUE MOLINA Y RAVELLÓ

Notario.

Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social

A) CONCEPTO.

I

Nadie podrá ser privado de su propiedad. He aquí un principio que, empuñado como bandera de fe a través de los siglos, ha resistido el embate de los tiempos, llegando con singular fuerza hasta nuestros días. La propiedad es de uno y para uno. No vamos a utilizar ahora como bagaje de nuestra ruta, ni vamos a tratar como vehículo de nuestro estudio, las distintas teorías sobre el nacimiento de la propiedad, sino que, bastándonos la certeza de su existencia, vamos a pretender dibujar, aunque sea con perfiles muy simples, el concepto de expropiación, y, después, más concretamente, el de expropiación por causa de interés social.

El concepto, elevado a precepto por diversas teorías, de la inatracabilidad de la propiedad, lo mantuvieron los juristas en el Derecho romano. No encontramos a través de sus instituciones ningún concepto que nos asome a la idea de expropiación. Roma concibió la propiedad de manera absoluta, tan absolutista que admitían la propiedad plena sin restricciones, o no la admitían. Esto no

quiere decir que al lado de este Derecho no existieran otros que limitaran el de la propiedad. No. Lo que querían significar es que nadie podía ser privado de su propiedad en ningún concepto, sin su voluntad; lo que no cabe duda es que el propietario podía dar su cosa en usufructo, en prenda, etc. Los romanos consideraban a la propiedad como derecho absoluto del titular, sin ningún deber frente a la comunidad. Recordemos que una cosa vendida por un no propietario podía ser reivindicada por su legítimo titular en cualquier momento y a cualquier persona; entre la defensa del tráfico jurídico y la defensa de la propiedad, se decidió por esta última. Lo contrario acontece en el Derecho germano: se vigila y protege con minuciosidad la seguridad del tráfico y sólo se concede al propietario la posibilidad de una acción contra el vendedor de la cosa, pero no contra el comprador de buena fe.

Los autores que forman el escuadrón de la teoría individualista opinan que nadie, y por ningún concepto, podrá ser privado de su propiedad. Siguiendo la tesis romana, el derecho de propiedad es absoluto, inatacable (1).

Sin embargo, otros, fijándose más en la teoría y viviendo más la práctica, queriendo conciliar una con la otra, afirmaron que con la expropiación lo que se producía era una modificación de la propiedad, pero sólo una modificación. No habrá pérdida de la propiedad, sino, a lo sumo, transformación de la propiedad. El bien, en cuanto tal, era modificado y cambiado por su valor. En realidad, viene a decir, lo que al propietario le importa es el valor del bien, no el bien en sí. Si un agricultor cultiva las tierras, lo hace por que le reporta un valor; si un propietario da en arriendo una finca, es por que le saca unos frutos, etc. Y si, en definitiva, lo que se quiere es el valor o la renta que se obtiene, el propietario no debe tener inconveniente en admitir la expropiación, puesto que no se le priva de la propiedad, sino que se le modifica; no se le priva del contenido económico que la propiedad supone.

(1) En realidad, estos autores, en lugar de formular su teoría con la afirmación de que «nadie podrá ser privado de su propiedad», debieron formularla, ateniéndose a la realidad fáctica del momento, con arreglo a un criterio más justo en la expresión. En vez de «nadie podrá», que quiere indicar un absolutismo radical en contradicción con los propios hechos de la realidad que conducen a la expropiación forzosa, debieron formularla diciendo que «nadie deberá ser privado de su propiedad», pero esto es sólo una sutil disquisición sin ninguna importancia mayor.

GASCÓN Y MARÍN (2) no emplea el término de enajenación forzosa, sino el de modificación del derecho de propiedad. Sin embargo, hemos de convenir, que la expresión «modificación del derecho» es tan amplia, tan multiforme, que se pueden emplear, sin rubor, en cualquier acto que suponga un cambio en la relación jurídica del hombre con la cosa. El propietario que da en usufructo sus bienes, ha modificado su derecho de propiedad; el arrendador, al establecer un subarriendo, ha modificado su derecho primitivo; el titular que da en censo sus fincas, ha modificado también su derecho. Cualquier cambio en la relación entre cosa y titular, es una modificación del derecho. En este caso concreto de la enajenación forzosa, esa transformación siempre supone, como dice GÜENECHEA, la enajenación material del objeto.

Este concepto de modificación es sostenido por el Tribunal Supremo (3), al afirmar que en la expropiación «la administración no despoja al particular de su propiedad, sino que le impone la transformación mediante la entrega en equivalente de su valor dinerario».

Sin embargo, no es lo mismo tener la cosa que su equivalente en dinero. Por encima del valor objetivo que se determine, existe otra valoración subjetiva, particular, propia de cada sujeto interesado con relación a la cosa. Mientras para unos tiene sólo un valor sentimental, para otros supone una magnífica renta de capital, y para un tercero puede significar el medio para conseguir otra cosa. El valor vendrá determinado en función de la relación del sujeto con el objeto. Siguiendo esta teoría, todo puede, en último caso, ser valorado en dinero—incluso, recordemos, el daño moral—, y a nadie se le ocurrirá pensar que es lo mismo el valor de la indemnización que el valor del bien indemnizado.

(2) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, pág. 443, Madrid, 1952.

(3) Sentencia de 19 de junio de 1954. También en una reciente, de 6 de noviembre de 1957, se vuelve a insistir en que «no se le priva del patrimonio económico al particular, sino que se le transforma mediante la entrega de un equivalente dinerario».

II

No hay que confundir la expropiación con la confiscación o con la privación de la propiedad que supone el impuesto.

a) En la confiscación hay pérdida de la propiedad del particular, pero no existe indemnización como en la expropiación. Es requisito imprescindible la indemnización en la enajenación forzosa, y precisamente a la determinación del justo precio es a lo que tienden con mayor ahinco las legislaciones.

El preámbulo de la Ley de 1954 dice que «la fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una Ley de expropiación». Sin embargo, encontramos algunas Constituciones en las que se habla de expropiación sin indemnización:

1.—La Constitución de Checoslovaquia de 1920 prevé la expropiación sin indemnización si la Ley dispone que no exista.

2.—El artículo 3.º de la Constitución de Rusia dispone que para realizar la socialización de la tierra se declara ésta propiedad nacional y será entregada a los trabajadores sin ninguna clase de indemnización.

3.—La Constitución de Servia declara expropiable sin indemnización los grandes dominios forestales que las autoridades extranjeras hubieran donado a algunas personas y los latifundidos que hubieran pertenecido a miembros de las antiguas dinastías extranjeras.

4.—El artículo 153 de la Constitución del Reich alemán, en el que se dice que, a pesar de ser norma general la indemnización, se podrá expropiar sin ella cuando así lo disponga alguna ley especial. Este precepto, como se ve, supone una excepción del principio general:

5.—Lo mismo ocurre en la Constitución española de 1931, en donde la falta de indemnización es la excepción.

Pero, en realidad, cuando la expropiación no va acompañada de indemnización se está ante una confiscación. Lo importante es el contenido del concepto, no la denominación que se le quiera dar.

Entrega de la cosa por el particular al Estado y entrega de su valor dinerario por el Estado al particular, ha sido idea fija del legislador en toda Ley de expropiación forzosa, tratando de no confundirla con otras figuras más o menos afines, y, sobre todo, con esta de la confiscación. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo reiteradamente, como se desprende de la sentencia de 6 de noviembre de 1957, en la que se hace notar que «la función y conceptualización de la expropiación forzosa fué fijada ya por la jurisprudencia en la sentencia de 3 de enero de 1953, afirmando no fueron orientadores de la Ley de expropiación los Principios de despojo, por confiscación de la propiedad individual, ni el ejercicio del dominio eminente del Estado».

GÜENECHEA, al estudiar los principales caracteres de la expropiación, hace hincapié en el concepto de justa indemnización, recalcando que no se trata, en ningún modo, de confiscación.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1953 hace referencia, también, a la necesidad de la justa indemnización. Después de afirmar que la expropiación constituye un sistema ideado para adquirir, en beneficio de la comunidad, los bienes privados de los ciudadanos, añade que para alejar toda sospecha de abuso, se han escogido profusas normas legales y reglamentarias, todas conducentes a averiguar y establecer el justo valor de los bienes expropiados, siempre con la mira puesta en el empeño de «aminorar en lo posible el detrimento de los propietarios privados del dominio contra su voluntad». Incluso se ha llegado a considerar (no sin razón) que la justa indemnización es uno de los postulados fundamentales de la expropiación, como lo demuestra la sentencia de 2 de noviembre de 1957, al afirmar, sin lugar a dudas, que «uno de los principios básicos en que descansa la expropiación forzosa es el que ha de pagarse por lo expropiado su justo valor».

Otra nota característica que serviría para distinguir la expropiación de la confiscación es la de que mientras en ésta la actuación del Estado está dirigida contra una persona o grupo de personas en particular, en aquélla el Estado no toma en cuenta la personalidad del titular; lo que interesa al Estado son, en con-

creto, los bienes prescindiendo de la persona del afectado. Es lo que, *mutatis mutandis*, podríamos llamar un derecho personal frente a un derecho real.

b) Quizá sea algo más difícil establecer la diferencia entre expropiación e impuesto en relación a la utilidad que de ellos obtiene el particular. Por ambos conceptos el individuo se ve privado de un bien, obteniendo a cambio cierta compensación entre lo que entrega y lo que recibe.

Sin embargo, mientras que por medio del impuesto no se recibe del Estado más que un servicio directo o indirecto, por la expropiación recibe una cantidad inmediata, producto de la indemnización correspondiente.

c) Por otra parte, la modificación del orden social tradicional hace que sean cada vez más frecuentes las actuaciones soberanas del Estado, llevando a cabo la creación de nuevas formas de intervencionismo estatal que, confundiéndose con la expropiación, es preciso distinguir para evitar posibles confusionismos.

Por eso hemos de distinguir, también, la expropiación de la privación temporal. Es requisito de la expropiación el carácter definitivo de la lesión. ERNEST FÖRSTHOFF (4) estima que sólo cabe expropiación cuando la Ley decreta una lesión particular, imponiendo un sacrificio (definitivo) a un grupo bien definido de personas.

III

El concepto de expropiación ha pasado, en su caminar histórico, por diversas fases, sin llegar a concretar cuáles sean sus razones o causas. Desde una época en la que no existía expropiación, desconociéndose esta institución, hasta otra en la que tan frecuentemente se hace uso de ella, que algún autor ha lanzado un grito de atención creyendo que se estaba ante el ocaso de la propiedad. En la actualidad se confunden una serie de términos (interés, utilidad, necesidad) para determinar a qué causa obedece la expropia-

(4) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Allgemeinteil.

ción (o enajenación forzosa, como la denomina el art. 1.456 del Código Civil, capítulo I, título IV, libro IV, destinado al contrato de compraventa).

En el Código Civil sólo se hace referencia a utilidad pública, mientras que en la Ley de expropiación de 16 de diciembre de 1954, si bien se sigue hablando de utilidad pública (arts. 2, apart. 2.º, 10, 11, 12, 14, 19), otras veces se hace referencia a interés social (artículos 2, apart. 3.º, 13, 71) y en algunas ocasiones a utilidad pública e interés social conjuntamente (arts. 1, 9, 15) (5).

Quizá, al final, no podamos matizar bien la diferencia que exista entre unas y otras causas de expropiación, pero conviene hacer un viaje retrospectivo en la historia y estudiar qué causas se exigían (6):

a) En una primera época se habla sólo de necesidad pública, sobre todo después del hito histórico tan fundamental en el mundo como supone la Revolución francesa y su declaración de Derechos del hombre y del ciudadano.

La propiedad se configuró como un derecho intocable, como un derecho poco menos que sagrado. Sus consecuencias son bien fáciles de adivinar: sólo por motivos de extraordinaria excepción se comprendía la expropiación y sólo se admitían las causas de necesidad, de estricta necesidad pública.

b) Posteriormente, la concepción tan rígida que supuso aquel acontecimiento, fué suavizándose al cambiar las circunstancias y evolucionar las ideas, admitiéndose que el Estado podía expropiar, no ya sólo cuando fuera de urgente necesidad pública, sino cuando la expropiación permitiera una mayor ventaja a la comunidad. Se amplían, por esta razón, las causas por las que se puede privar al particular de su propiedad, y aparece un nuevo concepto: el de utilidad pública.

A veces también se emplea el término de interés público (India, 1949).

(5) GONZÁLEZ PÉREZ, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo-junio, 1955, págs. 258-266, *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de expropiación forzosa*.

((6) GONZÁLEZ PÉREZ. artículo cit.

En España se utiliza en el siglo XIX la expresión utilidad común (Constitución de 1837, 1845, y en la no promulgada de 1854). Sin embargo, ya en la Constitución de 1876 se utiliza la denominación que, pudiéramos decir tomó carta de naturaleza en la mayoría de las legislaciones, de utilidad pública. De aquí pasó al Código Civil (art. 1.456) y a la Ley de Expropiación forzosa de 1879.

c) Las realidades sociales hacen insuficiente, también, la noción de utilidad pública y se trata de ampliar las causas de expropiación. Así surge el concepto de interés social. Lo encontramos en las Constituciones de algunas Repúblicas americanas (Cuba, 1 de julio de 1946; Panamá, 18 de septiembre de 1946).

En la legislación española encontramos ya en la Constitución de la II República una expresión análoga: utilidad social; pero es en el Fuero de los Españoles (17 de julio de 1945) en donde se emplea por vez primera la denominación de interés social.

El Tribunal Supremo también se ha hecho eco de esta nueva orientación, y en una Sentencia de 27 de abril de 1953 dice que no es nuevo el concepto en nuestra Patria, ya que tuvo su origen en las Leyes 2.^a, Título I de la 2.^a Partida». En este caso las Partidas no se limitaron, como en otros casos, a copiar o influir por el Derecho romano, ya que en él se dejó sin resolver la expropiación forzosa.

IV

Sin embargo, la entrada en escena del interés social en el tercer acto de la evolución histórica de la expropiación, no está lo suficientemente explicado. Se ha criticado el término interés social, estimando que era innecesario para ampliar el concepto de utilidad pública. Es innecesario establecer esta distinción, ya que si utilidad pública significa deseo, beneficio, interés de un grupo social (al que se debe someter el interés privado), ese deseo, beneficio o interés dependerá de varias causas, y no significa esfuerzo alguno el considerar al interés social como determinante de esa utilidad pública. Por más que si la utilidad pública se declara en beneficio de un grupo social, no sería extraño, ni forzado, denominarla uti-

lidad social; y, una vez adoptada esta expresión, podríamos confundir los términos de utilidad e interés, ya que toda utilidad se declara en aras de un interés común. Todo ello nos llevaría de la mano a la expresión tan actual de interés social. Con ello habríamos identificado ambas expresiones, haciendo superflua, innecesaria, una de ellas. Incluso en el preámbulo de la Ley de 27 de abril de 1946 sobre Expropiación forzosa de fincas rústicas de interés social, se dice literalmente que se pretende especialmente equiparar la declaración de interés social a la de utilidad pública».

En algunos países, como Méjico (7), se ha intentado distinguir entre utilidad pública, utilidad social y utilidad nacional, pero la doctrina ha reaccionado contra esta tendencia ya que todo, en última instancia, se puede reducir al interés público.

Parece ser que en el preámbulo de la Ley de Expropiación de 1954 se quiere distinguir entre utilidad pública e interés social. Dice la exposición de motivos: «Consecuentemente, se ha desarrollado, con la precisión posible, aquella fundamental distinción entre la expropiación de utilidad pública y la expropiación de interés social del art. 32 del Fuero de los Españoles»; sin embargo, esta distinción no se lleva de modo absoluto en el articulado, e, incluso, se llega a confundir, en un tratamiento idéntico, ambas causas. El art. 13 de la Ley de 1954 dice: «el interés social determinante de transmisiones forzosas de cosas o derechos, a los fines específicos de los artículos 30 y 31 del Fuero de los Españoles, se sujetará, en cuanto a su declaración, al mismo procedimiento previsto en el artículo anterior». Es decir, se remite, para su declaración de interés social, al artículo 12, y éste trata de la declaración de utilidad pública («Respecto a los bienes muebles, la utilidad pública habrá de ser declarada...»)

Sin embargo, existen ciertas diferencias en el régimen jurídico entre una y otra:

a) El art. 2, párrafo 3.º, admite que «por causa de interés social podrá ser beneficiario, aparte de las indicadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurren los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos».

(7) GONZÁLEZ PÉREZ, artículo cit., pág. 272.

b) Al regular en el cap. II del título III la expresión por incumplimiento de la función social, que será causa de interés social (art. 71).

c) Y, además de la Ley de 1954, está más claramente diferenciado en los procedimientos especiales (expropiación por incumplimiento social de la propiedad: solares, 15 de mayo de 1944; expropiación por interés social en los demás casos, 27 de abril de 1946)

Quizá la única solución para distinguir la utilidad pública del interés social, es considerar que existe utilidad pública cuando el bien objeto de expropiación pasa de la propiedad privada al dominio público; y existe utilidad social cuando el bien pasa a integrar parte del patrimonio de otro particular (8). Así parece deducirse también de la exposición de motivos de la Ley al afirmarse que con ello «se ha generalizado, con las garantías formales obligadas, la posibilidad—insólita en el concepto clásico de la expropiación—de referir sus beneficios a particulares por razones de interés social» (9).

Si sólo en esto está la diferencia entre ambas causas de expropiación (o en otras de poca importancia), no existe razón para un tratamiento distinto. Como dice GONZÁLEZ PÉREZ (10), si se entiende que el procedimiento es equivocado, se debiera haber generalizado el procedimiento de expropiación por interés social.

LAMO DE ESPINOSA (11) afirma que la expropiación se ha transformado en instrumento de política social y económica, trascendiendo su carácter del marco meramente jurídico. Encuentra la distinción entre utilidad pública e interés social en cuatro puntos principales:

a) Los distintos criterios de valoración adoptados por la Ley, según se trate de expropiación por causa de utilidad pública o por

(8) LIZARAZU DE ANZOLATORO, *La expropiación* (tesis, Bogotá, 1952). Referido por GONZÁLEZ PÉREZ, en el artículo cit., pág. 268.

(9) Como también se desprende del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa (D. 26 de abril de 1957), al desdoblar la cualidad de beneficiario de la de titular de la potestad de expropiador. El art. 4 de dicho Reglamento habla de no coincidir en el mismo sujeto las cualidades de expropiante y beneficiario, cuando anteriormente (núm. 2, art. 3) había afirmado que el Estado, la Provincia y el Municipio son los únicos titulares de la potestad de expropiar.

(10) GONZÁLEZ PÉREZ, artículo cit.

(11) «Revista de Estudios Agro-Sociales», vol. 10.

interés social, están justificados, ya que se configura esta última únicamente como expropiación-sanción.

El incumplimiento de la función social determina que, al lado y conjuntamente de la expropiación, se configure una sanción.

b) En el supuesto de expropiación por utilidad pública, normalmente el bien expropiado pasa a ser de dominio público, y, por el contrario, en el caso de interés social por causa de colonización, pasa la tierra, a través del Instituto Nacional de Colonización, al dominio de un tercero.

c) Aun admitiendo que el concepto de utilidad pública ha ensanchado extraordinariamente su campo de actuación, no siempre el objeto expropiado lo es en su totalidad, y, en cambio, cuando se expropián fincas rústicas por causa de interés social, lo son generalmente en toda su extensión.

d) La Ley de expropiación por causa de interés social, no sólo regula la valoración de la finca, sino que señala excepciones y preferencias para la expropiación, así como factores que puedan influir en más o en menos en la tasación, lo que, en definitiva, supone la declaración de ciertos principios de política agraria, que se desconocerían en el caso de seguirse el mismo sistema que con la declaración de utilidad pública, mediante un criterio unificador de la expropiación.

Por último, en el preámbulo de la Ley de 1954 se considera que «al consagrar la expropiación por interés social, la Ley viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad». ¿Qué es lo que se ha querido decir al afirmar que se entiende implícita una función social de la propiedad? ¿Se ha llegado, en la actualidad, a querer, o al menos a insinuar, que se está ante el derrumbamiento de la propiedad? ¿Servirá esta expresión para consagrar el principio inspirador de la propiedad común, llegando, como última etapa, a consagrar, incluso, el principio dominador de la legislación soviética?

Quizá autores pesimistas han creído entender que nos encontramos ante el ocaso del derecho pleno sobre la cosa. El Estado —afirman—, en su afán de intervencionismo, tiende a debilitar

primero, para destruir después, los lazos de la propiedad privada, convirtiéndose en el único dominador.

