

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXIII Noviembre - Diciembre 1957 Núms. 354-355

La aeronave y su situación registral (★)

(Conclusión)

Registro de la Propiedad Aeronáutica

«El desarrollo de los modernos Registros de la Propiedad es coetáneo a la implantación de las modernas constituciones políticas. La filosofía del siglo XIII había creado el hombre natural—el hombre de la naturaleza—, el hombre naturalmente bueno de los enciclopedistas, que nacía con derechos—derechos innatos—y al que había que garantizar no sólo los innatos, sino también los derechos adquiridos. Ese hombre, en el Tratado de las personas era libre y soberano y en el Tratado de las cosas era propietario. Había que garantizarle sólidamente todo ello: en el Derecho público, con las «Declaraciones de Derechos» y las «Constituciones políticas»; en el Derecho privado, con el principio de publicidad y el Registro de la Propiedad... El orden civil... crea como sujeto civil especialmente protegido el titular inscrito, el acreedor hipotecario, el tercero registral... Es la misma trayectoria de evolución: frente a las gran-

(*) Véase el número anterior de nuestra Revista.

des elaboraciones históricas, racionalismo cartesiano en Filosofía, racionalismo político en Derecho público, racionalismo hipotecario en Derecho civil... Todo ello es lo subconsciente, la infraestructura de los modernos sistemas hipotecarios. La historia de sus antecedentes germanistas no es más que el motivo de legitimación o justificación de imperiosas tendencias de política económica y legislativa» (182).

I. CONSIDERACIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL

Al iniciar esta nueva fase de nuestro trabajo, hemos querido ensanchar la mirada y sentar una serie de premisas, sin las cuales no era posible centrar la atención. Porque el Registro de la Propiedad Aeronáutica supone previamente el Registro de la Propiedad mueble, y éste, a su vez, el Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad por excelencia.

Las palabras de NÚÑEZ LAGOS que hemos transcrito, constituyen un punto de partida sobre el que es preciso fijar la atención. En la configuración del Registro de la Propiedad hay algo más que la consecuencia de un lento devenir histórico. El Registro es el resultado de una concepción total de la vida jurídica, inspirada en principios filosóficos. Partiendo de la concepción escolástica del Derecho, entendido como una ordenación dirigida al bien común, tal vez mereciera la pena hacer un estudio que pudiera titularse Registro y Bien Común.

Es preciso desechar por inadecuada, dice GALLARDO RUEDA (183), la teoría que considera al Registro en función de la tutela de intereses meramente privados y situar el centro de gravedad «en el principio de seguridad jurídica general»; en contribuir poderosamente a crear esa necesaria conciencia pública de que, al menos en las relaciones jurídicas inmobiliarias, se puede conocer de un modo fácil y seguro el «status» vigente (184).

De la tesis iusnaturalista tradicional, libertad dentro del orden,

(182) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Realidad y Registro». 1945, págs. 2 y 3.

(183) GALLARDO RUEDA, Arturo: «El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica». 1951, págs. 150 y 151.

(184) El primer fin que atribuye ROCA SASTRE al Registro de la Propiedad inmueble es el de robustecimiento de la seguridad jurídica. Ob. citada. Tomo I, pág. 18.

se había entendido perfectamente el primer término con un peligroso olvido del segundo, que hoy tiende a recobrar su lugar. La fórmula de equilibrio en la esfera de los derechos reales debe proporcionarla el Registro. Esta función registral, como medio de lograr la seguridad y la paz en las relaciones jurídicas, de carácter inmobiliario principalmente, se pone de relieve cada vez con mayor frecuencia (185).

Hemos trazado en líneas generales la importancia del Registro de la Propiedad, su función, las exigencias a que responde, pero todo ello referido a las relaciones inmobiliarias. Con ello hemos dado el primer paso; ahora podemos formularnos una segunda pregunta. Lo que llevamos dicho sobre el Registro de la Propiedad inmueble, ¿podría aplicarse a un Registro de la Propiedad mueble? Adviértase que hemos centrado la función registral en la protección del interés general más que en la protección de intereses exclusivamente privados. Si sustituimos a este respecto la distinción entre bienes muebles e inmuebles por la de bienes susceptibles de publicidad material y de publicidad formal (186), la respuesta será fácil de obtener. Cuando los bienes muebles reúnan caracteres adecuados para gozar de esta última publicidad (187), podrán ser objeto de registración y, en consecuencia, serán aplicables las consideraciones anteriores. La posibilidad de la existencia del Registro de muebles—dice ALAS (188)—la prueba el hecho de su funcionamiento regular en diferentes países. Esto es cierto, innegable, pero como todo argumento empírico, «a posteriori», a pesar de su contundencia, no satisface, porque se mueve en el terreno puro del ser, sin penetrar en el más elevado del deber ser.

«La verdad es—dice COSSIO (189)—que no hay acto jurídico sin una forma determinada, y que ésta es, por lo tanto, esencial al acto que mediante ella se constituye. Lo que ocurre es que el concepto,

(185) «Bien puede afirmarse que donde funciona el Registro se aminora la jurisdicción contenciosa... Y es que, en definitiva, el sistema de Registro para la propiedad inmueble es un proceso higiénico de sanidad preventiva, susceptible de convertirse en los casos patológicos en terapéutica de urgencia.» Ramón de LA RICA, ob. cit., pág. 65.

(186) Ver en páginas anteriores el epígrafe «La aeronave, bien registrable».

(187) Ver en páginas anteriores el epígrafe «La aeronave, bien registrable».

(188) ALAS, Leopoldo: Ob. cit., pág. 240.

(189) COSSIO Y CORRAL, Alfonso de: «Instituciones de Derecho Hipotecario».

o, por mejor decir, el carácter de la forma, ha variado con el transcurso del tiempo.» Estas palabras del Catedrático de la Universidad de Sevilla nos plantean la cuestión de si los derechos del propietario sobre los muebles no están ya suficientemente protegidos por la forma elemental de la posesión o necesitan aún de una forma más eficaz. Tal vez pueda afirmarse que en la mayor parte de los casos, no en todos, la posesión basta para proteger al propietario, pero hay muchos otros en los que el propietario no disfruta de la posesión de la cosa, y, lo que es más grave, pueden existir terceros con derechos sobre la cosa poseída por el propietario, carentes de una tutela eficaz.

Para proteger al propietario que se ha desprendido de la cosa mueble se ideó el sistema de las marcas efectuadas sobre la misma. Pero se abandonó pronto por ineficaz, pues si las marcas no eran constitucionales con la cosa sobre la que se habían puesto, podían ser fácilmente eliminadas, con la consiguiente ineficacia; y en caso contrario, si el bien marcado de un modo indeleble se enajenaba, el adquirente legítimo del mismo quedaba colocado en una posición desagradable ante tercero (190).

HUBER ha estudiado con gran profundidad la importancia y significado que tiene la forma en el Derecho, indicando como una de ellas la inscripción en los Registros públicos, cuyos efectos son de índole muy varia (191). Observamos que la forma que proporciona la inscripción no siempre atiende a la publicidad exclusivamente, sino que en ocasiones reviste carácter constitutivo.

De lo expuesto resulta que el actual régimen de la propiedad mobiliaria no es satisfactorio. Si la tendencia favorable a la inscripción de los inmuebles es cada vez más fuerte, no hay motivo para que a los muebles se les dé un trato distinto. La única diferencia está en que si en los primeros no será precisa ninguna distinción, en los segundos habrá que determinar cuáles son susceptibles de publicidad formal. Con el actual criterio, la función social de la propiedad mobiliaria será irrealizable. Es un interés social y no meramente privado el que demanda la reforma radical que apuntamos, aunque, como es lógico, el propietario será el primer beneficiado con el cambio de sistema, cuyo crédito, entre otros efectos, se ampliará necesariamente. Para el fomento del crédito se dictaron recientemente en

(190) ALAS, Leopoldo: Ob. cit., pág. 238.

(191) HUBER, Eugenio: «Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado». 1919. pág. 70 y siguientes.

nuestra patria las disposiciones sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Pero, ¿no podría darse un mayor impulso al Registro de muebles, convirtiéndole en un auténtico Registro de la Propiedad y no en un mero Registro de cargas? Nosotros entendemos que para cierta clase de muebles sería posible. En ese momento será preciso determinar la naturaleza y efectos de la inscripción, que en el Derecho español, y referido a la propiedad inmobiliaria, no tiene aún una solución satisfactoria. No podemos olvidar, sin embargo, esperanzados, que el Registro de la Propiedad en España fué en su origen un Registro de cargas y gravámenes.