Hasta cierto punto es lógico este pesimismo, ya que si volvemos los ojos atrás, no sería extraño creer que se estaba ante una nueva etapa en la declaración de causas de expropiación. Primero fué necesidad, luego se amplió a utilidad, en un tercer periodo se instituyó el concepto de interés social y en este mismo periodo se prepara el camino para ampliar el concepto de causa, de tal manera, que cualquiera sirviera para proceder a la expropiación.

Sin embargo, mirando con serenidad y comprendiendo bien la expresión función social, se comprende que lo que se ha querido es, únicamente, volver al concepto de propiedad basándolo en el Derecho natural, subordinando el interés privado a la utilidad común.

Modernamente en todas las legislaciones se ha consagrado este principio, acentuándose el carácter social de la propiedad. Sin dejarse influir por pequeños sectarismos ni ideas trasnochadas, dice algún autor (12), bien patente está el ejemplo de Inglaterra cuando se muestra, para despejar de ciertos prejuicios la mente, recordando cómo la reforma agraria se fué llevando a cabo en el país, considerado como individualista por excelencia, en el que se pedía oficialmente mayores amplitudes para la expropiación por causa de utilidad social.

Haciendo exclusión de Rusia (en donde la expropiación sin indemnización ha sido aplicada como base política en la República de los Soviets para modificar el régimen de la propiedad), vamos a ver panorámicamente qué países, principalmente, han admitido el carácter socializador (entendiendo éste en el sentido de interés social) de la propiedad (13):

1.—En la Constitución de México de 1917 se dice que la nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

2.—El art. 153 de la Constitución alemana de 1919 consigna que la propiedad no sólo es derecho, sino que obliga; su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.

(12) Ver *La cuestión agraria de Inglaterra e Irlanda*, por RODOLFO GNEIST, Biblioteca italiana, Brunialti.

(13) GASCÓN Y MARÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, pág. 448, Madrid, 1952.

3.—La Constitución de Perú de 1920 dice que la Ley puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transformación de determinadas propiedades.

4.—La Constitución de Servia de 1921 determina que la propiedad no puede usarse en perjuicio de intereses colectivos.

5.—La de Chile de 1925 establece que el ejercicio del derecho de la propiedad está sometido a las limitaciones que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social.

6.—La Constitución francesa de 1946 declara deben pasar a propiedad de la colectividad todo bien o empresa con caracteres de servicio público nacional.

7.—La de Brasil de 1946 condiciona el uso del derecho de propiedad al bienestar social.

8.—La de Yugoslavia de 1946 declara que la propiedad privada no puede utilizarse en perjuicio de la comunidad popular, pudiendo ser limitada y expropiada.

9.—Asimismo, la Constitución de Italia de 1947 reconoce la propiedad privada, declarando su expropiación con indemnización.

CIMBALI (14) dice que si el propietario «quiere mantener el derecho exclusivo a su territorio debe emplear convenientemente capital y trabajo necesarios a utilizarle y hacerle producir, y que desde el instante en que cesa en el cumplimiento de los deberes, debe cesar en el ejercicio del derecho» llevando como consecuencia la expropiación forzosa.

JOAQUÍN COSTA (15), haciendo referencia al ejemplo apuntado en Inglaterra, escribía pidiendo la aplicación de la ley de expropiación forzosa como en Inglaterra, y, en donde esto no sea suficiente, expropiación, arrendamiento o acensuamiento de las tierras.

Por su parte, GASCÓN Y MARÍN (16) no se atreve a afirmar a

(14) *La nueva fase del Derecho civil*

(15) *Colectivismo agrario*.

(16) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1952.

priori que ante la mano muerta individual haya que buscar el remedio en la expropiación; dependerá—dice—en un todo del destino que se dé a los bienes expropiados. Centra la cuestión en la pregunta de si hay derecho o no a imponer expropiación con fines sociales. Y contesta diciendo que, en general, no cabe por qué negarlo.

A través de todo esto se aprecia que, en un principio, el derecho de propiedad pertenece a los particulares, que son las personas privadas las que utilizan, usan, actúan y se benefician con su titularidad y que sólo cuando ellas no sepan, no quieran o carezcan de medios para obtener los beneficios que de su derecho derivan, el Estado actuará disponiendo la expropiación por interés social, en el cual estará incluido el propio interés de la misma persona expropiada.

Como dice JANINI (17), «el espíritu de los tiempos es desfavorable a los parásitos. El propietario que no se consagra a conservar y a aumentar el valor de la porción del suelo nacional que le pertenece, se coloca en una falsa posición para luchar. Su mejor defensa consiste en mostrarse útil y en contribuir al bienestar social».

Además, según el art. 73 de la Ley de expropiación de 1954, si se declara causa de interés social por incumplimiento de la función social, el beneficiario no sólo es la propia Administración, sino que puede ser otro particular, como se desprende del segundo inciso de dicho artículo, al decir que «únicamente cuando el beneficiario sea la Administración...». Con ello está bien claro que no se quiere destruir la propiedad privada (este caso sería buen pretexto para ello), sino que lo que se intenta es que la propiedad privada, sin dejar de ser tal, contribuya al mejoramiento de toda la sociedad.

El Tribunal Supremo también se ha encargado, por su parte, de hacer resaltar esta circunstancia, como lo demuestra en el contenido de su Sentencia de 27 de abril de 1953 (citada anteriormente), que a propósito de la fijación del justo precio en la expropiación, dice que «todo el ordenamiento legal de la expropiación tiene por exclusivo objeto, no la salvaguardia o la garantía de las atribuciones y prerrogativas del Poder, ya defendidos por otros medios,

(17) Cit. por GASCÓN Y MARÍN, *Tratado...*, tomo I, pág. 449.

sino la protección y el amparo del derecho privado de propiedad, declarándolo sagrado e inviolable y asegurando su defensa en las mismas Leyes Constitucionales y en los Códigos Civiles de que son ejemplo nuestras disposiciones legales vigentes en la materia, inspiradas en una tradición secular que tuvo su origen, precisamente, en nuestra Patria».

B) FUNDAMENTO

No solamente por estar declarada en la Ley vamos a admitir la razón de la expropiación. Es evidente que las disposiciones legales vinculan a las personas respecto de las que dictan, pero tampoco es menos evidente que la Ley no eleva por sí sola el espíritu de las disposiciones que integran su contenido. Toda Ley es, en efecto, por el hecho de serlo, norma legal (cuando hablamos de Ley en este sentido damos por sentado que ha sido dictada por quien tiene poder para ello), pero no hay que suponer que sea legítima. Y es precisamente aquí en donde debemos construir toda la doctrina del fundamento de cualquier norma jurídica. El fundamento de ésta ha de basarse, no en la mera voluntad del legislador, sino en aquellos principios que son la medida de todo el derecho positivo.

La expropiación, por su peculiar concepto (no hay unanimidad al configurar su naturaleza jurídica: unos estiman que es una limitación de la propiedad; otros, una extinción de la misma, etc.), supone una gran diversidad de opiniones, y la doctrina busca sin descanso la norma superior en la que fundar toda su teoría.

Sin querer dar una opinión concreta, que sería sólo, al fin y al cabo, una más entre todas, vamos a ver cuáles son las teorías que intentan explicar el fundamento de la expropiación en general, ya que la expropiación por causa de interés social estará incluida dentro de este concepto amplio. Buceemos, pues, entre el mar de tesis para intentar sacar a flote alguna idea que, si no muy concreta, sirva, al menos, para centrar de algún modo el fundamento de la expropiación forzosa.

1.—Desde luego no debemos buscar el fundamento en teorías como la del dominio eminente del Estado; no es una facultad superior que tenga sobre los bienes privados. La facultad del Estado es de Derecho público, pero esto no quiere decir que desconozca o niegue las facultades apoyadas en el Derecho privado.

Quizá por influencias romanas o feudales se pueda sostener tal teoría, pero esto sólo se conseguirá cuando se confundan lo público con lo privado y la soberanía del Estado se salga de su esfera, abrazando más conceptos de los que le correspondan. Esto no quiere decir que se establezca una separación absoluta entre lo público y lo privado, sino que cada uno debe circunscribirse a su propia esfera, sin desconocer lo demás.

2.—Tampoco debemos recurrir a la necesidad de resolver conflictos, oponiendo el interés social al individual. STEIN encuentra el fundamento en la necesidad de resolver la oposición o colisión entre el interés particular y el público. PÉRSICO también apoya esta idea (18).

También parece que apunta el mismo concepto HERMAN SACHS (19). Según este autor toda expropiación tiene su fundamento en el Derecho público y descansa en la consideración de que el bienestar público precisa menoscabar las propiedades fundamentales, siempre previa correspondiente indemnización. Por tanto—según este autor— hay que buscar un equilibrio o una proporción entre lo que el Estado da y lo que exige del particular. Supone la expropiación una pugna entre los intereses públicos y privados, venciendo unos u otros, según la ideología política de la comunidad.

El fondo común de todas estas teorías está en el concepto de lucha o pugna entre el Estado (expropiante) y el particular (expropiado).

Sin embargo, MEUCCI (20) estima que, en realidad, la expropiación no supone un conflicto que termine con la victoria de una parte, sino que debe entenderse como una fórmula de conciliación

(18) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo II; 8.^a ed., pág. 269, Madrid, 1951.

(19) *Staats lexikon*.

(20) Obra cit. de CASTÁN.

y armonía que se reduce a la modificación de un derecho en gracia de otro por la coexistencia de ambos (21).

3.—GÜENECHEA (22) apoya el fundamento de la expropiación en la misma base que el del impuesto o el de las servidumbres administrativas. Dice que el Estado ha de tener a su disposición los medios necesarios para conseguir sus fines; para lograrlos le pueden hacer falta, además de las prestaciones personales o pecuniarias, las reales de objetos determinados.

Para explicar su teoría busca algunos pilares en qué mantenerla, y así, dice que se puede demostrar:

a) Dada su conveniencia, la recta razón exige que los derechos mismos de los particulares puedan ser limitados y aun secuestrados, porque se debe subordinar el bien menor al mayor.

b) Santo Tomás, los teólogos y moralistas dicen que las cosas las destinó Dios para el bien común de los hombres.

c) Cualquier particular puede, en caso de extrema necesidad, apoderarse de los bienes ajenos; restituyéndolos después, si puede, al menos en su equivalente.

d) Si los súbditos están obligados a contribuir con sus vidas, cuánto más con sus bienes, que constituyen un bien menor.

GÜENECHEA, en resumen, funda el concepto de expropiación en tres puntos:

1.—Enajenación obligatoria

2.—Justa indemnización; y

3.—Poder administrativo.

4.—Algunos autores no intentan buscar ningún criterio superior, y se contentan construyendo la doctrina de la expropiación en la simple ley positiva.

(21) Como dice la Sentencia del T. S. de 7 de junio de 1957, «debe tener el obligado equivalente de una sustitución de valor sin sufrir merma alguna del bien que coactivamente sale del patrimonio privado por necesidades de orden social».

(22) *Ensayo de Derecho Administrativo*, tomo II, pág. 828. Bilbao, 1915.

Entre los principales autores que sostienen esta idea se encuentran BENTHAM y MONTESQUIEU (23).

5.—LONGO supone que la propiedad privada es sólo una concepción administrativa de la autoridad, pudiendo esta misma autoridad decretar su cese.

6.—ZANOBINI (24) no determina, en concreto, cuál es su fundamento. Se limita a decir que la nueva Constitución italiana considera la expropiación como un instituto del todo normal, declarando así el art. 38 que la ley autoriza, por motivo de interés general, la expropiación de la propiedad privada, previa indemnización.

7.—La mayoría de la doctrina italiana (ROMANO (25), SABBATINI y BIAMONTI (26), LICIFREDI (27), D'ALESSIO (28), PUGLIATTI (29), estima que así como el Estado es fuente directa o indirecta de todos los derechos, igualmente es la causa primera de cada una de sus limitaciones y de su misma extinción.

8.—GARCÍA DE ENTERRÍA (30) afirma que la justificación de expropiar no tiene un sentido sustantivo. Es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado. Por esta razón el tema de la expropiación surgió por la ausencia de una idea abstracta del poder público.

Pero una vez superadas estas nociones, la justificación del poder de expropiar no tiene más sentido que el que tendría preguntar la justificación del poder estatal con respecto a cualquier otra figura jurídica (la dote, el contrato de sociedad, el derecho sucesorio, etc.).

Después de afirmar esto, GARCÍA DE ENTERRÍA estima que, desde el punto de vista jurídico, la potestad expropiada se justifica *in*

(23) Obra citada de GUENECHEA.

(24) *Corso di Diritto Amministrativo*, volumen IV, pág. 180. Milano, 1948.

(25) *Principi*.

(26) *Commento*.

(27) *Le prestazioni di cose*.

(28) *Istituzioni*.

(29) *Trasferimenti coattivi*.

(30) *Anuario de Derecho civil*, octubre-diciembre 1955.

concreto por la atribución de la Ley Esto, dicho así, parece que se inclina por la tesis antes apuntada del Derecho positivo.

9.—Algún autor ha llegado a fundar su teoría en considerar que la expropiación se debe en virtud a un derecho de prerrogativa que ostenta el Estado con respecto a los particulares.

Si estudiamos nuestra Ley de expropiación forzosa de 1954, encontramos que su preámbulo comienza afirmando que «la expropiación forzosa contempla el supuesto en que, decidida la colisión entre el interés público y el privado, en consideración a la lógica prevalencia del primero, resulta obligado arbitrar el procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa del Derecho expropiado».

Observando este párrafo, podemos arrancar de él algunas expresiones que, aparentemente, nos llevan a configurar la expropiación como un derecho en el que se ventila un conflicto entre el interés social y el particular. No hay que hacer demasiados malabarismos para sacar este significado de la expresión «decidida la colisión entre el interés público y el privado»; casi estas mismas palabras nos dan ya aquel resultado, sin necesidad de alambicar ni retorcer expresiones.

Por otra parte, parece que al decir que se arbitrá un procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa, estamos ante un supuesto que se quiere fundar sólo en la propia Ley positiva.

Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley de 1954 se establece que no es una colisión de un derecho con otro, con supremacía de uno de ellos, sino en la existencia de dos derechos que, como tales, tienen la misma categoría, pero que deben conciliarse para el beneficio común.

Se dice que «una solución simplista viene a ignorar el hecho de que aquí no luchan el interés público, que impulsa a continuar la expropiación, y el interés privado, que tiende a demorarla. En realidad, el legislador ha de arbitrar aquí entre las exigencias de ritmo de la ejecución de la obra o servicio y las de *no menor interés público ni inferior rango*, de conseguir la justa indemnización que por principio se reconoce al particular afectado».

Nuestra Ley no ha querido supeditar un interés a otro, ni establecer rangos de distintas categorías, sino lo que ha intentado hacer es ponerlos en concordancia, elevarlos a un mismo nivel y no menospreciar el interés particular, que, al fin, lleva siempre implícito un interés social.

Para ello la Ley establece, en su título V, unas garantías jurisdiccionales, y para recalcar mejor su propio concepto, declara, en el número 4.º del art. 126, que «se consideran de turno preferente los recursos comprendidos» en dicho artículo.

El preámbulo también hace referencia a este sistema garante, y afirma que, en «la medida en que la Ley ha apreciado la necesidad de configurar la expropiación, considerando todo el campo a que hoy se extiende la acción de la Administración, se ha hecho cargo de la necesidad de compensar jurídicamente tan amplio desarrollo con un sistema eficaz de garantías, que fueran la proyección técnica del solemne principio consagrado en el artículo 32 del Fuero de los Españoles».

El art. 125 sale al paso de que la Administración no cumpla los requisitos que en la Ley se establecen referentes a la declaración de expropiación, a la ocupación, al pago, etc., y así dispone que «siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen, y, en su caso, le reintegren en su posesión, amenazada o perdida».

Y el artículo siguiente (art. 126) establece los recursos contenciosos de que podrá disponer el particular expropiado:

«1.—Contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de las piezas separadas, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo.

2.—Asimismo, ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten.

3.—En todo caso, el recurso podrá fundarse en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley (de 1954).»

A veces se considera a la expropiación como una sanción que el Estado impone a los particulares por incumplimiento de la función social que a cada individuo corresponde, pero esto no deforma en nada el concepto contenido en la Ley de 1954. Así, la Orden de 27 de mayo de 1953 declara en su art. 29, que «las controversias a que se refieren los dos números anteriores serán sancionadas con la expropiación del matrimonio»; y entre los casos que se citan en los arts. 27 y 28 de la citada Orden, están:

1.—Toda clase de arriendo, cesión o traspaso, en todo o en parte, del patrimonio familiar, y, en general, el no llevar el titular el título de cultivo directo e íntegro del mismo.

2.—La resistencia a la realización del cultivo personal cuando para ello fuere requerido el titular por el Instituto Nacional de Colonización.

3.—La división del patrimonio familiar entre los herederos sin cumplirse los requisitos previstos para la desintegración.

4.—La transmisión, en todo o en parte, del patrimonio por actos intervivos, sin cumplir lo establecido en la misma Orden (según su art. 7).

5.—Ciertos incumplimientos de los deberes primordiales de familia, tales como malos tratos de obra al cónyuge o a los hijos; el público amancebamiento, si el titular fuera viudo y tuviera hijos, etc.

También la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre fincas mejorables, al disponer que, «declarada mejorable una finca, el deseo por parte del Ministerio de Agricultura de que se lleven cuanto antes a la práctica las intensificaciones o transformaciones necesarias en la finca, le impele a declarar expropiables aquellas en que no se lleven a efecto las intensificaciones o transformaciones».

. RICARDO RUIZ SERRAMALERA
Profesor A. de Derecho Civil
en Madrid

Discordancia y falta de concordancia entre el registro y la realidad jurídica ⁽¹⁾.

Sin llegar a la medida de nuestros deseos, no cabe negar el gran paso dado por la vigente Ley Hipotecaria en orden a la efectividad y eficacia de los derechos inscritos. Hoy día, el titular registral que adquiere con los requisitos necesarios para gozar del carácter de tercero, puede decir que tiene, en virtud del principio de «fides pública», una posición jurídica inatacable, y puede a su vez atacar a quien perturbe su derecho, de una manera rápida y eficaz. Y aun el titular registral, que por ser inmatriculante, no goza de la consideración de tercero ni de su presunción «juris et de jure», está protegido por el principio de legitimación, que le proporciona una presunción «juris tantum», de la existencia y exactitud de su derecho, que puede ejercitar contra cualquiera mientras no sea destruida.

No entra en la finalidad de este trabajo examinar los aspectos

(1) En la materia objeto de estas líneas se ha puesto de manifiesto, quizá más que en ninguna otra, el espíritu de estudio e investigación de nuestros comentaristas hipotecarios, que han examinado y desmenuzado los preceptos legales y reglamentarios con tal detalle, que es imposible descubrir nada nuevo que se haya escapado a su penetración, y solamente nos mueve a escribirlas el deseo de colaborar, aunque sea pobremente, en la labor de clarificación y sistematización que caracteriza los estudios hipotecarios más recientes. Por la misma razón, y ante el temor de sensibles omisiones, nos abstenemos de citar los innumerables artículos y trabajos publicados sobre estos temas y que nos han servido de base y orientación.

múltiples de las ventajas de la inscripción. Partiendo de la realidad de las mismas, es evidente que, tanto mayor será al prestigio de la institución registral, cuanto más exacto sea en las declaraciones que publica, de tal forma que estas ventajas sean conformes con las verdaderas situaciones existentes en la realidad. El Registro debe proteger a los verdaderos dueños, no a los aparentes, y cuando surge una discrepancia entre la declaración registral y la realidad jurídica, hay que pensar que algo falla en la mecánica del sistema.

En estos casos tiene el legislador que optar por uno de los siguientes criterios: 1.º Dar preferencia a la declaración registral en todo caso, en perjuicio del verdadero dueño, que queda lesionado en su derecho. (Sistema de sustantividad de la inscripción.) 2.º Prescindir de la declaración registral y dar preferencia en todo caso a la realidad jurídica, con los consiguientes perjuicios para el sistema hipotecario y los intereses sociales que trata de proteger. (Sistema de transcripción); y 3.º Declarar con carácter ecléctico la preferencia de la situación registral, cuando hay un tercero que pueda ser perjudicado, y de la realidad jurídica en los demás casos. (Sistema mixto español.) Este último, como dice ROCA, es susceptible de variedad de matices, según se incline gradualmente de uno a otro extremo.