El Registro de la Propiedad inmueble institucionalmente es uno, aun cuando esté organizado en una pluralidad de oficinas, necesarias para su mejor funcionamiento. El Registro de muebles, dada la diversa naturaleza de los mismos, forzosamente tiene que ser vario. SANZ (192) reduce a tres los criterios que pueden presidir su organización :

- a) Fundamental, no sólo para las relaciones jurídicas sobre los bienes, sino para su misma existencia (Registro de la Propiedad intelectual e industrial).
- b) Fundamental para todas las relaciones jurídicas sobre los bienes (Registro de buques).
- c) Necesario únicamente para hacer constar los gravámenes que se impongan sobre los mismos (Registro de prenda industrial).

II. SECCIÓN DE AERONAVES EN EL REGISTRO MERCANTIL

1. *Su creación.*—Ni en el Código de Comercio, ni en el Reglamento Mercantil de 1919, se encuentra ninguna disposición relativa a las aeronaves. Ello es lógica consecuencia de la escasa importancia que ofrecían entonces en este sector del Derecho. El primer intento legislativo realizado para llevarlas al Registro aparece en la Base V de la Ley de 27 de diciembre de 1947 para la redacción de un Código de Navegación Aérea, la cual establece que en los Registros Mercantiles se creará una sección «destinada a la inscripción de las aeronaves y de los actos jurídicos relativos a las mismas».

La insuficiencia de la Base citada, que supeditaba a la publicación del Código la creación de la nueva sección en el Registro, se puso de manifiesto en el decurso de los años, especialmente en el momento en que la aeronave fué admitida como objeto de garantía hipotecaria, llegándose incluso a la situación anómala de que la legislación sobre hipoteca mobiliaria resultaba inaplicable en materia de aeronaves, al no existir en el Registro la sección correspondiente (193).

En nuestra tesis doctoral llamamos la atención sobre este particular, y ante la lentitud con que forzosamente se produce la Comisión de Codificación Aeronáutica (194), dado el arduo trabajo que tiene sobre sí, manifestábamos la urgente necesidad de que se dictase una disposición especial, bien de vigencia transitoria, que pudiera ser recogida posteriormente en el Código, o de carácter definitivo, a la cual podría remitirse en su articulado. En el proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria—señalábamos—encontramos un modelo nada despreciable. En principio, la materia referente a hipotecas y transmisión de la propiedad inmueble iba incluida en el proyecto de Código civil, pero ante el fracaso del proyecto de 1851, «y teniendo en cuenta que la codificación civil era cuestión de tiempo y mucha meditación, el Gobierno... aceptó la idea de desglosar... la materia..., formándose una Ley especial que regiría hasta que el Código estuviese definitivamente formado, y dentro del cual aquella materia quedaría incluida» (195). Así surgió nuestra primera Ley Hipotecaria, cuyos preceptos, no obstante, no fueron incorporados al Código cuando éste se publicó.

La creación en el Registro Mercantil de la Sección de Aeronaves es reciente y se ha realizado por Decreto de 14 de diciembre de 1956, que aprueba el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, en cuyo preámbulo se dice que «respecto a las aeronaves se ha creado una nueva sección en el Registro, donde ha de reflejarse su vida jurídica», y cuyo art. 1.º incluye a las aeronaves al determinar el ámbito objetivo del Registro Mercantil.

Declarada legalmente la aeronave como bien susceptible de publicidad formal, el legislador ha establecido en el art. 177 del Regla-

(193) CAMY S. CAÑETE, Buenaventura: «Comentario a la Ley de Hipoteca Mobiliaria». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. 1956, páginas 352 y 521.

(194) Creada por Decreto de 10 de febrero de 1940.

(195) ROCA SASTRE, Ramón. Ob. cit., tomo I, págs. 54 y 55.

mento que en el Registro Mercantil de la provincia donde hubiere matrícula de aeronaves, se abrirá una sección especial, criterio subrayado en los arts. 7.º y 14. Esta fórmula, que en apariencia se separa del sistema seguido respecto al Registro de Matrícula, la juzgamos de una gran habilidad. En efecto, el Registro de Matrícula es único y está centralizado en la Dirección General de Aviación Civil, dependiente del Ministerio del Aire. Por ello, y de momento, la nueva sección se abrirá en el Registro Mercantil de Madrid, único en cuya provincia existe matrícula de aeronaves; pero si en un futuro más o menos próximo el incremento de nuestra aviación aconsejase descentralizar la matrícula, de un modo análogo a lo que sucede con los buques, se irán abriendo nuevas secciones, sin necesidad de modificar el texto reglamentario.