Pero sea cual sea el sistema adoptado, hay que procurar que Registro y realidad marchen en perfecta armonía, y en este sentido nuestro Derecho hipotecario establece diferentes medidas, que tratan de lograr en lo posible la más perfecta concordancia entre uno y otra; pero, admitido el principio de voluntariedad de la inscripción, nunca se podrá conseguir una concordancia completa, presupuesto indispensable para que el sistema hipotecario español funcione con el máximo prestigio y eficacia.

La vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, en su título VI, trata de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, y establece tres medios para lograrla: La inmatriculación de fincas; la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, y la liberación de cargas y gravámenes. Pero en otros artículos de la Ley se encuentran dispersas múltiples disposiciones que tienden al mismo objeto, por lo que conviene hacer un pequeño esquema de los diferentes supuestos de falta de concordancia y de los me-

dios para subsanarla, diferenciando los casos de inexactitud o discordancia de los de simple falta de concordancia.

Diferencia entre uno y otro supuesto.—Si tenemos en cuenta que en el Registro lo que se inscribe son derechos y éstos constan de elementos personales, reales y formales, siempre que cualquiera de estos elementos, tanto en sus requisitos esenciales como accidentales, aparezca en el Registro de una manera distinta a la realidad, aquél no reflejará exactamente la situación real y estaremos ante un caso de inexactitud o discordancia, completamente distinto del que se produce cuando la finca, al amparo del principio de voluntariedad de la inscripción, no ha tenido acceso a los libros hipotecarios y vive, con todos los derechos que sobre ella recaen, fuera del Registro. En este caso no hay discordancia ni inexactitud, pero sí una falta de concordancia, puesto que el Registro no refleja realidades jurídicas que viven fuera de él; pero así como en el primer caso publica situaciones jurídicas que chocan con la realidad, en el segundo no hay esta contraposición, sino una situación de normalidad dentro del principio de voluntariedad de la inscripción. En el primer supuesto hay que procurar, con normas rápidas y en cierto modo coactivas, la desaparición del estado de inexactitud, que, como dice Roca, constituye un grave peligro para aquellas personas a las cuales aproveche la realidad jurídica; en cambio, en el segundo supuesto, ante el silencio del Registro, no cabe este peligro; la relación jurídica se desenvuelve exclusivamente en la realidad, y el legislador sólo tiene con sus medidas a fomentar la inscripción mediante ciertas prerrogativas y ventajas. En esta distinción se funda el precepto del art. 313 de la Ley Hipotecaria vigente, que establece la inadmisión de los documentos sujetos a inscripción que no hayan sido inscritos, cualquiera que sea la persona contra quien se ejerciten, si tales derechos hubieren tenido ya acceso al Registro. Cuando la finca no haya tenido acceso al Registro, podrán admitirse dichos documentos, cuando el objeto de la presentación no afecte a tercero (art. 586 Regl.). Y comoquiera que no habiendo inscripción de finca no hay tercero hipotecario, vemos que lo que campea en estos preceptos y constituyen su «ratio legis», es poner fin a la inexactitud registral, rechazando aquellos títulos que se refieren a

fincas que ya constan registradas, mientras no se registren, como medio de terminar con la discordancia existente.

CASOS DE DISCORDANCIA O INEXACTITUD

Se refieren a situaciones jurídicas en que las fincas constan registradas y se pueden producir por inexactitud en el sujeto, en el objeto y en la relación jurídica:

a) *En el sujeto*.—Siempre que a través de los asientos del Registro aparezca como titular de un derecho persona distinta de quien ostenta la titularidad y ejercicio del mismo en la realidad, tendremos un caso de inexactitud subjetiva, derivada unas veces de la tendencia desinscribitoria, que en regiones de poca vida hipotecaria hace que las inscripciones se perpetúen a favor de titulares ya desaparecidos, sin que sus causahabientes se preocupen de poner al día la situación registral, y otras, por surgir frente al titular registral otro real que ejercita los derechos que a aquél deberían corresponder, oponiéndose a ellos o perturbando su ejercicio. Si lo primero, bien fácil es corregir el Registro, mediante la presentación de los títulos necesarios, para practicar las inscripciones intermedias, y si esto no fuera posible, la Ley regula el expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo y el acta de notoriedad del art. 203, con objeto de que el titular real se convierta en titular registral, desapareciendo la inexactitud. Si frente al titular inscrito surge otro real, que desconoce y perturba su derecho, tiene el primero a su favor el procedimiento rápido y eficaz del art. 41 para ejercitar las acciones reales derivadas de su inscripción y la presunción posesoria del art. 38 para restablecer y hacer efectiva la concordancia, salvo que el poseedor real tenga a su favor una prescripción ganada, eficaz contra el inscribente, en que se inscribe la resolución judicial que así lo reconozca, o ejercite la acción de rectificación del art. 40.

b) *En el objeto*.—Siempre que constando inscrita una finca no coincida ésta con la realidad, ya de un modo absoluto, si la finca

no existe, ya relativo, si existe con variación en sus elementos integrantes, tendremos una discordancia objetiva.

Casos de no existencia real de la finca inscrita, se dan, aunque sean poco frecuentes. A via de ejemplo: La desaparición de fincas ribereñas de mares y rios; o de las horas de agua de un heredamiento por agotamiento de sus manantiales; la simulación de una finca inexistente en la realidad, y los casos de doble inmatriculación, en que, apareciendo la finca inscrita por dos veces, en la realidad sólo hay una. En todos estos casos el asiento registral carece de contenido y procederá su cancelación a tenor de lo dispuesto en el art. 79 de la Ley, y en los casos de doble inmatriculación, aplicando el art. 313 del Reglamento, con la salvedad que supone la Resolución de 25-X-52, en cuanto a la no necesidad de procedimiento judicial cuando se trate de inscripciones a favor del mismo propietario; caso que, siguiendo a VENTURA y CÁNOVAS, consideramos como de rectificación de errores, ya que sólo esta causa lo ha podido originar, y siendo el mismo titular, en ambos asientos, su voluntad conforme, en cuanto al asiento cancelable, manifestada ante Notario o el mismo Registrador, es suficiente para la cancelación de uno de ellos.

Si la falta de concordancia o inexactitud está en los elementos integrantes de la finca, hay que hacer distinciones: discordancia en la descripción, en cuanto al nombre, linderos, naturaleza, defecto de cabida, clase de cultivo, etc., se rectificará con la presentación de los nuevos títulos en que estos datos sean exactos; si la inexactitud es por exceso de cabida, siendo mayor la real que la registrada, para lograr la inscripción del exceso es necesario expediente de dominio, acta de notariadad del art. 203 o documento público con los requisitos del núm. 5 del art. 298 del Reglamento.

Si la falta de concordancia o disconformidad consiste en nuevas plantaciones o edificaciones donde antes no las habia, se hará constar éstas en el Registro, mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble o mediante escritura pública, descriptiva de la obra nueva, plantación o mejora, según los arts. 208 de la Ley y 308 del Reglamento.

En este aspecto objetivo de la inscripción, la fuerza de la realidad se impone siempre, y de nada serviría que el Registro proclamase la existencia de fincas, edificaciones, etc, si éstas no exis-

ten en la realidad. Aquí el Registro ha de ceder, y para evitar los perjuicios que puede sufrir quien contrata por sus apariencias, sin confrontarlas con la realidad, es necesario que un buen Catastro le sirva de base. Sin embargo, y a pesar del poco valor que en este punto han tenido las declaraciones registrales, hoy día, después de la interesante sentencia del Tr. S., admirablemente comentada por AZPIAZU, de 21-3-53, no puede menos de considerarse que dichos datos tienen un indudable valor como presunción «*juris tantum*», en cuanto a su existencia y exactitud.

c) *En la relación jurídica.*—La discordancia por razón del contenido de la relación jurídica, afecta al derecho mismo objeto de la inscripción, y puede ser absoluta o relativa, y una y otra positiva o negativa. Será absoluta positiva, cuando el Registro da como existente un derecho que en la realidad no existe, bien por no haber nacido en los casos de nulidad, falsedad, etc., del título que hubiese motivado la inscripción, o bien por haberse extinguido en la realidad el derecho inscrito sin que en el Registro se haya cancelado. Será absoluta negativa cuando un derecho existente en la realidad, estando inscrita la finca, no se haya reflejado en el Registro, o cuando en éste se ha practicado una cancelación en virtud de un título nulo y el derecho sigue subsistiendo en la realidad. En todos estos casos hay que estar a lo dispuesto en el art. 40 de la Ley, y procederá la rectificación por la cancelación de los asientos respectivos o la presentación de los correspondientes títulos.

Es relativa la discordancia, cuando el Registro proclama la existencia del derecho que existe en la realidad, pero con extensión y límites diferentes; siendo positiva cuando proclama cargas, gravámenes o limitaciones, que en la realidad no existen, y negativa a la inversa. Este caso, análogo al anterior, se resuelve de la misma manera: cancelando los derechos y cargas, inexistentes en la realidad, o tomando razón de las que sean inscribibles, mediante la presentación de los títulos necesarios para ello. En estos supuestos hay que mencionar el art. 312 del Reglamento en cuanto a la inscripción de Derechos reales sobre fincas que no estén inscritas a nombre del concedente; las normas contenidas en las disposiciones transitorias de la Ley para la cancelación de cargas,

menciones, anotaciones, hipotecas, etc., de oficio o a instancia de parte; el art. 355 del Reglamento, para la cancelación de las mismas, al expedir certificaciones, y el procedimiento de liberación de cargas y gravámenes, en los casos de prescripción, regulado por los arts. 209 y sigts. de la Ley y concordantes del Reglamento.

Cuando la inexactitud, en cualquiera de los casos anteriores, surja por error en los asientos del Registro, se logrará la concordancia, mediante la rectificación del mismo, por los procedimientos que establecen los arts. 211 y sigts. de la Ley.

FALTA DE CONCORDANCIA

Comprendemos dentro de este epígrafe la que se produce en todos los casos en que, por no haber habido inmatriculación de la finca, ésta, con todos sus derechos, vive al margen del Registro. Por una u otras razones, sus titulares no se han acogido al régimen registral; éste no refleja relaciones jurídicas que viven a su espalda, y comoquiera que no se les puede negar, sino más bien facilitar, el derecho de hacerlo cuando lo estimen oportuno, la Ley establece los medios de que pueden valerse, los requisitos que han de cumplir, las ventajas que experimentan y las limitaciones que han de sufrir.

Estos medios son: Uno principal y completo, el expediente de dominio; y dos de efectos temporalmente limitados: las certificaciones de dominio y el documento público. Este último con tres modalidades: anterior a 1909, posterior a esta fecha y anterior a 1945 y posteriores a 1945, y, dentro de los últimos, distingüense a su vez los que bastan por sí solos, los que necesitan otros complementarios y los que requieren acta de notoriedad, dejando en grupo aparte los privados que indirectamente pueden tener acceso al Registro mediante su ratificación en documento público o mediante su protocolización en acta notarial.

Aparte de estos medios establecidos en la Ley y Reglamento Hipotecario, existen otros que pudieramos llamar indirectos, puesto que, tendiendo a otro fin distinto, sirven al mismo tiempo para lograr una inmatriculación, como las sentencias judiciales, las concesiones administrativas, etc.

Expediente de dominio.—Es el medio más amplio, general y perfecto de inmatriculación de fincas, panacea a que puede acudir en todos los casos en que sean inadecuados los restantes medios, más sencillos y económicos, pero más débiles en sus efectos y menos generales en su aplicación. Las inscripciones obtenidas a su amparo no están afectas a la limitación de efectos, en cuanto a tercero, por dos años, y ello le hace especialmente necesario en todos aquellos casos en que la inmatriculación se insta con miras a la obtención de un crédito de aquellas entidades que sólo lo conceden con la garantía de fincas inscritas sin dicha limitación. Prescindimos de todo lo relativo a su tramitación y naturaleza, por ser puntos suficientemente desarrollados en la Ley y Reglamento y extensamente comentados. Sólo resaltaremos el indudable acierto que supone su doble faceta de procedimiento de inmatriculación y de reanudación del tracto, que permite acudir al segundo cuando la existencia de una inscripción más o menos antigua impide la tramitación del primero y el peligro que implica su admisión, sin exigir título justificativo alguno de que meros poseedores, antes del tiempo necesario para la prescripción, puedan obtener una inscripción, que, mediante una segunda transferencia, hace irreparable el perjuicio de los verdaderos dueños, cuyo dominio aún no prescribió.

Certificaciones administrativas.—Constituyen para el Estado, Provincia, Municipio, Corporaciones de Derecho Público, Servicios Organizados y la Iglesia Católica, un medio económico sencillo y rápido de lograr la inmatriculación de sus bienes, sin más que una simple certificación expedida por el jefe de la dependencia, si tuviere facultad de certificar, o el superior jerárquico a quien corresponda dicha facultad, en la forma y con los requisitos del art. 303 y sigts. del Reglamento. Han venido a sustituir a las antiguas certificaciones de posesión y a hacer prácticamente fácil el cumplimiento del art. 15 del Reglamento, que ordena la inscripción de los bienes de estas entidades, salvo aquellos que, sometidos a la legislación desamortizadora, sólo se inscribirán cuando llegue el momento de su venta. Estas inscripciones están sometidas a la limitación de efectos por dos años.

Documentos públicos.—Prácticamente puede considerarse esta materia legalmente completa en su regulación y agotada en cuanto a sus comentarios, que tantas dudas y diversidad de opiniones originaron en el régimen anterior a la vigente Ley. Sólo a vía de enumeración exponemos los diferentes casos que pueden darse.

1.º Título antiguo anterior a 1909: Se inscribe directamente, sin necesidad de que se justifique la previa adquisición por el transferente; no necesitan la publicación de edictos, ni les afecta la limitación de efectos por dos años. En este caso es suficiente que los títulos reúnan los requisitos del art. 3.º de la Ley y que contengan las circunstancias que le sean aplicables del art. 9.º de la misma.

2.º Títulos antiguos posteriores a 1909 y anteriores a 1945: No necesitan tampoco la justificación de la previa adquisición ni la publicación de edictos, diferenciándose de los anteriores en que las inscripciones practicadas están sujetas a la limitación de efectos por dos años en cuanto a tercero.

3.º Títulos posteriores a 1945: Requieren que el transmitente justifique la previa adquisición de su derecho con un año, cuando menos, de antelación a la fecha de la inscripción. Necesitan la publicación de edictos y están sometidos a la limitación de efectos por los dos años. La justificación de la adquisición anterior puede hacerse por documento público o privado de fecha auténtica, a tenor del art. 1.227 del Código civil, y se acreditará, bien por la reseña, parcial o integra del mismo, en el título inscribible, bien por su presentación en el Registro, donde quedará archivado, caso de ser privado, o bien por acta de notoriedad, tramitada en la forma que prescribe el art. 209 del Reglamento Notarial, cuya copia se acompañará al documento que se trata de inscribir. LA RICA sostiene la necesidad de que el acta se autorice separadamente del documento. En la práctica notarial se extiende muchas veces en la misma escritura. Esto supone una mayor facilidad y economía y a ello no se opone ningún precepto reglamentario, ya que el art. 298 del Reglamento dice que dicha copia se acompañará, en su caso, o sea cuando se haya autorizado separadamente,

pero sin excluir la posibilidad de que baste con la copia de la escritura, en la que irá comprendida la del acta, si se hubieren autorizado juntas.

4.º Títulos privados: En ningún caso pueden inscribirse directamente, si bien pueden ratificarse en documento público, que será el que se inscriba como comprendido en alguno de los casos anteriores. Pero el Reglamento permite que puedan ser incorporados a un acta de notoriedad si el titular tiene la finca catastrada o amillarada a su nombre, acompañando certificación de esta oficina y otra del Registro, que justifique la falta de inscripción de la finca, procediéndose por el Notario a notificar el acta a las personas que, según lo dicho por el requirente o lo que resulte de las expresadas certificaciones, tengan algún derecho sobre la finca. En estos casos el documento ha de tener fecha anterior en un año a la de la inscripción, o esperar a que pase, desde la aprobación del acta; la inscripción requiere la publicación de edictos, aunque el documento sea anterior a 1945, pues lo que se inscribe es el acta, y está sujeta a la liquidación de los dos años.

Medios indirectos.—Aparte de los medios inmatriculadores que se desarrollan en la legislación hipotecaria, hay otros que, persiguiendo fines distintos, sirven al mismo tiempo para lograr una inmatriculación. Como ejemplo: Sentencias judiciales, Concesiones administrativas, Adjudicaciones al Estado por débitos de contribuciones, Deslindes administrativos, Títulos de expropiación forzosa, Actas notariales de aprovechamientos de aguas, Títulos de adjudicación de Patrimonios familiares, y algunos más que pudiera haber dispersos en disposiciones especiales; todos los cuales producen el efecto de lograr la inmatriculación de fincas sin necesidad de acudir a los procedimientos hipotecarios comunes y sin que las inscripciones que se practiquen sufran la limitación de efectos por dos años, ni requieran la publicación de edictos.

Expuestos someramente los medios de inmatriculación en nuestro Derecho, y como íntimamente relacionados con ellos, vamos a hacer unas breves consideraciones acerca de los puntos siguientes: Falta de inscripción anterior (edictos), Limitación de efectos e Incompatibilidad de procedimientos inmatriculadores.

Falta de inscripción anterior.—Presupuesto indispensable a toda inmatriculación es que la finca no se encuentre anteriormente registrada, y de aquí la importancia y necesidad de la busca previa a la inscripción o la expedición de la certificación. Si la finca aparece ya inscrita, el Registrador suspenderá o denegará la inscripción, a tenor de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley y 103 del Reglamento, y el interesado podrá justificar las transmisiones intermedias con los correspondientes documentos, o acudir al expediente de dominio para la reanudación del tracto. Mucho se ha encarecido, y con razón, la importancia de esta busca, previa a toda inmatriculación, debiendo proceder el Registrador con la máxima cautela, en evitación de graves perjuicios para los mismos matriculantes o para terceros adquirentes, que pueden encontrarse con una doble inmatriculación, y, como consecuencia, un procedimiento judicial y la pérdida de su derecho. Unese a la importancia de la busca las dificultades a ella inherentes, en muchos casos por la alteración natural de los linderos o la desfiguración intencionada de los mismos, para burlar una inscripción anterior; las dificultades prácticas para identificar fincas del mismo nombre en el mismo paraje y con idéntica o análoga descripción, sobre todo en regiones de gran pulverización de la propiedad; la deficiencia de los índices antiguos; la existencia de inscripciones congeladas de grandes fincas que no han seguido el tracto hipotecario, y que ahora, divididas en distintas parcelas, pretenden de nuevo su ingreso en el Registro. Todo esto aumenta y produce gran perplejidad en el Registrador, que sabe que en la mayoría de los casos, si después de haber desplegado una labor de convencimiento para lograr la inscripción exige, para salir de dudas, el procedimiento del art. 306 y la consiguiente intervención judicial, el interesado renunciará a ella, ya que, por desgracia, en algunas regiones no hay el menor interés en la inmatriculación.

De aquí que el Registrador acuda por sí mismo al testimonio de vecinos, peritos, propietarios limitrofes e incluso a los titulares de las inscripciones análogas, para obtener el convencimiento del extremo que le interesa. Abogamos en éste, como en otros aspectos de la mecánica registral, por una mayor libertad de movimientos en la función del Registrador, al objeto de que, oyendo a quien estime conveniente, y con autoridad para citar a quien juzgue

necesario, pueda resolver por sí, y de una manera rápida y económica, aquellas cuestiones en que no hay discusión de ninguna clase que exijan la intervención judicial. Hora es ya de que el Registrador pueda actuar con iniciativas propias en aquellas materias que deben ser de su exclusiva competencia, desplegando una actividad positiva que tienda a remover los obstáculos que se opongan a una inscripción. Como decía un antiguo compañero, el Registro se a hecho para inscribir, y a la efectividad y desarrollo de la institución debe tender la actuación de Notarios y Registradores, en una labor de orientación y facilitación que no excluye ni es incompatible, con la más escrupulosa exactitud en el cumplimiento de los deberes profesionales y calificadores.