2. *Naturaleza de la inscripción.*—A diferencia de lo que sucede respecto a la matrícula, no es posible señalar en este punto un criterio uniforme. Los actos jurídicos privados referentes a las aeronaves—fundamentalmente actos de transferencia de propiedad y gravámenes—pueden realizarse de espaldas al Registro, recibir de él un mayor vigor e incluso necesitar de la inscripción como de uno de sus elementos constitutivos.

La primera dificultad que surge es la falta de precisión terminológica que se observa en los preceptos legales, lo cual siembra de oscuridad una materia de por sí poco clara.

A) Derecho comparado.

El Registro Aeronáutico inglés, lo mismo que el suizo, finlandés y sueco, sólo tienen efectos de derecho público y cierran sus libros a todos aquellos actos ajenos a la matrícula. La Cámara de Comercio Internacional, en su reunión de 1931, rechazó la inscripción de los actos de trascendencia real afectantes a las aeronaves por entender que, de lo contrario, el comercio de aviones resultaría entorpecido, y que siendo preciso, en cada caso, un estudio minucioso de la titulación, se precisaría personal especializado, cuya preparación sería difícil de conseguir.

En Italia, el art. 865 del Código de la Navegación dice que «los documentos en que se constituya, transmita o extinga la propiedad u otros derechos reales sobre aeromóviles o sobre participaciones, deberán hacerse públicos en el Registro Aeronáutico nacional». Las

palabras empleadas descartan la eficacia constitutiva de la inscripción, puesto que los derechos se han constituido fuera del Registro que se circunscribe a los límites de la publicidad, pero no en el único sentido de perjudicar a los terceros, quienes no podrán ya alegar ignorancia, sino en un sentido más amplio de publicidad general (que comprende a aquél), y que viene a convertir la inscripción en obligatoria.

En el Código Aeronáutico argentino de 15 de junio de 1954, aunque las expresiones de su art. 49 no sean muy felices, la inscripción parece tener carácter constitutivo. Dice el artículo que comentamos que las transferencias de dominio de las aeronaves, así como todo acto jurídico relacionado con las mismas y previsto en el artículo 38 (196), «no quedan perfeccionadas entre las partes, ni producen efectos contra terceros, si no van seguidos de la inscripción en el Registro nacional de aeronaves». Es decir, la inscripción se eleva a la categoría de requisito «sine qua non» para la perfección de los actos jurídicos que se mencionan. Referirse a los terceros es abundar en una cuestión innecesaria. Así lo da a entender la Exposición de Motivos del proyecto de Código Aeronáutico de 28 de septiembre de 1955. Entendemos que la inscripción posterior no convalida retroactivamente los actos de transferencia o gravamen, sino que provoca su nacimiento.

Las legislaciones uruguaya y libanesa desenvuelven sus preceptos por los cauces de la nulidad y la eficacia. El Código de legislación aeronáutica del Uruguay, de 3 de diciembre de 1942—art. 97—, dispone que la compraventa de aeronaves deberá hacerse constar por escrito «y el contrato se inscribirá, so pena de nulidad, en el Registro nacional de aeronaves». La Ley del Líbano, de 11 de enero de 1949, establece en su art. 18 que la transferencia de propiedad de aeronaves, por cualquier medio, debe ser inscrita en el Registro. «La transferencia de propiedad no tiene efectos sino a partir de su registración.»

Con efectos de oponibilidad a terceros se configura la inscripción en las Leyes venezolana y francesa. La primera, de 12 de abril de 1955, dispone en su art. 62 que la transferencia de la propiedad y

(196) Los actos de trascendencia real son los expresados en los números 1.º y 2.º. Todo documento, acto, contrato o resolución que acredite la propiedad de la aeronave, lo transfiera, extinga o modifique. Los gravámenes o interdicciones que pesen contra las aeronaves o se decreten contra ellas.

los gravámenes que se impongan a las aeronaves «deben hacerse constar en el Registro aéreo, sin lo cual dichos actos no producirán efectos respecto a terceros». En Francia, la Ley de 31 de mayo de 1924, complementada por el Decreto de 3 de febrero de 1955, que deroga al de 13 de octubre de 1926, establece en su art. 12 que la transferencia de la propiedad de aeronaves deberá constar por escrito, que se inscribirá en el Registro, sin cuyo requisito no producirá efecto respecto a tercero.