Edictos.—La Ley anterior, desde la reforma de 1934, estableció la publicación de edictos como trámite posterior y necesario a muchas inmatriculaciones, ordenando la inserción en éstos del texto literal de la inscripción practicada y su entrega a los interesados para su publicación, durante un mes, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento respectivo. Esta exigencia ha desaparecido, en parte, del nuevo texto reglamentario, que sólo exige que consten en el mismo las circunstancias esenciales de la inscripción, y guarda silencio en cuanto a si se han de entregar al interesado o no, con lo que, al decir de LA RICA, se deja en libertad al Registrador para acudir a uno u otro procedimiento. Sigue vigente la tajante disposición cancelatoria, una vez transcurridos los tres meses sin que se haya devuelto con la certificación del Secretario del Ayuntamiento, cuya importancia y necesidad ha sido puesta de relieve por la Dirección, en Resolución 5-I-51. La frecuencia de pérdidas y retrasos, a veces intencionados, de estos edictos, ha originado conflictos, algunos de los cuales, llegando hasta la Dirección, ha dado lugar a que ésta, en Resolución de 28-II-49, declare que los Registradores carecen de facultades para obligar a los Secretarios a la publicación de los edictos, pudiendo los interesados exigir la responsabilidad que proceda, a tenor de lo dispuesto en la Ley de 5-IV-904, sin perjuicio de la gubernativa y penal a que hubiere lugar. Pero aunque exista esta responsabilidad, los interesados raramente la exigirán, por temor a gastos y perjuicios, y la inscripción se cancelará si cualquier autoridad o

funcionario administrativo municipal no considera conveniente su práctica, con el consiguiente desprestigio del Registrador; que aconseja, practica y cobra una inmatriculación, que remite el edicto (que con intención más o menos maliciosa no se publica, o que se devuelve fuera de plazo), y que al final tiene que cancelar, sin otra solución que advertir al interesado que puede ir a un procedimiento de responsabilidad o volver a inscribir con los mismos peligros.

Cuando, por cualquier causa, se devuelve el edicto con la certificación fuera del plazo de los tres meses, y el interesado opta por una nueva inscripción, no puede utilizarse como válida la publicación realizada, y habrá de expedirse nuevo edicto, que con nueva certificación habrá de presentarse antes de los tres meses de esta segunda inscripción.

A través del tiempo transcurrido desde su implantación, creemos que los edictos, en su forma actual, no cumplen la finalidad con ellos perseguida. La mayor parte de las veces ni se publican siquiera, y cuando se publican nadie los lee; las inscripciones que, pendientes de ellos, se practican, no tienen ningún valor hasta la extensión de la nota marginal correspondiente. Sería más efectivo que, presentado el título en el Registro y hecha la busca previa a toda inmatriculación, se expidiera el edicto, que, una vez publicado y con la certificación de ello, se uniría al título, para su inscripción dentro del plazo del asiento de presentación, que a estos efectos, y si se considera insuficiente, pudiera ser prorrogado; o bien extender una anotación preventiva, como se defendió en la Memoria de Registradores de 1935.

Limitación de efectos.—Las inscripciones de inmatriculación practicadas en virtud de documento público o certificación administrativa, no surtirán efectos respecto a tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha. Fue siempre presupuesto de nuestra legislación hipotecaria esta limitación de las inscripciones de inmatriculación, salvo hoy las que se obtienen en virtud de expediente de dominio o de documentos anteriores a 1909, así como aquellas que se practican por los medios indirectos antes mencionados.

Ha sido objeto de diversas opiniones el alcance y contenido de esta limitación, para cuya interpretación adecuada hay que partir

del concepto general del tercero hipotecario, durante mucho tiempo, terror de opositores y estudiantes no especializados, que se veían imposibilitados, entre tanta literatura y diversidad de opiniones, de encontrar un concepto claro y preciso de este misterioso personaje, que, a fuerza de mirarlo bajo múltiples aspectos y de estudiarlo particularizado en cada relación jurídica, se había convertido en un dios mitológico con variedad de caras, según el punto de vista desde el que se mirara (2). Hoy día, gracias a los trabajos de eminentes hipotecaristas, que con tanto tesón y profundidad se han dedicado a su estudio, hemos llegado a la concreción exacta del tercero hipotecario, con caracteres claros y precisos, tanto en el terreno doctrinal como legal.

La exposición de motivos de la Ley de 1944 estableció que, a los efectos de la «fides pública», no se entenderá por tercero sino únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Y, perfilando el concepto, el artículo 34 del texto refundido considera como tal a quien de buena fe adquiere a título oneroso de quien en el Registro aparezca con facultades para ello e inscriba su derecho. Este es, pues, el único tercero que existe en nuestra Ley, quien, en virtud del principio de la fe pública registral, será mantenido en su adquisición, aunque el derecho de su transmitente se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, que deviene exacto, con presunción «juris et de jure» en cuanto a los derechos consignados en la inscripción anterior, y éstas se convierten en una cadena en que cada eslabón se hace invulnerable en beneficio del siguiente, y en que cada inscripción, al morir, dando vida a otra nueva, se purifica de toda mancha o defecto. Lo que no quiere decir que el tercero sea completamente invulnerable, pues le siguen afectando las causas de nulidad, falsedad, resolución o ineficacia inherentes a su adquisición, y si su título es nulo, falso o ineficaz, la inscripción a su favor nada convalida, a tenor del art. 33 de la

(2) Recordamos a este respecto, con carácter anecdótico, lo sucedido a un querido compañero, desgraciadamente ya desaparecido: Presentóse en su oficina un malhumorado personaje, que en términos descompuestos, reclamaba contra una inscripción practicada. Preguntado quién era y qué interés tenía en la inscripción, contestó enfáticamente: «Soy el tercero hipotecario.» A lo que el Registrador respondió, estrechándole la mano con alborozo: «¡Gracias a Dios que logro conocerle!»

Ley. También le afectarán estas causas cuando se deriven de la adquisición anterior si la transmisión a su favor ha sido gratuita, lo que no le priva de su carácter de tercero, si su causante lo era, pues se subroga en su posición (art. 34).

Partiendo de este concepto, se ve quién es el tercero a que se refiere el art. 207. No puede ser el inmatriculante, que ni es tercero ni lo puede ser nunca, puesto que no adquiere, según el Registro, aunque protegido por el principio de legitimación, pueda ejercitar hipotecariamente el contenido de su derecho, vendiendo, gravando o hipotecando con trascendencia hipotecaria; oponiendo la inscripción de su título a la de cualquier otro que de igual o anterior fecha le sea contradictorio; prescribiendo, según el Registro; ejercitando la presunción «*juris tantum*», de que el derecho le pertenece, y lo mismo la posesión; ejercitando el procedimiento especial del art. 41; pidiendo el sobreseimiento de los procedimientos de embargo que no se decreten contra él; oponiéndose al ejercicio de acciones contradictorias a su inscripción, sin que previamente o a la vez se pida la nulidad de su inscripción; siendo preferido en caso de doble venta del art. 1.473 del Código civil, y oponerse a la admisión de títulos no inscritos que afecten a la finca inmatriculada, y, en fin, a gozar de todas las prerrogativas hipotecarias que especialmente no están reservadas a tercero, como las derivadas del principio de «*fides pública*» (art. 34), imprescriptibilidad (art. 36), inmunidad de acciones rescisorias (art. 37) y cualquier otra de la misma categoría.

En consecuencia, la inscripción de inmatriculación, si bien concede al inmatriculante la facultad de ejercitar su derecho al amparo de la Ley Hipotecaria, no garantiza la legitimidad del nacimiento del mismo, y esto con independencia del plazo de los dos años, que para nada afecta a dicha inscripción, en contra de la opinión tan extendida, sobre todo entre los inscribentes, que creen que al transcurrir dicho plazo su inscripción se hace inmune a cualquier reclamación, incluso del verdadero dueño.

Para esto es necesario que transcurra el plazo de la prescripción ordinaria a que se refiere el art. 35 de la Ley, según el cual tiene título indiscutible y presunción de posesión pública, pacífica e ininterrumpida y de buena fe, pudiendo en esta hipótesis excepcionar contra cualquier contradictor, apoyándose en su ins-

cripción, y éste tendrá que probar la falta de los requisitos antes dichos, salvo lo relativo a la existencia del título que, como dicen ROCA, LA RICA y AZPIAZU, no es susceptible de impugnación (3).

VALLET DE GOITIZOLO («R. C.», 1937), considera como tercero, en el caso que estudiamos, al verdadero propietario, al titular de un

(3) La prescripción implica un caso de inexactitud registral por discordancia subjetiva, que se resuelve en la «secundum tábulas» a favor del titular registral, sin necesidad de operación alguna y en la «contra tábulas» a favor del titular real, mediante la cancelación del asiento, una vez declarada judicialmente.

La prescripción «secundum tábulas» favorece al inmatriculante con más amplitud que al tercero, pues no sólo purifica los vicios de su adquisición inmediata, sino los derivados de adquisiciones anteriores, que a éste no le afectan en virtud de la «fides pública». Esta prescripción, unida a la posesión, será de poca aplicación práctica y se confunde con la prescripción civil, si bien las presunciones del art. 35 y su finalidad, en cierto modo extintiva de las acciones derivadas de una adquisición viciosa, le dan cierta efectividad.

La prescripción «contra tábulas», frente a un inmatriculante, se da siempre conforme a la legislación civil, tanto la ordinaria como la extraordinaria, si bien la primera no puede ampararse en la presunción de buena fe frente al Registro, y habrá de probarse la inexactitud de éste.

Frente a titulares inscritos que tengan la consideración de terceros, la regla general es la imprescriptibilidad, que será absoluta si el tercero es titular de un derecho real que no implique facultad de inmediato disfrute o cuyo disfrute sea compatible con la posesión que prescribe; en los demás casos se dará la prescripción consumada: 1.º Cuando se demuestre que el tercero conoció o tuvo medios racionales para conocer la posesión en concepto de dueño por persona distinta de su transferente. Si lo primero, probado el conocimiento, falta la buena fe. Si lo segundo, conocimiento posible, implica una exigencia exagerada para el tercero (que con razón llama LA RICA pluscuamperfecto), y para cuya apreciación habrá que tener en cuenta las circunstancias de edad, salud, residencia, capacidad, etc. El objeto del conocimiento ha de ser la posesión en concepto de dueño o la prescripción ganada, no bastando el mero hecho posesorio. 2.º Cuando, no estando comprendido en el caso anterior, el tercero la consienta expresa o tácitamente durante el año siguiente a su adquisición. Aquí el legislador se inspira en una presunción de abandono o renuncia, aceptable si el consentimiento es expreso, pero si el consentimiento es tácito, por la simple inactividad, no debiera perjudicar a quien de buena fe y con ignorancia completa del hecho posesorio se ampara en el art. 34. Si admitimos, como es lógico, que no se puede consentir lo que se desconoce, este caso quedaría comprendido en el anterior, o hacerlo aplicable al conocimiento posterior a la adquisición, seguido de la inacción por un año, contado desde la fecha en que se pruebe que se empezó a conocer.

La prescripción «contra tábulas» en perjuicio de tercero, ha de ser siempre la extraordinaria. Nada podemos añadir a lo dicho por AZPIAZU. La dificultad de probar la buena fe y, sobre todo, el art. 1949, cuya vigencia creemos indiscutible, limitan la aplicación de dicha clase de prescripción a la hipótesis bastante rara, de una doble inmatriculación.

La prescripción comenzada, aunque sólo penda de un año, no es tal prescripción, ni puede perjudicar a nadie, mientras no se consuma. Cosa distinta es el tiempo de posesión transcurrido, que perjudicará al tercero sólo cuando falte un año, conozca o pueda conocer la posesión en concepto de dueño y no le ponga fin dentro del año. Respecto al inmatriculante, le perjudicará el tiempo de posesión anterior a su adquisición, siempre que no lo deje sin efecto dentro

derecho real sobre la finca inmatriculada y a los que de ellos traigan su derecho con anterioridad a la fecha de la inmatriculación. Esta opinión, aparte de estar en contradicción con el concepto legal de tercero, limita el plazo de impugnación de la inscripción practicada a los dos años, con evidente perjuicio de éstos, mal llamados terceros, que, según nuestra opinión, no pueden ser perjudicados por la inscripción de inmatriculación en ningún caso, salvo el de prescripción, o el que vamos a estudiar, de que el inmatriculante transfiera o grave su finca a un nuevo titular que inscriba, a título oneroso y con buena fe, quien será invulnerable una vez que pasen los dos años de la fecha de la inscripción de inmatriculación.

En este último caso, es, como sostiene Roca, cuando surge el tercero del art. 207, que es el mismo que desenvuelve nuestra Ley en el 34, y en beneficio del cual la inscripción anterior se purifica y entra en juego el principio de la «fides pública». Como expresa acertadamente el texto legal, la inscripción de inmatriculación empieza a surtir efecto, protegiéndole contra cualquier ataque a su derecho, que proceda de anulación o resolución del derecho de su otorgante o transferente. Si el adquirente de la finca o derecho real sobre ella inscribe antes de los dos años de la fecha de la inscripción de inmatriculación, ésta no surte efectos para él y queda pendiente su posición de tercero, protegido por la «fides pública», de que, al transcurrir los dos años de la inmatriculación, ésta continúe vigente; por esto dice la Resolución de la Dirección de 26 de julio de 1933, que estas inscripciones en-

del año siguiente; perjuicio leve si consideramos que hasta el vencimiento total puede hacerlo en todo momento, pero que le obliga a cierta diligencia si el período de prescripción es bastante adelantado.

La prescripción que se inicie después de la adquisición por el tercero le perjudicará a él y sus sucesores, que no tengan la consideración de terceros, con arreglo a la legislación civil.

En toda esta materia de prescripción en perjuicio de tercero, la interpretación restrictiva se impone. Si como dice NÚÑEZ LAGOS, «La posesión y el Registro son instituciones antagónicas, cuyas piezas rechinan al ponerse en contacto», lo mejor es separarlas lo mas posible y deslindar los campos. Propiedad registrada, de un lado, descansando en la firmeza de la inscripción, y la no registrada, de otro, aceptando la posesión y todas sus consecuencias. Así lo exigen las necesidades de la vida moderna, aunque se lastimen en ocasiones intereses legítimos, muy raros hoy y de escasa importancia, frente a la magnitud de los que el Registro ampara y representa y a cuyas disposiciones puede acogerse todo poseedor con título legítimo, aunque haya inscripciones contradictorias, que para eso está el expediente de dominio con toda su amplitud

vuelven una posible condición resolutoria, de la que también pende la resolución del derecho del tercero, mientras no transcurran los dos años, por lo que se le ha considerado como un tercero expectante o imperfecto. Técnicamente creemos que, mientras no transcurran los dos años, no hay verdadero tercero, puesto que uno de los requisitos del mismo es adquirir según el Registro, y si la inscripción anterior, mientras no transcurra dicho plazo no produce efectos para él, le falta este requisito. Pero, admitida la denominación por el texto legal y consagrada por el uso y la doctrina, y dado que formalmente reúne todas las circunstancias exigidas, seguimos el criterio general de considerarlo como tercero expectante o pendiente de condición, que será resolutoria para la inscripción, pero suspensiva, negativa, para él, ya que la no desaparición de la inmatriculación dentro de los dos años, determina la adquisición firme de su carácter de tercero. Si la inscripción a favor del tercero se practica después de transcurridos dos años de la inmatriculación, entra directamente en el Registro plenamente protegido.

Incompatibilidad de procedimientos inmatriculadores.—Aunque a primera vista parezca un contrasentido que después de inmatriculada una finca, por cualquiera de los procedimientos establecidos en la Ley, se acuda a otro procedimiento que tiende al mismo fin, no deja el problema de ofrecer un interés práctico digno de ser tomado en consideración. Si todos los procedimientos inmatriculadores produjesen los mismos efectos, no habría por qué ocuparse del caso; pero habiendo uno, el expediente de dominio, con plenos efectos respecto a tercero desde la fecha de la inscripción, y otros limitados, en cuanto a estos efectos, por el plazo de dos años, no es extraño que quien tiene a su favor una inscripción de la última clase pretenda acudir al primero para lograr que dicha limitación desaparezca; máxime cuando el criterio de muchas entidades de crédito, tanto oficiales como particulares, es exigir, en garantía de sus operaciones, fincas inscritas en el Registro sin limitación alguna.

Es, pues, muy posible que el interesado en una inmatriculación, en virtud de documento público o certificación administrativa, con desconocimiento de los efectos limitados de estas ins-

cripciones, se encuentre, al querer ultimar una operación de crédito, con que no se le acepta su inscripción como suficiente hasta que transcurran los dos años, cuando a lo mejor haya pasado la oportunidad que le interesaba, y que, mientras tanto, están cerrados los caminos hipotecarios para lograr la desaparición de la limitación de efectos. ¿Es procedente y factible para ello el expediente de dominio, aunque la finca ya esté inmatriculada? (4).

Los arts. 198 y 199 de la Ley hablan de lograr la concordancia, mediante la inscripción de las fincas no inscritas a favor de persona alguna, y el art. 201, en su letra a), exige, para la iniciación del expediente, certificación del Registro, que expresará la falta de inscripción, en su caso, de la finca que se pretenda inmatricular. A tenor de este precepto, interpretado literalmente, parece improcedente el expediente cuando la finca aparezca inmatriculada, aunque sea a favor de la misma persona que lo inicia. Pero como en la práctica surgen constantemente necesidades y situaciones imprevistas por el legislador, a las que, siendo lícitas y dignas de protección, debe protegérseles, creemos que mientras los organismos superiores no habiliten otro medio para que estas inscripciones se puedan librar de su temporal sambenito (si ello es justo), no queda más remedio que aceptar y aplicar al caso el expediente de dominio, dada su amplitud y garantía, y, sobre todo, el que no resuelve nada en cuanto a los posibles derechos que en definitiva puedan asistir a los interesados, sirviendo sólo para proveer de un título susceptible de inscripción sin limitaciones. En defensa de nuestra posición, consideramos de aplicación los argumentos siguientes:

1.º La necesidad y conveniencia, en armonía con los fines de la Ley, de aceptar cuantas facilidades sean conducentes al desarrollo del crédito territorial, impidiendo que aquellas personas que acuden al Registro en busca de una inscripción que sirva de

(4) ¿Puede renunciarse la inmatriculación practicada para dar paso al expediente de dominio? La renuncia de asiento y su cancelación no puede hacerse con independencia de la del derecho inscrito, por aplicación del art. 79; y la renuncia del derecho con carácter abdicativo, convertiría la cosa en «nullius», con facultad de apropiación a favor del Estado y vigencia de las cargas, condiciones, limitaciones, etc., a favor de tercero, pero nunca podrá producir una desinmatriculación contraria al interés público que los asientos registrales representan.

baje a su crédito, se encuentren después sin posibilidad de lograrlo y en peor situación que aquellas otras que no acudieron al Registro y tienen siempre abierto el camino del expediente de dominio; y evitando en lo posible el absurdo que supone el que haya inscripciones hábiles para ser objeto de hipoteca y que, sin embargo, en la práctica no tienen aceptación.

2.º En nuestro sistema hipotecario se regulan con un criterio de atracción todos aquellos títulos que, anteriores o posteriores a los que obran inscritos, tienden a corroborar y robustecer los asientos practicados, ya que así se robustece la institución; y por la misma razón hay que favorecer la aplicación de aquellos procedimientos que tienden al mismo fin. En este sentido, y respecto a sentencias judiciales, se producen las Resoluciones de la Dirección de 20-XI-45 y 6-II-53, interpretando los arts. 17 de la Ley y 75 del Reglamento.

3.º Si el adquirente pudo en un principio, y antes de inmatricular por el art. 205 o por certificación administrativa, valerse del expediente de dominio, y, por ignorancia de los distintos efectos, acudió a uno de los otros procedimientos, más rápidos y económicos, no puede sancionársele con la pérdida por dos años de la capacidad de garantía de su finca, con evidente perjuicio en su patrimonio y en su derecho.

4.º La limitación de efectos por dos años no es una limitación legal de orden público en beneficio de intereses generales, sino una garantía en favor de los derechos privados que pudieran ser perjudicados por la inscripción y que, con este fin, tiende a compensar de algún modo lo defectuoso de ciertos procedimientos inmatriculadores. Pues bien: si el interesado, voluntariamente salva las imperfecciones de un procedimiento, acudiendo a otro reconocido por la Ley como más perfecto y eficaz, es indudable la posibilidad de lograr las ventajas de éste, acogiéndose a sus trámites y requisitos.

5.º El Reglamento de 1915 y la Ley anterior admitían la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, en virtud de un expediente de esta clase (disposición que

habría que considerar vigente en cuanto a las inscripciones de posesión, subsistentes según la 4.^a disposición transitoria, si el transcurso de los diez años no la hiciera ya innecesaria). Y si, como dice don Jerónimo González, las inscripciones de inmatriculación de efectos limitados se asimilan a las de posesión y les son aplicables análogos preceptos, no cabe dudar de la procedencia del criterio que defendemos. Roca, comentando el precepto del Reglamento antiguo y la conversión, mediante expediente de dominio, de las inscripciones de posesión en inscripciones de esta clase, dice que se trata de un caso de conversión que debiera aplicarse a las certificaciones de dominio. En esta forma es como consideramos que debe enfocarse el problema: Expediente de dominio para la conversión de una inscripción de inmatriculación de efectos limitados, en inscripción de dominio sin dicha limitación. Para ello basta con forzar un poco la interpretación del párrafo 2.^o, letra a), del art. 201 de la Ley, en el sentido de que la frase *en su caso*, que en él se emplea, se refiere al de inscripción *a favor de persona distinta del solicitante*, que debiera sustituirla (5).