En Estados Unidos (197), según el texto de la Sentencia 503 del Civil Aeronautic Act de 1938, las ventas y derechos de garantía y otros derechos reales sobre aeronaves no son oponibles a terceros de buena fe sino cuando han sido inscritos en la Recordatio Division C. A. A., en Wáshington. Ello contrasta con los efectos de derecho público que se atribuyen únicamente al Registro; algunos Estados exigen la inscripción en un Registro local, especialmente cuando se trata de aeronaves que sólo efectúan vuelo en el interior de los mismos.

Estas son, en síntesis, las posiciones más representativas mantenidas por las diversas legislaciones en torno a la inscripción. Veamos ahora nuestro Derecho.

B) Derecho español.

Importa destacar el absoluto antagonismo existente entre la Ley de Bases de 1947 y el Reglamento del Registro Mercantil para poner de relieve el cambio trascendental que sobre este particular se ha operado en la última disposición.

La Base V de nuestra Ley, tantas veces citada, al referirse a la inscripción en el Registro Mercantil de las aeronaves y de los actos jurídicos referentes a las mismas, dice que «la inscripción será voluntaria, salvo en los casos en que la Ley o el Código dispongan otra cosa». De esos casos, la Ley se refiere solamente a uno, en la Base XIV, la cual indica que «para que la hipoteca quede válidamente constituida será precisa su inscripción en el Registro Mercantil».

Siguiendo las líneas generales de la inscripción en nuestro sistema inmobiliario, se establece aquí un supuesto normal y otro excep-

(197) Cita de Bernard HOFFSTETTER en «L'hipoteque aerienne». 1950. Página 147.

cional. La inscripción de aeronaves en el Registro Mercantil tiene por objeto declarar un cambio jurídico operado extrarregistralmente, y en el momento en que se practica el asiento, el Registro se pone de acuerdo con la realidad que existe a su margen, es decir, la inscripción tiene sólo valor declarativo. Unicamente en los casos de hipoteca es preciso, para que ésta exista, la inscripción en el Registro, inscripción que, por tanto, es constitutiva (198).

La vigencia en nuestro Derecho de la teoría del título y el modo en materia de transmisión de bienes es de carácter incuestionable. El art. 609 del Código civil dice que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquiere y transmite... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Dentro, pues, del ámbito reducido a que el Código civil limitó esta teoría, no cabe duda de que las transmisiones de bienes por contrato requieren, además de éste (títulus), de la tradición (modus). La circunstancia de que en el propio Código la tradición se haya espiritualizado en grado sumo—art. 1.462—no contradice esta teoría, sino que facilita su desenvolvimiento. Este principio, esgrimido por nuestros hipotecaristas cuando afirman que en base de él la inscripción en nuestro Derecho es declarativa, a excepción de la hipoteca, es de íntegra aplicación al ser referido a las aeronaves.

El art. 609 se refiere a los actos de adquisición y transferencia de la propiedad y demás derechos sobre los bienes, sin distinción entre muebles e inmuebles. La aeronave es un bien; por tanto, mientras no se modifique este principio con carácter general o se excepcione en la esfera aeronáutica, estará en vigor. Ni la modificación general, ni la excepción específica, se han producido hasta el momento. Así, pues, los actos de transferencia realizados por contrato, para que puedan tener acceso al Registro, necesitan de la tradición, puesto que sin ella la transferencia no se produce. Las siguientes palabras de ROCA SASTRE, referidas a los inmuebles, valen también para las

(198) «Es constitutiva la inscripción cuando la misma es requisito necesario o «sine qua non» para que la transmisión del dominio (de inmuebles) o la constitución o transmisión de un derecho real (inmobiliario) se produzca. Es declarativa la inscripción cuando la misma no es necesaria para que tal transmisión se opere, pues se limita a publicar una transmisión o constitución que ya ha tenido lugar con anterioridad.» ROCA SASTRE, op. cit., tomo I, pág. 151.