PAULINO RODRÍGUEZ COLLANTES,

Registrador de la Propiedad.

(5) Este criterio de interpretación amplia lo vemos aceptado en la Resolución de 25-10-52, respecto al caso de doble inmatriculación a favor de un mismo propietario, en que no obstante el precepto del art. 313 del Reglamento, no se estimó necesario el procedimiento judicial, salvando exigencias innecesarias, en beneficio de la economía y sencillez del sistema, cuando no hay posible perjuicio para nadie.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

¿ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA POR LA QUE LA VENDEDORA EN ESTADO DE VIUDA ENAJENA UNA FINCA QUE HABÍA ADQUIRIDO DURANTE SU MATRIMONIO, CON ASEVERACIÓN, POR PARTE DEL MARIDO, DE QUE EL DINERO CON EL QUE SE SATISFIZO EL PRECIO ERA DE EXCLUSIVA PERTENENCIA DE LA MUJER?

Resolución de 11 de marzo de 1957 («B. O.» de 17 de mayo).

Doña María de los Dolores Castejón y Martínez de Velasco, cuando estaba casada con don Joaquín de Ezpeleta y Montenegro, compró a los herederos del Marqués de San Nicolás, en escritura autorizada el 2 de octubre de 1924 por el Notario de Logroño don Enrique Mora, una finca rústica sita en el término de Santa Cruz de la Isla. El marido de la compradora afirmó, según resulta del Registro, que la finca tendrá carácter de parafernial, por pertenecer el dinero a su esposa; y el mismo falleció en Madrid el 7 de febrero de 1942, sin haber dejado descendencia conocida, según resulta de acta de notoriedad, autorizada por don Juan Vallet de Goytisolo el 31 de marzo de 1949, en la que se halla testimoniada la certificación de defunción. Asimismo, sus padres, don Luis Ezpeleta Contréras y doña María de los Dolores Montenegro Gamio,

fallecieron también en Madrid en los años 1929 y 1931, como acreditan las oportunas certificaciones del Registro Civil. Con estos antecedentes, doña María de los Dolores Castejón y Martínez de Velasco vendió la finca a que se ha hecho referencia, junto con otra de su propiedad, a los hermanos García Baquero y del Río, por escritura autorizada el 17 de julio de 1946 por el Notario de Logroño don Emiliano Santarén y del Campo.

Presentados en el Registro los aludidos documentos, puso el Registrador, al pie de la escritura de compraventa, la siguiente nota: «Presentado hoy el documento que precede, en unión de las certificaciones de defunción de don Luis de Ezpeleta Contreras y doña María de los Dolores Montenegro Gamio, y del acta autorizada el 31 de marzo último por el Notario de esta capital don Juan Vallet de Goytisolo, con el número 199 de su protocolo, se suspende la inscripción de la finca en término de Santa Cruz de la Isla, descrita con el número 2, única de que se ha solicitado presentación; por aparecer inscrita a nombre de la vendedora, que la adquirió por compra en estado de casada con don Joaquín Ezpeleta y Montenegro, con licencia de éste, «y, según el señor Ezpeleta, el dinero pertenecía a su esposa, por lo que la finca tendrá el carácter de parafernál», y no habiendo justificado la procedencia del dinero, la adquisición ha de estimarse de naturaleza ganancial, con arreglo a los artículos 1.401 y 1.407 del Código Civil, y como la transmitente es viuda, precisa justificar que le ha sido adjudicada en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, o que han prestado su consentimiento para la venta los herederos de su marido; el defecto es subsanable, no habiéndose solicitado anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección ratifica el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la correcta y ortodoxa doctrina siguiente:

Que en los libros del Registro no figura como titular la sociedad legal de gananciales como entidad independiente de los elementos personales que la forman, y los asientos, generalmente, aparecen extendidos a favor de uno u otro cónyuge, sin prejuzgar

la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, la cual se determinará en la calificación definitiva que se haga con los datos consignados en las inscripciones, la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil y las normas que establecen el régimen económico matrimonial, y por ello, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, cuando regula la inscripción de los bienes adquiridos por mujer casada, en su párrafo primero, dispone que cuando se hubiese acreditado que el precio o contraprestación le pertenecían, se inscribirán a su nombre como parafernales o dotes, y en el párrafo segundo agrega que, si no se demostrase tal procedencia, se consignará esta circunstancia en la inscripción, indicando, además, si el marido asevera o no que el precio es de la propiedad exclusiva de la mujer.

Que conviene decidir el alcance que se puede atribuir a la confesión del marido para enervar la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código Civil, que, inspirado en el principio de unidad familiar, atribuye carácter ganancial a las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título oneroso, con lo cual priva a éstos de la facultad de determinar a su libre arbitrio la condición de tales bienes.

Que la eficacia de la confesión requiere, por parte del confesante, no sólo capacidad, sino también legitimación, es decir, una posición frente al bien discutido, en virtud de la que se reconoce al confesante un poder de disposición sobre el respectivo interés, y en este sentido, el artículo 1.232-2.º del Código Civil declara que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, y, por tanto, cuando versa sobre materia sustraída por ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, puesto que de no ser así, se podría conseguir mediante la prueba de confesión lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal, en este caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código Civil.

Que el principio de Derecho que prohíbe ir válidamente contra los «actos propios» se refiere a los lícitos, y carece de aplicación cuando se trata de actos contrarios a la Ley, la moral o el orden público, y, por tanto, la manifestación hecha por el marido en el título adquisitivo de la finca, conforme reiteradamente tiene de-

clarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es suficiente por sí sola para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código Civil, ante el peligro de que con la sola voluntad de uno de los cónyuges queden alterados los derechos que en la sociedad conyugal les corresponden, o los que se atribuirían a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio.

* * *

Hemos escrito en distintas ocasiones que los hechos son elemento decisivo para el juzgador. Por ello es peligroso deducir una consecuencia o igualdad de doctrina sin tener a la vista aquellos cuya realidad o moral intrínseca tanto puede influir en la regla de Derecho aplicable.

Decimos esto a propósito de la sentencia de nuestro más alto Tribunal de 2 de febrero de 1951, que, citada en sus Vistos por nuestro ilustre Centro rector, diríase contradice lo afirmado por éste, según los Considerandos que se acaban de transcribir.

A principios de 1934—según copiamos de «Revista de Derecho Privado», pág. 421, año 1951—, al amparo de la legislación entonces vigente, una mujer casada formuló ante el Tribunal competente la acción necesaria para conseguir la separación vincular de su esposo, por causa de adulterio y malos tratos, finalizando el juicio por Sentencia que declaró el divorcio vincular a favor de la mujer, condenando al marido a la pérdida de la patria potestad de los hijos menores.

Derogada la Ley del divorcio, la mujer, ante la vida licenciosa que seguía llevando su esposo, acudió al Provisorato del Obispado, obteniendo Sentencia de divorcio a su favor, y del Juzgado la declaración de efectos civiles de la Sentencia.

Demandada la esposa por su marido, suplicando se declarase que la mitad indivisa y en nuda propiedad de dos fincas adquiridas constante matrimonio por la demanda, tienen el carácter de bienes gananciales del matrimonio constituido por actor y demandada, fué desestimada la demanda en ambas instancias. Y formalizada casación por el actor, el Tribunal Supremo, en notable Sentencia, de la que fué Ponente el Magistrado don Juan de Hinojosa Ferrer, no dió lugar al recurso.

Toda la cuestión—dice el Supremo—estriba en determinar el alcance que debe darse en el *presente caso* a la presunción establecida por el art. 407 del Código Civil, según el cual se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, *en relación con la reiterada doctrina de esta Sala, en el sentido de no ser suficiente la afirmación que pueda hacerse en la escritura de venta, con respecto a la procedencia del dinero con que se adquirieron los bienes, si ésta no resulta justificada como perteneciente a uno de los cónyuges.*

Añadiendo que, si bien dicha jurisprudencia es inatacable, por interpretar acertadamente el mencionado artículo del Código Civil, y también porque tales manifestaciones pudieron encubrir, en determinados casos, donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, prohibidas por el art. 1.334 del Código Civil, no puede tener aplicación al caso singular y concreto que se presenta a la resolución de la Sala, porque no se trata de un litigio seguido por terceras personas, para hacer efectivo su derecho sobre los bienes cuya calidad se disputa, sino de un litigio entre el marido y la mujer acerca de la condición de bienes parafernales o de la sociedad conyugal de los citados bienes, en el que no aparece ningún acreedor conocido, al que si, por otra parte, surgiera posteriormente, no podrá afectar la presente resolución.

Nos parece bien claro deducir consecuencias.

Ante todo, el caso profundamente humano de una esposa e hijos bajo su potestad frente a un marido y padre de vida irregular y licenciosa. Precisamente para salvaguardar los derechos legítimos de éstos en la posible herencia paterna, quizá el Supremo alteró la constante de su doctrina. Luego como el hecho se suscitaba sólo entre marido y esposa, entra en juego la doctrina de los actos propios que en el caso singular protege la moral (ver último Considerando de la Resolución, interpretado a *contrario sensu*. En igual sentido, A. SANZ, *Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 119 y 120; y P. CABELLO (cita posterior).

Finalmente—y aquí vemos resplandecer el fondo jurídico de la cuestión—, esa escritura de venta con reserva de usufructo para el vendedor y precio recibido con anterioridad, que confiesa el marido fué aportado al matrimonio por su esposa compradora, ¿no

nos dice a las claras que estamos a presencia de una donación que se disfrazó—o se simuló, si si se quiere—para eludir una fuerte tributación de Derechos reales?

* * *

Ahora bien: preciso es reconocer que existe una corriente doctrinal que hubiera visto con simpatía el reflejo de cierta flexibilidad en la forma de contemplar la cuestión en el recurso planteado por nuestro Ilustre Centro.

Ya nuestro querido compañero PEDRO CABELLO, *Titularidad Registral de la mujer casada...* (en esta Revista, pág. 234, año 1947), se mostraba disconforme en que se convierta en presunción de donación prohibida o de contrato simulado el reconocimiento o aseveración del marido, ya que, a su juicio, no es ése el sentido del art. 1.334 del Código Civil, que sólo—dice—puede referirse a las *donaciones reales o de mala fe*. La buena fe se presume siempre (art. 434, C. C., y 24-2.ª L. H.). «Honradamente—escribe—el cónyuge que afirma pertenece el dinero al otro, *tiene que seguir afirmando siempre esta circunstancia*, porque es verdad y no puede impugnar su propia declaración; la doctrina de los actos propios se lo impide, y para desdecirse necesita probar que la aseveración encubrió una donación nula.»

Fresca está aún la tinta en que ese joven maestro, que es ya, JUAN VALLET DE GOYTISOLO (también esta Revista, núm. julio-agosto 1957), impugna la Resolución que nos ocupa.

En la eficacia de la confesión es donde acaso más centra su argumentación, pues, a su juicio, no hay base para extender la norma del art. 1.232-2.º C. C. al reconocimiento extrajudicial de relaciones jurídicas.

No es éste el parecer de otro ilustre Notario, GONZÁLEZ PALOMINO, quien en su magistral conferencia *Negocio jurídico y Documento*, dice—pág. 141—«que la confesión, sin distinguos, y por tanto la una y la otra, la judicial como la extrajudicial, *toda confesión hace prueba contra su autor*». Así, en redondo. Está recogida la característica de la *contra se pronuntatio*. Hace prueba contra su autor, «salvo el caso de que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes», tanto una confesión como otra». Y a ello

hay que agregar esta *sabrosa* nota (la 123): «La salvedad o excepción que establece este artículo 1:232, es la que me hace tener mis reservas respecto a la validez de la confesión de dote hecha por el marido o la de bienes privativos del marido hecha por la mujer después de contraído el matrimonio, especialmente en las formas usuales de declarar que se compra con dinero exclusivo de uno o de otro, sin comprobación alguna, ya que por este mecanismo «*puede*» eludirse la prohibición de donaciones entre cónyuges constante matrimonio. El procedimiento técnico de *convertir* las donaciones *inter vivos* entre cónyuges (nulas) en donaciones *mortis causa* (válidas), salvo frente a legitimarios y acreedores, me deja un tanto inquieto» (1).

Hay, además, en favor de lo resuelto por el Centro Directivo un argumento que, esgrimido por el Registrador en su ponderado dictamen, no fué recogido por aquél. Nos referimos al art. 144 del vigente Reglamento Hipotecario, que ordena que, para que fallecido uno de los cónyuges y antes de inscribir la partición, pueda extenderse la anotación preventiva de embargo sobre bienes inscritos a nombre de uno u otro y adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, sin que conste la pertenencia exclusiva del dinero a favor de cualquiera de ellos, es necesario que la demanda se dirija conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.

Y si esto es así, en tal supuesto, que sólo constituye una amenaza de venta, con mayor razón—indica dicho funcionario—habrá de exigirse dicho concurso en el caso de una venta efectiva.

(1) Quien desee profundizar en esta cuestión, tan estrechamente ligada, además, con la que nos ocupa, debe leer el sugestivo libro de VALLET DE GOYTISOLO, *La donación «mortis causa», en el Código civil español* (Madrid, 1950, Editorial Reus), la brillante crítica del mismo del profesor AMAÑEO DE FUENMAYOR, en *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, fasc. II, pág. 1.082 y ss., así como la réplica dicha crítica del repetido VALLET en el citado *Anuario*, t. V, fasc. IV, *Donación, condición y conservación jurídica material*.

La decisión jurisprudencial, favorable a la tesis de A. DE FUENMAYOR, parece reflejarse en la sentencia de 19 de junio de 1956, que dice: «Que hay donación *mortis-causa* disimulada bajo un contrato de compraventa, cuando son objeto de éste los mismos bienes que se legaban al donatorio en testamento anterior, luego revocado, el cual pocos días después de la venta confirió poder a la vendedora, que se había reservado el usufructo, para realizar toda clase de actos, incluso de disposición, y no puede admitirse que se trate de una donación *intervivos «post mortem»*, por la cual era necesario otorgarla en *testamento*, y al no hacerlo así, carece de validez (en «Anuario de Derecho Civil», t. X, fasc. III, pág. 650. Ver también la de 28-X-1956).

No se trata, pues, de presunciones establecidas por el art. 1.407 del Código Civil que el Registro declara, sino de presupuestos legales que—independientemente de que existan acreedores o legitimarios o herederos voluntarios—hay que respetar y cumplir mientras no sean derogados.

Por otra parte—y sin adentrarnos en el intrincado problema de la causa—, ¿por qué, como quiere nuestro admirado JUAN VALLET, si no se expresa la causa adquisitiva del dinero de la mujer, aplicar el art. 1.277 C. C., siendo así—en congruencia con la reiterada jurisprudencia del Supremo, según dice la del 2-II-51—ser más correspondiente, al efecto, el 1.275, que proclama su ilicitud y da lugar a que el propio contrato sea nulo, cuando aquélla se opone a las Leyes, concretamente al repetido art. 1.334 del mismo cuerpo legal?

También hemos de consignar—como dijo el Registrador—, en cuanto a la inexistencia de legitimarios, que la cualidad de herederos se acredita en la legislación vigente por medio de testamento o declaración de herederos, ninguno de cuyos documentos se acompañó (2).

Finalmente, ¿quién puede dudar que el cumplimiento de todas las formalidades legales son una garantía para los posibles acreedores que sólo tienen a su favor esa difícil acción Pauliana, de la que—como afirma, con acierto, el Profesor Espí, *Dedecho Civil*, V, III, pág. 339—el adquirente no participa en el fraude y no cabe la revocación frente a él, su eficacia, prácticamente, es nula?

(2) Sobre la posibilidad—que pasó sin aludir nuestro ilustre Centro—de la admisión en nuestro Derecho de los actos de notoriedad como medio de obtener las declaraciones de herederos abintestato, puede verse, entre otros, a NAVARRO AZPÉTTA, *Actos de Notoriedad*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1945, y a FUENTES TORRE-ISUNZA, *La adquisición del derecho en la sucesión abintestato...* «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1948, pág. 79.

También el Congreso del Notariado Latino, celebrado en Madrid en 1950, aprobó una conclusión dirigida a que se admitiera el acta notarial como forma adecuada de hacer las declaraciones de herederos abintestato cuando no hubiere oposición (según nota de A. SANZ, ob. cit., pág. 343).

PROPIEDAD MINERA.—CONFORME AL ART. 35 DE LA LEY ESPECIAL, CUANDO SE TRANSMITA A NACIONALES, ES PRECISA LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE MINAS Y COMBUSTIBLES.

ASIMISMO, SI CON LAS MINAS SE TRANSMITEN DIVERSAS HEREDADES QUE CON AQUÉLLAS INTEGRAN UN CONJUNTO, POR HALLARSE AFECTAS A LA EXPLOTACIÓN, SE REQUIERE ACREDITAR QUE SE DIÓ CONOCIMIENTO A LA JEFATURA DE MINAS, CONFORME AL ART. 120 DEL REGLAMENTO DE MINERÍA.

AUNQUE, CONFORME AL ART. 55 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, LA PRESENCIA DE TODO EL CAPITAL DESEMBOLSADO IMPIDE QUE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS PUEDA FUNDARSE EN LA OMISIÓN DE ALGÚN REQUISITO NECESARIO PARA LA CONVOCATORIA, COMO DE LA ESCRITURA APARECE, QUE A LA JUNTA UNIVERSAL UNO DE LOS SOCIOS ASISTIÓ CON REPRESENTACIÓN DEL OTRO, LO QUE LA LEY PERMITE, SI LOS ESTATUTOS NO LO PROHIBEN, AL NO INSERTARSE ÉSTOS EN DICHA ESCRITURA Y CONSIGNARSE LAS CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL NOMBRE, DOMICILIO E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL, EN UNA SIMPLE NOTA MECANOGRAFIADA ENTREGADA AL FEDATARIO, ES EVIDENTE LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR ESTOS EXTREMOS, FACILITANDO AL REGISTRADOR LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA SU CALIFICACIÓN.

FINALMENTE, ES OBLIGATORIA—ART. 112, REGLAMENTO R. M., y 72-2 L. S. A.—LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL NOMBRAMIENTO DE CONSEJERO O ADMINISTRADOR, DE MODO QUE SIN ELLA, SEGÚN RESOLUCIÓN DE 17 JULIO 1956, NO ES ADMISIBLE SU COMPARECENCIA ANTE NOTARIO.

Resolución de 27 de marzo de 1957 («B. O.» de 17 de mayo).

Por escritura pública autorizada por el Notario de Gijón don José Antonio Cienfuegos y González Coto, el 1 de abril de 1953 don V. F., como Presidente y en representación de la Sociedad Anónima «Carbones de San Vicente», vendió a don A. A. varias minas, una heredad destinada a cultivo y una finca con instalaciones mineras. En dicha escritura consta: que la Sociedad vendedora había sido constituida, con duración indefinida, en escritura de 17 de junio

de 1916, modificada por otra de 31 de diciembre de 1917, inscrita en el Registro Mercantil de Oviedo, y su objeto social eran los negocios mineros; que la entidad se rige y gobierna por la Junta general de accionistas y el Consejo de Administración, teniendo aquella asamblea las más omnimodas facultades para realizar toda clase de actos y contratos, sin limitación alguna, y que el compareciente fué facultado para el otorgamiento por la Junta general extraordinaria de 27 de marzo de 1953, acompañándose la oportuna certificación acreditativa del acuerdo.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción a que se refiere el precedente documento, por observarse: primero, no justificarse la previa autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles, necesaria, según la Ley de Minería y artículo 119 del Reglamento General de la misma; segundo, por no acompañarse ni al menos testimoniarse parcialmente los Estatutos sociales en lo necesario para calificar la procedencia de la enajenación, no constando tampoco haberse inscrito el nombramiento del que comparece en nombre de la Sociedad en el Registro Mercantil, ni si con arreglo a los Estatutos es válido el nombramiento para representar a la misma.

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador (de Pola de Laviana), mediante la correcta doctrina siguiente:

Que la escritura de 1 de abril de 1953, autorizada por el Notario don José Antonio Cienfuegos, por la que se vendieron varias minas de carbón, hulla y dos heredades, plantea en este recurso las siguientes cuestiones. 1) Si la autorización administrativa exigida en el artículo 35 de la Ley de Minas constituye un requisito previo para la formalización de la escritura. 2) Si por haberse acordado la enajenación en Junta universal de accionistas, regulada por el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, puede prescindirse, de la presentación de los Estatutos sociales, que no fueron transcritos; y 3) Si debe constar inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento del Administrador para que pda comparecer como representante de la Compañía.

Que el artículo 35 de la Ley de Minas, de 19 de julio de 1944, prohíbe transmitir a extranjeros por actos «inter vivos» la concesión de explotaciones, y dispone que, cuando se trate de españoles, la Dirección General de Minas y Combustibles autorizará las transferencias, y en tanto no se cumpla este requisito, desenvuelto en el artículo 115 del Reglamento de Minería, no podrá el Notario autorizar legalmente la escritura ni aun con la advertencia hecha a los contratantes de que procuren obtener la expresada autorización para poder inscribir el documento en el Registro de la Propiedad.

Que la transferencia de las dos heredades descritas en los apartados noveno y décimo de la misma escritura requiere asimismo haber acreditado que se dió conocimiento a la Jefatura de Minas de la transmisión proyectada, porque así lo preceptuó el artículo 120 del Reglamento citado, toda vez que tales fincas integran un conjunto por hallarse afectas a la explotación minera, como con acierto afirma el Presidente de la Audiencia, y respecto de la finca décima, podrían también añadirse los claros términos en que se encuentra descrita con relación de los lavaderos, talleres, escombreras, pozo, cargadero, etc., que revelan su indudable afección a la explotación minera.

Que, conforme al art. 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, la Junta universal de accionistas quedará válidamente convocada y constituida para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta, ya que la presencia de todos los socios impide que la nulidad de los acuerdos adoptados pueda fundarse en la omisión de algún requisito necesario para la convocatoria.

Que de la escritura calificada aparece que a la Junta universal celebrada uno de los socios asistió con representación de otro, y si bien el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas autoriza tal representación cuando los Estatutos no lo prohíben, como éstos no se insertaron en la parte pertinente de la escritura y como, además, en ésta se consignaron las circunstancias relativas al nombre, al domicilio y la inscripción en el Registro Mercantil por la mera manifestación hecha por los interesados en una simple nota escrita a máquina, que entregaron al fedatario, es evidente que tales

extremos no se justificaron en la forma debida y deben facilitarse al Registrador los documentos necesarios para su calificación.

Que siendo obligatoria, por mandato de los artículos 112-7.º del Reglamento del Registro Mercantil, y 72-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas, la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de Consejero o Administrador, de modo que sin ella, según tiene declarado este Centro, no es admisible la comparecencia ante Notario para el otorgamiento de los documentos por el que ostente el cargo, ni inscribirse éstos cuando, a pesar de tal prohibición, hubiesen sido adtorizados, salvo cuando se trate de actos internos de la Sociedad, para los que el nombramiento de Consejero es eficaz desde su aceptación, según el artículo 72 de la expresada Ley de Sociedades Anónimas, si bien, aun en estos casos, la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil.

NOTIFICACIÓN DE SOLICITUD DE CESIÓN POR EL CESIONARIO A LOS ACTUALES POSEEDORES DE FINCAS QUE, ADQUIRIDAS AL ESTADO POR DÉBITOS DE CONTRIBUCIÓN, FUERON POSTERIORMENTE CEDIDOS POR ÉSTE A DICHO CONCESIONARIO. ES CRITERIO REITERADO QUE LOS POSEEDORES Y PROPIETARIOS POR EXPEDIENTES DE APREMIO O DE CESIÓN TENGAN DIRECTO CONOCIMIENTO DE LOS MISMOS, A FIN DE QUE PUEDAN EJERCITAR SUS DERECHOS, Y CUANDO LES CONVenga UTILICEN LA FACULTAD EXCEPCIONAL DE RETRAER.

EL DESCRIBIRSE LAS FINCAS EN LA ESCRITURA CON LOS LINDEROS ACTUALES NO PUEDE ESTIMARSE DEFECTOS, TODA VEZ QUE AL HABER SIDO DESCRITAS LAS MISMAS EN LOS EDICTOS CON LOS DATOS QUE FIGURABAN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, LAS HACE IDENTIFICABLES Y CON ELLO SE CUMPLIMENTA EL ART. 171 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

Resolución de 4 de abril de 1957 («B. O.» de 17 de mayo).

El 30 de octubre de 1952, don I. G., Administrador de Propiedades en la provincia de Huelva, cedió en nombre del Estado a don

P. S., en escritura pública autorizada por el Notario de la citada capital don Agustín Sarasa y Zubaldía, varias fincas, cuyo precio había sido ingresado previamente en la Hacienda Pública, según cartas de pago unidas al expediente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, causó la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del presente documento por los siguientes defectos: Primero, no aparecer practicada a los actuales poseedores de las fincas a que se refiere la escritura, la notificación de la solicitud de cesión del que aparece como cesionario de ellas, cuya notificación dispone el número 3 de la Real Orden de 18 de junio de 1921, que debió practicarse en la forma que determina el artículo 126 del vigente Estatuto de Recaudación de 29 de septiembre de 1948; y segundo, manifestarse en el acto de la escritura por el citado cesionario que los actuales linderos de las tres fincas son distintos de los que tenían cuando las mismas fueron adjudicadas al Estado por débitos de contribución en el año 1901, y no acreditarse que dicha variación se hiciera constar en el anuncio que se publicó en el «Boletín Oficial» de la provincia para la debida identificación de las fincas por los actuales poseedores de ellas.

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto presidencial, que había desestimado la nota del Registrador (de Palma del Condado), confirma el primero de los defectos señalados por éste, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que las cuestiones a examinar y resolver son las siguientes: Primero, si la falta de notificación de la solicitud de cesión a los actuales poseedores y a la persona de quien procede la finca puede estimarse subsanada por el requerimiento hecho mediante edictos publicados en el «Boletín Oficial» de la provincia y en la Alcaldía, conforme al artículo 127 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, y segundo, si la rectificación de los límites de los predios consignada en la escritura por manifestación del cesionario, pero no hecha constar en los edictos, constituye un defecto que impide la inscripción del título.

Que es criterio reiterado en las disposiciones dictadas sobre la

materia anteriores a la Ley de 30 de diciembre de 1956 procurar que los poseedores y propietarios que sean afectados por los expedientes de apremio o de cesión tengan directo conocimiento de los mismos, a fin de que puedan ejercitar sus derechos y cuando les convenga utilicen la facultad excepcional de retraer las fincas.

Que la notificación por edictos constituye un medio excepcional que debe emplearse sólo cuando no fuese posible hacerla con cédula, por tratarse de deudores o poseedores desconocidos o en ignorado paradero, y estas circunstancias difícilmente podrán concurrir en los poseedores de fincas rústicas que normalmente se hallan en contacto con las mismas para su explotación y cultivo; y como quiera que el oficio del Ayuntamiento de Villalba del Alcor, unido a este expediente, únicamente acredita la falta de conocimiento de «la persona de quien proceden las fincas», pero no que se haya intentado practicar la notificación directa a los actuales poseedores, hay que concluir que no se cumplió lo dispuesto por el artículo 3.º de la Real Orden de 18 de junio de 1921, aclaratoria de la Ley de 11 de mayo de 1920.

Que al haber sido descritas las fincas en los edictos con los datos que figuraban en el Registro de la Propiedad, eran plenamente identificables y no puede constituir un defecto el que, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 171 del Reglamento Notarial, se rectifiquen en el título por las afirmaciones de los otorgantes los datos descriptivos «que estuvieren equivocados o hubieren sufrido variación por el transcurso del tiempo».

Que en las escrituras públicas que se autoricen como consecuencia de los expedientes administrativos de apremio fiscal, los Registradores calificarán la validez de los actos dispositivos, para lo cual han de examinar los trámites e incidencias esenciales de dichos expedientes y especialmente la notificación al deudor y poseedores actuales, que deberán constar en los documentos.

DISUELTO EL MATRIMONIO POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES, LOS BIENES GANANCIALES, HASTA EL MOMENTO EN QUE SE REALICE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, PERMANECEN EN UN ESTADO DE INDIVISIÓN, DURANTE EL CUAL EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y LOS HEREDEROS DEL PREMUERTO PUEDEN REALIZAR ACTOS DISPOSITIVOS EN CUANTO REÚNEN LA PLENITUD DE FACULTADES SOBRE LOS MISMOS BIENES.

Resolución de 17 de abril de 1957 («B. O.» de 17 de mayo).

Don Victorio Guijarro Martín Moreno, casado con doña Florentina García de la Plaza y Gómez, adquirió de don Adolfo, conocido por Antonio Barba Cabanes, en escritura de compraventa autorizada el 1 de agosto de 1947 por el Notario de Villarrubia de los Ojos don Zacarías Carrasco, la mitad dividida de una casa, sita en el casco urbano de la citada población, marcada con el número 16 de la calle de Valencia, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Daimiel. Don Victorio Guijarro Martín Moreno falleció bajo testamento otorgado el 16 de julio de 1945 ante el citado Notario, en el cual legó el usufructo vitalicio del tercio de libre disposición a su esposa, a quien dejó además su cuota usufructuaria, y en el remanente de sus bienes nombró heredero al único hijo habido de su matrimonio, don Nicolás Guijarro y García de la Plaza. El causante y su esposa no otorgaron capitulaciones matrimoniales, por lo que la sociedad conyugal quedó sometida al régimen legal de gananciales. Y el 22 de noviembre de 1955 doña Florentina García de la Plaza y Gómez y su hijo don Nicolás Guijarro y García de la Plaza vendieron a don Joaquín Roncero y López de Coca la finca anteriormente relacionada, único bien del patrimonio conyugal, mediante escritura autorizada por el Notario de Villarrubia de los Ojos don Fernando Ruiz de Huidobro y de León.

Presentada en el Registro de Daimiel primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no estar bien definida la cuota que, con arreglo al testamento, ostenta cada partícipe en la comunidad patrimonial, ni, por tanto, los derechos en ella atri-

buibles a los vendedores, lo que indetermina también la extensión del derecho que cada uno transmite.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que la cuestión planteada en este expediente exige resolver si es inscribible la escritura de compraventa de una finca que fué adquirida por el marido durante al matrimonio y después de su fallecimiento es enajenada por su hijo como único heredero y su viuda, antes de haberse practicado la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Que el poder de disposición por actos intervivos sobre bienes gananciales que el artículo 1.413 del Código Civil confiere al marido, como representante legal de la sociedad conyugal, cesa una vez disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, y desde entonces los bienes gananciales, hasta el momento en que se realice la liquidación de la sociedad conyugal, permanecen en un estado de indivisión, durante el cual el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto pueden realizar actos dispositivos en cuanto reúnen la plenitud de facultades sobre los mismos bienes.

Que la necesidad de hacer constar en los asientos que se practiquen en los libros hipotecarios los actos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles ha determinado el reconocimiento del principio del tracto sucesivo como fundamentalmente en nuestro sistema, y que las inscripciones se hagan en asientos separados comprensivos del contenido real de los títulos, con las condiciones señaladas por el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y los concordantes de su Reglamento, si bien la misma Ley atenúa sd rigor en algunos casos, al dispensar del requisito de la previa inscripción a favor del transmitente, con el fin de evitar inscripciones que sean innecesarias o transitorias y de simplificar los asientos cuando no interesen a los terceros ni obedezcan a ninguna exigencia.

Que la posibilidad de inscribir las transmisiones efectuadas por el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto aparece

reiteradamente declarada por la jurisprudencia de este Centro directivo y ha sido sancionada especialmente por el artículo 209 del Reglamento Hipotecario, y cualquiera que sea la importancia que pueda atribuirse al problema de la distribución del precio, en este caso se advierte que en la escritura calificada los enajenantes confesaron haberlo recibido en proporción a sus respectivos derechos, precisados en la cláusula cuarta de la parte expositiva, por lo que resulta injustificada la afirmación del Registrador de hallar indeterminada la extensión del derecho transmitido.

* * *

Recomendamos la lectura del informe del Registrador, quien, admitiendo la conversión técnica de la comunidad ganancial al disolverse el matrimonio, conforme al parecer de los modernos hipotecaristas (ver, por ejemplo, Roca, *Derecho Hipotecario*, edic. V, t. II, pág. 572), es para él de indudable necesidad, en las ventas o enajenaciones referentes a los bienes de dicha sociedad, que en los títulos se haga, al menos, una perfecta configuración de la parte alícuota o derecho abstracto que cada uno ostenta sobre el patrimonio ganancial, concretando los respectivos derechos derivados del testamento o, en su defecto, de la Ley, armonizándolo de esta suerte con la determinación de la forma en que se distribuya el precio cuando existen varios partícipes—art. 10, Ley Hipotecaria y Resoluciones 9-2-1928, 5 mayo y 29 julio 1931—; lo que aparece salvado, según el Considerando último, en el caso actual, «por la confesión de los enajenantes de haber recibido el precio en proporción de sus respectivos derechos» y, en consecuencia, «no se halla indeterminada la extensión del derecho transmitido».

Ahora bien: puesto a suutilizar la cuestión, como parece inclinado el Registrador, acaso contemplando la sociedad de gananciales no como una comunidad en mano común convertible en comunidad romana (criterio Dirección), sino como una comunidad universal sobre un patrimonio autónomo (LACRUZ BERDEJO), o como ROYO MARTÍNEZ (*Derecho de Familia*), para el que la configuración actual del régimen aplicable a los gananciales es la negación rotunda de la cotitularidad en mano común, porque se atribuye al marido la administración exclusiva y, lo que es más importante,

la exclusiva facultad de disposición (pág. 198), por lo que a su juicio el sistema de gananciales parece estar comprendido en el tipo de sociedad universal de todas las ganancias, al que se refieren los artículos 1.671, 1.672, 1.675 y 1.676 del Código civil; parece de necesidad—hubiera podido argüir el Registrador—la previa liquidación, pues al extinguirse la sociedad por muerte de uno de los socios (3.º-1.700), para evitar la misma, sólo cabe el pacto de continuidad social, al que hace referencia el apartado 2.º del art. 1.704 de dicho Código.

¿RECONOCIDA LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE UNA ORDEN RELIGIOSA, LAS PROVINCIAS O CONVENTOS DE LA MISMA, TIENEN CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR SUFICIENTE PARA ADQUIRIR BIENES?

Resolución de 11 de mayo de 1957 («B. O.» de 12 de junio).

El 28 de octubre de 1955 varios señores vendieron a la Provincia de Castilla de la Orden de Nuestra Señora de la Merced, representada por el Provincial de la misma, una finca rústica, sita en término de Valladolid, por el precio, que los vendedores confesaron haber recibido, de 105.000 pesetas, formalizándose el contrato en escritura pública, autorizada por el Notario de la citada población don Vicente de Torres y Ayala. En los antecedentes del expresado documento público se hizo constar que «la existencia y capacidad jurídica de la citada Provincia de Castilla se justifica con un certificado expedido por el Director general de Asuntos Eclesiásticos del Ministerio de Justicia, con fecha 22 de diciembre de 1954», y que también se habían tenido en cuenta un certificado acreditativo del nombramiento del Provincial y otro en que se la autorizaba para el otorgamiento.

Presentada en el Registro primera copia de la referida escritura, puso el Registrador la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, porque, formando parte de la Provincia de Castilla de la Orden de la Merced, no se acompañan los documentos que acrediten la creación por dicha Orden de la Provincia de Castilla y las facultades que se le concede. No se ha tomado

anotación de la suspensión por no haberse solicitado. Valladolid, el 3 de diciembre de 1955»; que con objeto de salvar el obstáculo que para la práctica de la inscripción suponía la anterior nota, el 17 de febrero de 1956 se presentaron en el Registro los siguientes documentos: a) la propia escritura de compra, de 28 de octubre de 1955; b) un documento, con legitimación notarial de firmas, suscrito el 11 de junio de 1954 por el Muy Reverendo Maestro General de la Orden de la Merced, acreditativo del nombramiento del Padre para el cargo de Provincial de Castilla; c) un testimonio notarial, expedido el 29 de diciembre de 1949 por el Notario de Madrid don Luis Sierra Bermejo, en el que transcribe la certificación expedida el 22 de diciembre del mismo año por el ilustrísimo señor Director general de Asuntos Eclesiásticos, haciendo constar la capacidad para adquirir, poseer y administrar bienes de todas clases de las Ordenes y Congregaciones religiosas, y la capacidad, por consiguiente, de la Orden de Nuestra Señora de la Merced y cada una de sus Provincias religiosas, entre las que figura la Provincia de Castilla, así como cada casa o convento particular de la citada Orden, añadiendo que varias de las casas de la misma aparecen inscritas en el Registro de dicho Ministerio; d) una certificación expedida el 10 de enero de 1956 por el Excelentísimo y Reverendísimo señor Nuncio Apostólico de Su Santidad en España, en la que se hace constar que la Orden religiosa de Nuestra Señora de la Merced, a tenor de sus constituciones, debidamente aprobadas por la Santa Sede, consta entre otras Provincias religiosas de la de Castilla, y que su actual Provincial, tiene capacidad plena, de conformidad con el Código de Derecho Canónico y vigente Concordato de la Santa Sede del Gobierno español, para adquirir para la expresada Provincia de Castilla toda clase de bienes, sin ninguna limitación; y que a la vista de los mismos documentos, la calificación del Registrador fué la siguiente: «Vigente el asiento de presentación motivado por la escritura precedente, y como documentos complementarios, se han presentado en este Registro, a las doce horas del día diecisiete del actual, según el asiento número seiscientos veintinueve del Diario setenta, los siguientes documentos: 1.º Un escrito, con fecha 11 de junio de 1954, por Fray Maestro General de la Orden de la Merced, haciendo constar que ha sido elegido por el Capítulo Provincial de la Orden Provincial de la de Castilla el Muy

Reverendo Padre; 2.º Un testimonio expedido por el Notario de Madrid don Luis Sierra Bermejo, con fecha 29 de diciembre de 1949, en el que se transcribe una certificación expedida por el señor Director General de Asuntos Eclesiásticos, haciendo constar que varias de las casas de la Orden de Nuestra Señora de la Merced aparecen inscritas en el Ministerio de Justicia, y 3.º Otro, expedido por el señor Nuncio Apostólico de Su Santidad en España el 10 de enero del corriente año, haciendo constar que el mencionado Padre ostenta el cargo de Provincial, cuyos documentos no subsana, a satisfacción del que suscribe, los defectos contenidos en la nota anterior, porque el primero no es pertinente para el caso, el segundo está mencionado en la escritura antes indicada, y el tercero, desde el punto de vista canónico, abunda en la misma idea que el citado últimamente, por lo que se mantiene en su integridad la calificación puesta en la precedente nota. Valladolid, 21 de febrero de 1956».

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, denegatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que aunque en el orden citado sea medio idóneo para acreditar la existencia de las Asociaciones la certificación acreditativa de hallarse inscritas en el Registro correspondiente creado por la Ley de 30 de junio de 1887, como la Iglesia, de conformidad con lo establecido en el art. 38 del Código civil, ha de regirse por lo concordado, y las Asociaciones católicas que tengan un fin religioso fueron excluidas, por el Decreto de 25 de enero de 1941, de las formalidades dictadas para regular el derecho de asociarse, al apreciar la capacidad de dicha Provincia de Castilla, es necesario tener en cuenta, además de las normas del Concordato, las disposiciones aplicables del Derecho canónico y las reglas propias del Instituto religioso de que se trata.

Que los entes morales inferiores, conforme a lo dispuesto en el canon 100 del Codex, adquieren personalidad, bien por atribución del Derecho, bien por concesión del Superior competente, dado en Decreto formal para un fin religioso o caritativo.

Que la Orden religiosa de Nuestra Señora de la Merced, en

cuanto obtuvo de la Sede Apostólica la aprobación de sus Constituciones, debe ser reputada persona jurídica, según la legislación canónica, y esta cualidad ha de reconocérsele también en el ordenamiento jurídico vigente, toda vez que el artículo cuarto del Concordato declara que tendrán personalidad todas las Instituciones existentes en España a su entrada en vigor, extremo acreditado por la certificación de la Dirección General de Asuntos Eclesiásticos que obra unida al expediente.

Que la capacidad de adquirir y poseer bienes temporales de las Religiones, Provincias y casas, se halla expresamente reconocida en el canon 531, cuando no resulte limitada o excluida por las respectivas Reglas y Constituciones, y como en las de la Orden de la Merced no existen tales limitaciones, y, por el contrario, se reconoce la capacidad de las Provincias, entre las que figdra la de Castilla, y estas circunstancias, además, se han justificado en el expediente con la certificación de la Nunciatura Apostólica de 10 de enero de 1956, no es admisible la nota del Registrador, que desconoce su personalidad por no haber apreciado rectamente la eficacia de los documentos presentados.

* * *

Para el Registrador, en su ponderado escrito de defensa, es poco concebido que la simple división del territorio, caso que se da fácilmente en las Ordenes religiosas, pueda engendrar personas distintas, con las graves cuestiones jurídicas que el caso puede plantear.

¿No se confunde con ello la personalidad con la territorialidad?

¿*Quid*, por ejemplo, en caso de extinción, se aplicará el art. 39 del Código Civil o el Canon 494-2, Código canónico?

A estas, sin duda agudas razones, replica nuestro Ilustre Centro con la de los Considerandos que quedan transcritos.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1956.—*Contrato en favor de tercero. Diferencia entre tercero destinatario sólo de la prestación y tercero que adquiere el derecho estipulado.*

Es doctrina que se deduce de esta Sentencia, la siguiente:

1.—Que en sentido estricto o técnico tiene el carácter de contrato a favor de tercero, aquel que, celebrado válidamente entre dos personas, es dirigido, sin embargo, a atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, directa ni indirectamente, en su conclusión y que, a pesar de ello, logra efectivamente atribuírselo en su propia persona, sin que pueda estimarse tal derecho como propio del que estipuló el contrato y dedicó luego al tercero, o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél.

2.—Que no es necesario que el tercero esté individualizado en el momento de la conclusión del contrato, bastando con su determinabilidad, es decir, que existan en la disposición contractual elementos suficientes para poder determinarlo con posterioridad, de cualquier modo que sea.

3.—Que el derecho del tercero se funda en el contrato que determina el contenido, pero no surge perfecto en su persona más que cuando el mismo tercero declare querer aprovecharlo, no tratándose, pues, de una aceptación ni de una ratificación, sino de una adhesión elevada por la Ley a verdadero y propio requisito («condictio juris») para que surja el derecho de tercero.

4.—Que, como ha declarado el T. S. en su Sentencia 9 de diciembre de 1940, en líneas generales, la estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra

persona que no ha intervenido en el contrato, y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar su esfera de acción, aislándola de otras figuras de derecho similares, diferenciándose el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según ésta venga autorizada solamente para recibir la prestación o adquiriera, además, el derecho estipulado, diferenciación que se traduce en que, en el primer caso, el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso de «verdadero contrato a favor de tercero», éste es el titular del derecho hacia él derivado, y lo es en potencia desde el momento mismo de la celebración del contrato hasta que, cumplida la condición suspensiva de la aceptación, prevenida en el art. 1.257 del Código civil, adquiere definitiva e irrevocablemente el concepto de acreedor único, asistido de la correspondiente acción para apremiar al deudor.

5.—Que, como dice el citado art. 1.257 del Código civil, el tercero que tiene a su favor alguna estipulación, puede exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que la estipulación haya sido revocada, y el T. S., en Sentencias de 9 de mayo de 1932 y 31 de enero de 1935, reconoce que el tercero es el titular del crédito, asistiéndole una acción directa para hacer efectiva la promesa.

El contrato a favor de tercero es una creación del Derecho moderno. En el Derecho romano clásico el contrato a favor de tercero era nulo, no sólo en cuanto al tercero, sino en cuanto a los contratantes. Ni aquél (seguimos a Arias Ramos) podía compeler al contratante que aparece como deudor a cumplir la prestación prometida, ni lo podía hacer tampoco el otro contratante.

En la práctica se encontraba un medio indirecto de dar eficacia a tales contratos: El de estipular el pago de una cantidad que el comprometido a la prestación debía abonar al otro contratante si no la cumplía («stipulatio poenae»).

En el Derecho Justiniano aparecen atenuaciones al principio de la nulidad de los contratos en favor de terceros, a las que se llegó gradualmente. El contrato se estimó obligatorio entre los contratantes cuando el interesado en favor del tercero tuviese algún interés en que la prestación a favor de éste fuera cumplida.

Desde el punto de vista del tercer beneficiado, se defiende por algunos romanistas la posibilidad de que ya el pretor le otorgase, en ciertos casos, una «action», que sería una «actio ex decreto» o una «actio utilis». En diversos textos del «Corpus juris» aparecen concedidas acciones al tercero en los siguientes casos: 1) Al arrendatario de un fundo cuando el propietario, al venderlo, haya convenido con el comprador que aquél sea respetado en el arrendamiento; 2) a las personas a favor de las cuales un padre, al constituir la dote, se hubiese hecho prometer la restitución; 3) al dueño de una cosa pignorada, a favor del cual, el acreedor pignoraticio que vendía su derecho había hecho que el comprador prometiese aceptar el rescate de la prenda, y 4) cuando un depositante o comodante de una cosa ajena se hace prometer del depositario o comodatario que devolverá la cosa al dueño. Este, que respecto a tal contrato es un tercero, tenía, sin embargo, como «utilis», la «action» del contrato para exigir la devolución prometida.

Es en el siglo XIX, dice Giovanni Pacchioni, cuando el principio romano de la nulidad del contrato a favor del tercero fué atacado y combatido por la doctrina germanista, que, siguiendo las enseñanzas de la escuela histórica, llevó

a cabo una última y afortunada revisión del Derecho romano, común a la luz de las fuentes más antiguas, tanto romanas como germanas, teniendo en cuenta también las nuevas formas del contrato, creadas por las necesidades de la vida moderna. Este movimiento doctrinal dió origen a la moderna doctrina de los contratos a favor de terceros, que, rechazando la antigua regulación romana, se propuso sustituirla por un sistema opuesto, proclamando la validez, en principio, de todo contrato de este tipo, tanto entre las partes, como frente al tercero: en las primeras, en atención al interés del estipulante; en las segundas, en razón a la voluntad de las partes. Esta doctrina, añade dicho autor, extensamente difundida, incluso más allá de las fronteras del país de origen, ha sido recogida por los Códigos alemán y suizo, que figurando a la cabeza del movimiento codificador europeo, ejercen una gran influencia en los más recientes Códigos y proyectos de los distintos Estados.

Roca señala dos tendencias en los cuerpos legislativos: la permisiva (Alemania, Suiza, Austria, Hungría, Japón, Italia, España), y la prohibitiva, con excepciones permisivas (Francia, Bélgica y otros Códigos de inspiración napoleónica).

La doctrina ha construido diversas teorías para aclarar la naturaleza jurídica de la figura que estudia la sentencia. No hace al caso el examinarlas; sí, hacer resaltar que en esta materia, como en tantas otras, se advierte el buen sentido práctico-jurídico de nuestro Código, que puede adaptarse perfectamente a las modernas construcciones.

La configuración, como «condictio juris», como propio requisito legal de la aceptación del tercero, es una de tantas elaboraciones doctrinales que la jurisprudencia ha recogido y elevado a doctrina legal.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1956.—*Propiedad horizontal o de casa por pisos. Obligatoriedad del Estatuto o Reglamento, o sea de los pactos convenidos para su disfrute*

Son antecedentes de este fallo, los que siguen:

Se compró por pisos una casa de Madrid. El Estatuto o Reglamento de copropiedad decía, entre otras convenciones: «Los pisos habrán de dedicarse exclusivamente a vivienda del condueño y de sus familiares, donde tan sólo podrá ejercerse la profesión de los mismos, prohibiéndose absoluta y terminantemente cualquier otra actividad cultural, benéfica, industrial, comercial o mercantil de cualquier clase que fuera». Un médico, radiólogo, adquirió dos pisos, y dedicó uno a su vivienda familiar, y el otro sólo y exclusivamente a consulta y clínica de radiología; nada a vivienda.

La Comunidad de propietarios demandó al radiólogo sobre prohibición de instalación industrial, demanda que fué desestimada con imposición de costas a la parte actora. En apelación, la Audiencia revocó la sentencia de la Instancia, declarando que el demandado tiene prohibido por los Estatutos sociales instalar, exclusivamente, en ninguno de los pisos de su propiedad consulta de radiología y clínica. Interpuesto recurso de casación contra el fallo de la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Siendo una de las primeras sentencias referente al reformado art. 396 del Código civil, tiene interés la doctrina que se deduce de sus Considerandos. Es la siguiente:

1.—Que en esta propiedad especial, además de los derechos «in re» que ostentan los dueños exclusivos de piso o parte de piso, sobre el de cada uno, gozan también los dichos propietarios de un derecho personal «ad rem» sobre los demás pisos o partes del inmueble y sus respectivas cuotas accesorias comunes, en virtud de la facultad de tanteo establecida por la Ley, cuando se trate de la enajenación de otro piso o parte de él en el inmueble, en la cual el condueño tiene preferencia sobre el comprador extraño en las condiciones que el artículo 396 del Código civil señala, y al mismo tiempo el ejercicio del derecho de propiedad sobre el piso o parte de él, concreto y exclusivamente adquirido, no es absoluto en modo alguno, sino que, además de otras establecidas restricciones legales, ya civiles o administrativas, se encuentra también constreñido en el repetido art. 396, al prescribir, en su último párrafo, que «ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o la estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados». Es decir que sobre la voluntad en principio autónoma del propietario privativo, se proyecta con carácter coactivo el uso de una facultad de los demás coparticipes, ejercitable en aras, no solamente del mantenimiento de la incolumidad del inmueble con el fin, sin duda, de evitar el posible riesgo de su deterioro o ruina, sino también de la conservación y persistencia de la cualidad y condición con que se realizó la adquisición del piso, en contemplación a la mutua y sosegada convivencia que ocasiona esta peculiar especie de la propiedad colectiva.

2.—Que de todo cuanto antecede resulta de modo manifiesto que la copropiedad colectiva de un inmueble establecida por el art. 396 del Código civil, en su nueva redacción, comprende un conjunto de varios derechos y también varias recíprocas prestaciones que vinculan con eficacia jurídica a todos los participantes, constituyendo lo que algún autor ha denominado «Comunidad de derechos», y para cuya adecuada regulación no parecen ser suficientes, dada la complejidad de los casos y circunstancias, las normas que para el régimen de la comunidad de bienes se hallan establecidas por modo general en el título 3.º del libro 2.º del Código civil, por lo cual se está en el caso de excepción que previene el último párrafo del art. 392 del mismo cuerpo legal, y en su cumplimiento y aplicación habrán de establecerse pactos o convenios especiales que sin contrariar aquellas normas generales, sino que con fundamento en ellas y dentro del marco de lo prescrito en el art. 1.255 del repetido Código civil, formen un cuerpo de Estatutos u ordenación reglamentaria que haya de regir la administración y actividad total de la entidad colectiva, propietaria de tales inmuebles de tan diversos modos poseídos.

3.—Que, obedeciendo indudablemente a los imperativos que se hacen resaltar en lo que precede, es general la práctica de redactar un conjunto de reglas a modo de Estatutos o Reglamento como regulación jurídico-económica y de convivencia, que comprenden preceptos no solamente encaminados a la adecuada conservación, administración y uso conforme a las ordenanzas públicas de la cosa poseída en común, sino relativos también a ciertas restricciones en el uso de la propiedad privativa, unas en consonancia con la antes citada prohibición del último párrafo del art. 396 del Código civil, y otras, por ejemplo, referentes al establecimiento de industrias incómodas o actividades peligrosas e inmorales, a que aluden algunos preceptos de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, y otras, por fin, atinentes a ciertas normas de conducta dirigidas al respeto y mantenimiento de los principios de buena vecindad que la forzosa convivencia en el edificio común, imperiosamente reclama; Estatutos

o Reglamentos que, ya sean redactados por la persona o Entidad vendedora del inmueble por pisos, e impuestos a los compradores como condición «sine qua non», o por los mismos coparticipes al constituirse en comunidad, son, por lógica e ineludible razón de su finalidad social, de obligada aceptación, con efectos jurídicamente vinculantes por los adquirentes de cada uno de los pisos, produciéndose las resoluciones o acuerdos que en su aplicación y cumplimiento se adopten por todos los comuneros, mediante el régimen de mayorías, con arreglo a lo que previene como norma general el art. 398 del Código civil.

4.—Que en los dos motivos del recurso, sostiene el recurrente, como tesis fundamental común a ambos, que se ha interpretado erróneamente el art. 396 del Código civil, porque la sentencia recurrida ha restringido con exceso las facultades dominicales que el texto del artículo citado atribuye sobre la plena propiedad privativa al dueño del piso adquirido, otorgando, por el contrario, supremacía a las convenciones pactadas que sólo deberían referirse a la regulación del uso de los elementos accesorios en los que existe la comunidad, infringiendo asimismo, en consecuencia, por indebida aplicación, los arts. 392 y 397, también del Código, que no pueden tener el alcance extensivo con que la resolución recurrida los aplica, pero examinados estos razonamientos a la luz de los principios que informan esta nueva institución jurídica, se advierte fácilmente su ineficacia; porque, en efecto, el art. 396 del Código civil, en su nueva redacción, determina con claridad en su párrafo 1.º, cuál es el objeto de dominio peculiar y privativo de cada propietario y cuáles son los elementos sobre los que recae su participación común e indivisa, pero ya en el mismo precepto, en su párrafo quinto, al establecer el derecho de tanteo, y, en el último, al prohibir al dueño la variación esencial del destino o de la estructura de su piso, sin acuerdo de los condueños, no solamente restringe el absoluto uso y disfrute de la propiedad, sino que, al prescribir la intervención de los demás participes en estas restricciones, pone en juego el uso de una comunidad no ya en los elementos accesorios, sino en lo que el recurrente estima como fundamental, que es la propiedad plena y concreta del piso o parte de piso adquirido, y siendo esto así, es indiscutible que no solamente hay comunidad en lo accesorio, sino en algunos matices de lo esencial, y la regulación de todas las dichas facultades ha de considerarse incluida en la norma que contiene el último párrafo del art. 392, esto es, ha de efectuarse mediante convenios o pactos especiales, de tan ineludible cumplimiento por los participes contratantes, como las normas legales que con carácter general el Código establece, y en acatamiento al supremo principio «pacta sunt servanda», y esto es lo acaecido en el caso presente, en que el señor C., al adquirir sus pisos, quedó obligado al cumplimiento de los preceptos reglamentarios de la Comunidad, y no incurrió en error la Sala de instancia al aplicar, interpretándolo correctamente, el último párrafo del art. 392 del Código, en relación con la cláusula 4.ª del Estatuto, comparada por el art. 396, también en su párrafo último, de aquel cuerpo legal, que prohíbe al propietario, sin la aquiescencia de los demás participes del inmueble, la variación del destino de la cosa adquirida, debiendo, por tanto, ser desestimados los dos motivos del recurso.

IV.—Sucesión «*mortis causa*».

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1956—*Testamento ológrafo. No se estima válido o existente si falta la intención de testar («animus testandi in actu»).*

El causante escribió en una hoja de su libreta de apuntes, literalmente, lo que sigue: «Sr. D. Notaro arauste hel labor de a Testamento deste matrimonio bajo las condiciones que aora sedirán solo quedan hel uno al otro sufructuario mientras biban. La parte dela Casa dondebibimos se la queda por heredera a Carmen nona aserlas y el fin Caro siubiere y aperos de labor lo restante selo quedo ami sobrina Manuela o asus descendientes al fallecimiento del ul Timo que nosotros que muera hasta de la casa hes Jacinto Cabrera—esto lofirmooi dia 11 de se Tiembre de 1948 Jacinto Cabrera Rodríguez (rúbrica) Manuel Gómez (rúbrica) Pedro Ruiz (rúbrica).»

Se protocolizó este escrito como testamento ológrafo, y, entablada demanda solicitando su nulidad, el Juzgado lo declaró nulo, por estimarlo un proyecto o minuta dirigida al Notario, no un verdadero testamento. La Audiencia confirmó en lo fundamental la sentencia del Juzgado, y el T. S. rechaza el recurso de casación, basándose en los siguientes razonamientos:

1.—Que es ya conocido, por reiterado, el criterio jurisprudencial, que, a más de proceder con la más prudente cautela para llegar a declarar la validez y eficacia de la especie ológrafa del testamento común a que se refiere el artículo 678 del C. c., y de exigir con rigor el cumplimiento de los requisitos personales y formales que previene el art. 688 del mismo cuerpo legal, habiendo declarado que tales requisitos tienen el carácter de esenciales en el otorgamiento del testamento ológrafo, siendo indispensable su concurrencia para la validez de los mismos, viene sosteniendo que, por ser el testamento un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y por ser el ológrafo la expresión «ad extra» de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el «animus testandi in actu», esto es, la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo, y de manera definitiva, en aquella ocasión, y por ello dijo la sentencia de 8 de julio de 1940 que no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, el «animus testandi in actu» a que antes se alude.

2.—Que la Sala sentenciadora, por la simple lectura del repetido documento, sin otra interpretación que la que revela el sentimiento directo de las palabras consignadas en el mismo, dedujo la conclusión de que no había en dicho causante, al escribirlo, una intención decidida de testar, sino la de dirigirse al Notario para que éste redactase el testamento, no sólo suyo, sino de su esposa, y por ello declara, de conformidad con los pedimentos de la demanda, la nulidad como testamento ológrafo del tantas veces repetido escrito, ajustándose a la doctrina jurisprudencial antes citada.

Otra vez ante el T. S. la «intención de testar» en un supuesto testamento ológrafo. En este caso, el examen del documento, «con la más prudente cautela», que ya es norma en esta materia, ha llevado al juzgador a declararlo nulo. Ello nos trae a la memoria la conocida sentencia de 8 de junio de 1918, en la que se llegó a conclusión distinta, pues se estimó que sí había «animus testandi».

Los antecedentes de este fallo de 1918 son curiosos, poéticos pudiéramos decir, y dignos de recordarse: Existía una vieja carta de amor (de 8 de marzo de 1873) dirigida por la causante a su entonces novio, carta que tenía una hoja en blanco. Cuarenta y dos años después, en 24 de octubre de 1915, ya casada la testadora con el destinatario de la carta, aquella escribió en la referida hoja en blanco el conocido texto. «Peñafiel, 24 de octubre de 1915. Pazcos de mi vida: En esta primera carta de novios va mi testamento, todo para ti, para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde» (rúbrica).

El T. S. entendió, repetimos, que en las expresiones de la carta había una manifiesta voluntad de testar; que las palabras de ella, expresión de acendrado cariño al esposo, constituían una manera entrañable de manifestar dicha voluntad, y que el testamento era válido.

En la aplicación del Derecho, como toda actividad humana, el detalle, el matiz, cobra, con frecuencia, un extraordinario relieve; así, en esta materia del testamento ológrafo, mirado con recelo, con «la más prudente cautela» por la Jurisprudencia.

Concuerdan estas ideas con lo expuesto por Barassi en relación con el Código italiano: Siempre que no exista duda acerca del carácter serio y definitivo de la disposición, ésta puede estar redactada en forma de carta y aun ser enviada a un tercero, con tal que se hubiese entendido hacer un testamento.

También en Derecho alemán, al decir de Kipp, se admite la forma epistolar. En tales casos, añade, uno debe guardarse muy bien de confundir la simple perspectiva de una disposición que se otorgará más tarde, o la comunicación de un proyecto, o la simple explicación de una disposición de última voluntad ya otorgada, con el otorgamiento mismo de ésta. En la fácil posibilidad de tal confusión está el gran peligro del reconocimiento de un testamento en forma de carta.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1957.

Sobre la exención del impuesto de las Sociedades Cooperativas, a tenor de la Ley de 2 de enero de 1942 y su Reglamento de 11 de noviembre de 1943, esta sentencia dice que si en el expediente en que se discutió la procedencia de tal exención no consta haber sido oída la Junta Consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas, el expediente es nulo en cuanto a todas las actuaciones practicadas desde que se cometió la omisión.

Esta Junta se creó por Orden de 27 de enero de 1948, fué ratificada por Decreto de 9 de abril de 1954, y en ella se creó la aludida Junta, con el específico cometido de informar preceptivamente en todas las cuestiones que se susciten sobre la interpretación de las disposiciones fiscales relativas a las Sociedades Cooperativas.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1957.

EL ACUERDO DE ACUDIR A LA TASACIÓN PERICIAL COMO MEDIO DE COMPROBAR EL VALOR DE LOS BIENES, ES DISCRECIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN.

Antecedentes.—Enajenada una casa en Sevilla, en precio de 63.750 pesetas, por medio de escritura pública, la Oficina Liquidadora.

dora giró liquidación, con carácter provisional, sobre la base de 182.850 pesetas, resultante de la capitalización del líquido imponible, y seguidamente requirió a las compradoras para que presentasen la póliza de seguros de la finca, contestando aquéllas que la casa no estaba asegurada.

Es de notar que la casa se componía de planta baja con trece partidos; principal, con dieciséis partidos; azotea y ocho patinillos.

Ante eso, la Abogacía del Estado acordó acudir a la tasación pericial, y el Delegado de Hacienda nombró un Arquitecto del Servicio de Valoración, el cual tasó el inmueble en 354.937,50 pesetas, y fué comunicado esto a las propietarias, con el requerimiento de que designasen otro perito tasador.

En vista del requerimiento, dichas señoras presentaron escrito impugnando la tasación, manifestando que por su pobreza no podían costear los gastos de otra peritación, y pidiendo que la Delegación de Hacienda procediese a nueva peritación, añadiendo que, en todo caso, ofrecían la finca a la Hacienda y al perito tasador por el precio de capitalización del líquido imponible.

La Abogacía del Estado, una vez transcurrido el plazo señalado a las compradoras para que nombrasen perito, acordó que se entendía que estaban conformes con el precio peritado.

El acuerdo fué impugnado ante el Tribunal Provincial por las repetidas señoras, pidiendo la improcedencia del medio extraordinario de comprobación, que se repusiera el expediente al trámite inicial de tasación, que se nombrase de oficio otro Arquitecto tasador, que se incoase expediente para justificación de la alegada pobreza, y ofreciendo la finca al arquitecto que había hecho la tasación, o a quien él designase, en precio de 150.000 pesetas.

Ante tan extrañas pretensiones, el Tribunal Provincial acordó que era procedente la tasación pericial, que carecía de competencia para calificar de excesiva la valoración determinada en la tasación, que el expediente estaba tramitado reglamentariamente, que no podía acceder a la petición de pobreza y que no era competente para conocer del ofrecimiento de venta del inmueble.

No conformes las adquirentes con tal proveído, se alzaron ante el Central; y por Otrosí pidieron que se notificase al arquitecto tasador, por no haberlo hecho el Tribunal Provincial, el ofrecimien-

to de venta antedicho, requiriéndole para que manifestase si lo aceptaba o no.

Aquel Tribunal confirmó en todas sus partes el acuerdo del inferior, diciendo, en cuanto a la pobreza y al ofrecimiento de venta, que eran cuestiones ajenas a su competencia, limitada a revisar los actos de gestión con arreglo a los preceptos del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo; y en cuanto al fondo, reafirmando la pertinencia de la comprobación por el medio extraordinario de la tasación pericial, en concordancia con los artículos 81, 90 y 91 del Reglamento del Impuesto.

Ante la Sala se pidió la revocación del Acuerdo del Central, e improcedente la tasación pericial, o, en otro caso, la reposición del expediente al trámite inicial de dicha tasación.

La Sala, en síntesis, dice que, dado el texto del art. 81 del Reglamento del Impuesto, de 7 de noviembre de 1947, al prevenir que en los casos en que los medios ordinarios de comprobación no den a conocer, a juicio de la Administración, el verdadero valor de los bienes, el liquidador podrá acudir al extraordinario de la tasación pericial; es claro, dice en resumen la Sentencia, que la Oficina Liquidadora procedió acertadamente, y cumplió las prescripciones reglamentarias, y que, en cuanto a las demás peticiones de las demandantes, es asimismo perfectamente ajustada a Derecho la Resolución impugnada.

Comentarios.—Aunque el caso carece de verdadero interés fiscal, por lo que al impuesto que nos ocupa se refiere, hemos querido detallarlo, más como curiosidad que por otra cosa, ante los extravagantes puntos de vista sustentados en el expediente por sus promotoras.

Desde otro punto de vista, cual es el que se refiere al contenido de la demanda dentro ya de la técnica del procedimiento contencioso-administrativo, entendemos, sin menoscabo de reconocer el acierto de la sentencia al desestimar la demanda, que muy bien pudo y debió ser otra la tesis de la Sala, y es ésta: Es incuestionable que el acordar o no el empleo del medio de comprobación extraordinario de la tasación pericial para fijar la base liquidable, es una facultad plenamente discrecional de la Administración, puesto que así lo expresa categóricamente el invocado art. 81, al decir

que se acudirá a ella cuando, «a juicio de la Administración», los ordinarios no den a conocer el verdadero valor de los bienes, y, por consiguiente, a la Resolución impugnada le faltaba uno de los requisitos esenciales exigidos por la legislación de lo contencioso-administrativo para acudir ante la jurisdicción de ese orden, cual es, a tenor del art. 1.º de la Ley en la materia, el de que la Resolución impugnada «emane de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas», con lo cual surge la excepción de incompetencia de jurisdicción, que, a nuestro juicio y de conformidad con el art. 44 de la misma Ley, debió ser acogida de oficio, como puede hacerlo la Sala, sin entrar en el fondo del asunto.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1957.

EL CONSEJO SUPERIOR DE PROTECCIÓN DE MENORES NO ESTÁ EXENTO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES EN SU CONTRATACIÓN, PORQUE TIENE PERSONALIDAD PROPIA INDEPENDIENTE DEL ESTADO.

Antecedentes.— El mencionado Consejo adquirió una casa en compraventa, y pretendió la exención del impuesto, fundado en que es un organismo del Estado, tutelado por el Ministerio de Justicia, y también por el de Hacienda, ya que a la aprobación de éste tiene que someter sus presupuestos, con arreglo al Decreto de 2 de julio de 1948, que es el que contiene el Reglamento orgánico de la Institución.

Tanto la Oficina Liquidadora como los Tribunales Provincial y Central de lo Económico-administrativo, entendieron que no era aplicable la exención del número 2.º del art. 6.º del Reglamento del Impuesto, según la Entidad mencionada pretendía, porque tal exención afecta exclusivamente a «los actos y contratos en que recaiga sobre el Estado la obligación de satisfacer el impuesto»; sin que, por otra parte, esté comprendida la repetida Entidad en ninguna de las restantes exenciones del mismo art. 6.º, las cuales son las únicas aplicables, como así lo previene el art. 7.º del propio Reglamento de manera tajante, al decir que «no podrán declararse exceptuados otros actos y contratos que los taxativamente enumerados en el artículo anterior».

Llevada la contienda ante la Sala, ésta empieza por dibujar brillantemente la fisonomía de las personas jurídicas, creadas por el Estado, pero con propia sustantividad, y dice «que la intervención del Estado en la Economía Nacional y el considerable aumento de los servicios públicos, han determinado una descentralización funcional administrativa, y así han surgido los Establecimientos públicos o Entidades Institucionales caracterizados por la indole de sus finalidades que, aunque intervenidos y controlados por el Estado y dependientes de él, participan de mayor o menor autonomía, integrando la Administración pública corporativa, con separación de la general territorial del Estado, llegando la Ley de 5 de noviembre de 1940 a distinguir entre los Organismos de la Administración, los de personalidad jurídica independiente del Estado, los que cumplen un servicio público dotado de autonomía, y los que gozan de fondos adscritos al cumplimiento de fines especiales total o parcialmente al margen del presupuesto del Estado».

«A estas características, sigue diciendo la Sala, responde la Entidad demandante, a quien se le reconoce en la Ley de 15 de junio de 1942 plena personalidad jurídica, no obstante la dependencia del Ministerio de Justicia, pudiendo, en consecuencia, adquirir, administrar y gravar y enajenar bienes, incluso inmuebles; personalidad igualmente reconocida por la Ley de 2 de julio de 1948, que, además, confiere a la Obra de Protección de Menores, determinada autonomía económica, especialmente en cuanto a la formación de sus presupuestos, distribución e inversión de sus fondos y ordenación de pagos, siquiera sometidos a la fiscalización e intervención del Ministerio de Hacienda, con todo lo que por ostentar la Entidad personalidad jurídica plena y autonomía económica, no es ni puede ser el propio Estado».

De lo antedicho, deduce la Sentencia que reseñamos que, afectando la exención del número 2.º del art. 3.º del Reglamento del Impuesto a los actos y contratos en que recaiga sobre el Estado la obligación de satisfacer el impuesto, no ofrece duda que se refiere al Estado propiamente dicho, en cuanto es Administración General, como Entidad territorial, y no a los órganos administrativos corporativos con personalidad jurídica distinta del Estado, respecto de los cuales se especifica separadamente en el mismo artículo cuáles gozan de exención, con la particularidad de que, al

no comprenderse entre ellas el Consejo Superior de Protección de Menores, es—añade la Sala—porque está sujeto y no exento.

Comentarios.—No los necesita la Sentencia, dada su claridad y precisión, especialmente en cuanto se refiere a la exposición que hace distinguiendo al Estado, en su real y jurídica acepción, de los numerosos entes que la modernísima legislación administrativa estatal ha creado para realizar variedad de funciones y servicios, unos propios de la actividad inherente al Estado y sus fines naturales; otros, sustrayéndoles a la actividad de la iniciativa privada y de la sociedad política. Con ello mermó, por un lado, su campo de acción, y, por otro, lo ensanchó desmesuradamente, invadiendo esferas de acción y de fines con espíritu ampliamente socializante.

Esto dicho, nada es necesario añadir a los razonamientos sustanciales de la brillante Sentencia que anotamos y comentamos. En definitiva, su tesis es que la Entidad demandante, al igual que las numerosas y análogas que el actual régimen estatal español ha creado, tiene personalidad propia perfectamente diferenciada e independiente de la del Estado, siquiera éste se reserve cierta fiscalización y tutela sobre ellas. No es, por consiguiente, el Estado mismo, y si no lo es, no puede invocar con razón derecha la exención fiscal establecida para aquellos actos y contratos en que él es el obligado al pago.

A ello ha de añadirse que no estando comprendida la recurrente en ninguna de las restantes exenciones del art. 6.º del Reglamento, le es aplicable la norma del art. 7.º del mismo texto, que prohíbe declarar otras exenciones que las comprendidas en ese art. 6.º.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1957.

EL CASO DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR, O SEA EN EL DE QUE EL ASCENDIENTE DISPONGA EN SU TESTAMENTO QUE A UNO DE SUS DESCENDIENTES, DECLARADO INCAPAZ, LE HEREDEN EN LOS BIENES DEL CAUSANTE LOS HIJOS DE LOS HERMANOS DEL INCAPAZ, ESTÁ COMPRENDIDO EN EL ARTÍCULO 32-1º DEL REGLAMENTO; ESTO ES, QUE HA DE APLICARSE EL IMPUESTO CON ARREGLO AL PARENTESCO ENTRE EL ASCENDIENTE Y LOS

SUSTITUTOS, NIETOS DEL TESTADOR, Y NO ENTRE EL INCAPAZ Y LOS SOBRINOS QUE LE HEREDAN.

Antecedentes.—Fallecido un cierto señor, se presentó a liquidación su herencia, haciendo constar que la casi totalidad de sus bienes procedían de sus padres, y que había de tenerse en cuenta que éstos habían dispuesto en su testamento que a causa de estar el expresado señor privado de razón, le heredarían los hijos de sus hermanos, sobrinos por tanto del incapaz.

La Abogacía del Estado entendió que los herederos favorecidos con la herencia, sobrinos del incapaz, adquirirían de él los bienes, no obstante la cláusula testamentaria en que habían sido declarados herederos sustitutos, y que al no adquirir de los abuelos instituyentes, la tarifa aplicable era la de colaterales y era también liquidable el impuesto sobre el caudal relicto.

Esta manera de ver las cosas fué impugnada por los sobrinos del incapaz y nietos de los primitivos causantes, diciendo que debía aplicarse el art. 32 del Reglamento, que manda que en las sustituciones se aplique el tipo que corresponda con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante instituyente, sin que, como consecuencia, fuese exigible el impuesto sobre el caudal relicto.

El Tribunal Provincial sostuvo que la sustitución ejemplar implica, según la jurisprudencia, el otorgamiento de testamento por el ascendiente en nombre del descendiente incapaz, y que, por lo mismo, la transmisión hereditaria se producía directamente del incapaz a sus herederos, y éstos, por tanto, en el caso, eran herederos colaterales y, además, sujetos al impuesto sobre el caudal relicto, como tales colaterales.

Planteada la apelación ante el Central, éste sostuvo el acuerdo impugnado, porque si bien el art. 776 del Código civil, al regular la sustitución ejemplar, la encuadra entre las demás sustituciones de sus arts. 777 al 780; y si bien el 670 considera el testamento como acto personalísimo, ello no obstante, ha de entenderse con arreglo a las Sentencias de 6 de febrero de 1907 y 10 de junio de 1941, que la sustitución ejemplar es un testamento hecho por el ascendiente en nombre del descendiente incapaz. Por tanto, aunque el citado art. 32 del Reglamento dice que el impuesto se pagará en cada sustitución, con arreglo al parentesco entre el sustituto y el cau-

sante, es de entender, de acuerdo con esa doctrina, que la sustitución ejemplar no es una simple sustitución, sino un modo de testar en el que el ascendiente sustituye al descendiente incapaz en la facultad de disponer de sus bienes para después de la muerte de éste, y, por consiguiente, concluye el Tribunal Central, no es de aplicar al caso el art. 32 del Reglamento, y ha de entenderse que la adquisición de los bienes por parte de los reclamantes se realizó por herencia de su tío en virtud del testamento que en su nombre y por su incapacidad habían otorgado sus padres.

En síntesis, dice la Resolución impugnada, la sustitución ejemplar es una sustitución de testador y no una sustitución de heredero, y a esto y no a aquella es a la que se refiere el art. 32 del Reglamento, como lo demuestra su propio texto al decir: «Cuando el testador dispusiese de sus bienes...»

A estos razonamientos opone la Sentencia que examinamos, que el tan repetido art. 32 no distingue, según la misma Resolución impugnada reconoce, entre las sustituciones vulgares y las ejemplares; y que si, como es bien sabido, la legislación civil ha de ser tenida necesariamente en cuenta para determinar los conceptos liquidables por el impuesto de que se trata, es lo cierto que en el caso no se encuentra en ella la pretendida diferenciación, dado el contenido del mencionado art. 776 del Código Civil, ni en los demás que regulan las restantes formas de sustitución; a lo que ha de añadirse que el art. 670 del mismo campo legal define el testamento como un acto personalísimo que no puede dejarse en su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de mandatario o comisario.

En su consecuencia, la Sala accede a la demanda y revoca la liquidación impugnada, ordenando que se practique otra con arreglo al parentesco entre ascendientes y descendientes de segundo grado, o sea entre los padres del incapaz y los sustitutos del mismo, sobrinos de éste y nietos de aquéllos.

Comentarios.—Simplificando los antecedentes y el tema, la cuestión a resolver es ésta: en el caso de una sustitución ejemplar, cuando el sustituto hereda, ha de entenderse que adquiere del incapaz sustituido, o más bien del ascendiente que, teniendo en cuenta esa incapacidad, designó al sustituto o sustitutos.

En el caso que se estudia, los sustitutos eran descendientes de los hijos de los causantes sustituyentes, o sea de los hermanos del incapaz, y, por lo mismo, eran sobrinos de éste. Por consiguiente, según se siga uno u otro criterio, el tipo aplicable será distinto: si heredan como nietos de los instituyentes, les será aplicable el número 30 de la Tarifa y estarán exentos del impuesto sobre el caudal relicto—sobre el que también se discutía—, y si heredan del tío a quien sustituyen, el número de Tarifa aplicable será el 36, como colaterales de tercer grado, y estarán sujetos a dicho impuesto.

Así, planteado el problema, se ve a primera vista que es sustancialmente de puro Derecho civil, y al enfrentarlo con la forma de aplicarle el impuesto, surge el jurídico-fiscal, que es este otro: ¿cómo aplicarle el art. 32 del vigente Reglamento del Impuesto al disponer que «cuando el testador dispusiese de sus bienes, sustituyendo unos herederos a otros, se pagará el impuesto en cada sustitución con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante?»

Esta sustitución ejemplar, a diferencia de la vulgar, de la pupilar y de la fideicomisaria, tiene singulares caracteres que la diferencian notablemente de ellas. Sin entrar ahora, ya que no es momento, en la disquisición de la doctrina sobre si alcanza a los bienes del causante instituyente o solamente a los del hijo sustituido, si es de tener presente que en Roma nació como facultad de hacer testamento por el hijo privado de mente sana o con incapacidad natural para tutar, y que con estas mismas características la reprodujeron las Partidas y también el Código Civil, como afirma CASTÁN, sin que del contexto de los artículos que dedica a esta materia, que van del 774 al 780, se pueda deducir nada en contrario.

Este antecedente histórico está categóricamente proclamado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 1907, afirmando que esta sustitución ejemplar o cuasi pupilar implica «la facultad otorgada por la Ley al ascendiente *para testar por y en nombre del descendiente*, para el caso de que, siendo éste incapaz, muera en tal estado», añadiendo que, existiendo un testamento de la madre en sustitución del hijo, no se podrá estimar que éste hubiera muerto intestado, «porque tal testamento produce los mismos

efectos que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia», cuya doctrina la reafirma la Sentencia de 10 de junio de 1941.

Los recurrentes heredan, pues, en virtud del aludido testamento de su tío, el incapaz mental, directamente a éste, y no de sus abuelos, en virtud de la sustitución por ellos establecida. Y la prueba de que así lo entendieron los demandantes nos la dan ellos mismos con sus propios actos, desde el momento en que, con arreglo a la tesis suya y la de la Sentencia de que se trata, no hubieran heredado o adquirido, en virtud del testamento de los abuelos, los bienes *privativos* de su tío, falto de razón, y hubieran tenido que promover, en cuanto a ellos, la declaración de herederos abintestato, cosa que no hicieron.

Así, enfocada la cuestión, parece razonable y defendible la tesis de la Resolución del Central frente a la de la Sentencia que comentamos, al sostener que la sustitución ejemplar no está comprendida en el art. 32 del Reglamento cuando prevé que el testador disponga de *sus bienes* y que éstos pasen de su patrimonio al de los sustitutos, con arreglo a los llamamientos que él determina, puesto que, según lo razonado, en dicha sustitución pasan los bienes del sustituido, *merced a su testamento*, de su propio patrimonio al de las personas que él designa, siquiera esa designación sea hecha en su nombre por quien está facultado para ello, en virtud de especial prescripción legal.

En gracia a la sinceridad, hemos de decir que, junto a los razonamientos que acabamos de exponer, de inegable fuerza lógica y jurídica, milita el que la Sentencia esgrime cuando nos dice, con invocación del art. 670 del Código civil, que el testamento es un acto personalísimo, que ni en todo ni en parte se puede dejar al arbitrio de tercero, con lo cual quiebra la teoría de que la sustitución ejemplar equivale a un testamento del incapaz, hecho en su nombre por el padre o el ascendiente del privado de razón; y terminamos reconociendo que la solución, en uno u otro sentido, no deja el ánimo satisfecho, sino más bien perplejo, porque parece que el fiel de la balanza, entre los platillos de los dos razonamientos, no se inclina con decisión a favor de uno de ellos.

Sentencia 21 de octubre de 1957.

Sostiene y reproduce la doctrina iniciada en la Sentencia de 4 de octubre del 44 y reiterada en las de 8 de enero y 9 de mayo del mismo año de 1957. Según esa doctrina, la verdadera interpretación del apartado 1) del art. 59 del Reglamento del Impuesto, en relación con el art. 15 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo de 29 de julio de 1924, es que las personas que pueden instar contra la procedencia de una liquidación, o sea que tienen acción, son aquellas que tienen interés directo en la exacción, aunque la liquidación no esté girada a su nombre y aunque el citado apartado 1) del art. 59, diga que el impuesto lo satisfará el adquirente, cualesquiera ue sean las estipulaciones en contrario que establezcan las partes entre sí.

El problema se presenta con relativa frecuencia, especialmente cuando se da el pacto que impone al transmitente la obligación de pagar el impuesto. En tales casos, como la liquidación se gira, salvo los casos de excepción, al adquirente, éste es el titular de la liquidación y no el transmitente, por donde, a primera vista, puede parecer que el segundo no es llamado a recurrir; pero en el momento en que se repara en el indudable interés que él tiene en la procedencia o improcedencia de la liquidación, es forzoso concluir que, puesto que tiene un legítimo interés, éste necesariamente está jurídicamente protegido por la Ley, y de esta protección forzosamente nace la correspondiente acción.

Sostener lo contrario sería tanto como incurrir en la herejía jurídica de admitir que puede existir un interés lícito y legal y, por tanto, un derecho, sin la protección que las leyes les otorgan, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes ante los Tribunales de Justicia.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.