No es éste el momento para entrar en el estudio de ambas clases de inscripciones, ni en la polémica sobre el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca. Véase ROCA SASTRE (loc. cit.), cuya opinión suscribimos íntegramente.

aeronaves: «para que sea posible la inscripción es necesario un acto de transferencia, y para que haya transferencia es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición» (199).

GAY DE MONTELLA (200), tras de afirmar que la inscripción de aeronaves no puede suplir a la tradición, añade, no obstante, que el artículo 355 de la Ley Hipotecaria, al establecer con carácter radical la inadmisibilidad de los títulos referentes a derechos reales registrables, no registrados, hará ilusoria la tutela de tales derechos cuando se pretenda conseguirla a través de los Tribunales, «si no se hubieran inscrito en el Registro Mercantil los títulos en los que se haga constar dichos actos».

Aparte de algunas consideraciones de menor cuantía—como la nueva redacción del precepto en la vigente Ley de 8 de febrero de 1946, que ha pasado a ser el 313, y en el que la inadmisión plena se ha transformado en gradual, así como su ineficacia práctica, llegándose a escribir de él, a raíz de su publicación, que estaba condenado a ser letra muerta—, entendemos que es inaplicable a las aeronaves. Es cierto que en el primitivo art. 355, como en el vigente 313, se habla de derechos reales sujetos a inscripción, sin referirlos a bienes muebles o inmuebles, pero ello no autoriza a dudar de que se trata de un precepto referido a inmuebles. Esto es claro, pues la Ley Hipotecaria regula el régimen de los derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad, y esos son únicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles (arts. 605 del Código civil y 1.º de la Ley Hipotecaria) (201).

(199) ROCA SASTRE, Ramón: *obt. cit.*, tomo I, pág. 164.

(200) GAY DE MONTELLA, Rafael: «Personalidad de la aeronave y publicidad aeronáutica en la legislación española». 1949.

(201) En el Título V del Reglamento derogado del Registro Mercantil, relativo a la inscripción de sociedades, dispone el art. 115 que siendo obligatoria su inscripción, los Jueces y Tribunales y las Oficinas públicas no admitirán documento alguno referente a las sociedades de los que se hallan comprendidos en el art. 112 de ese Reglamento sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil. Los Notarios rechazarán también los documentos que no cumplan este requisito, cuando a la vista de ellos debieran autorizar el otorgamiento de cualesquiera ctros, en los cuales habrán de hacer constar la inscripción de aquéllos, expresando el número de la hoja, tomo y folio en que se hubieran inscrito. El art. 150 del mismo Reglamento remite al art. 115 respecto a los documentos referentes a los buques que se hallen sujetos a inscripción.

La inadmisión documental que hemos mencionado—escribíamos en nuestra tesis doctoral—no será aplicable respecto a las aeronaves si al regular su inscripción no se hace expresamente la declaración oportuna, puesto

En definitiva, hay que concluir que en la fecha en que escribía GAY DE MONTELLA—1949—, la inscripción aeronáutica prevista en el Registro Mercantil no tenía carácter forzoso, sin que ni siquiera en hipótesis pudiera pensarse en que los organismos públicos debieran rechazar los títulos relativos a derechos registrables sobre aeronaves, aunque los mismos no hubiesen sido inscritos.

Con anterioridad a la publicación del vigente Reglamento del Registro Mercantil, resultaba extraño el diverso criterio sustentado en orden a la naturaleza de la inscripción de aeronaves y buques, tanto más cuanto que entre ambos existe una gran analogía de naturaleza jurídica. Para las primeras—ya hemos visto—, la inscripción era voluntaria, mientras que para los segundos tenía carácter obligatorio (arts. 17 y 22 del Código de Comercio y 149 del Reglamento derogado del Registro Mercantil). La inscripción del buque no es constitutiva, no suple a la tradición en los actos de adquisición y transferencia que están sujetos al juego del título y el modo en la misma forma indicada anteriormente para las aeronaves, pero su obligatoriedad no queda reducida a una mera declaración legal, sino que está sancionada indirectamente, al exigirse que entre los documentos de a bordo necesarios para emprender un viaje figure la certificación del Registro Mercantil, acreditativa de la propiedad del buque y de las cargas que sobre él pesan, y haciendo responsable al Capitán del incumplimiento de este requisito (arts. 612 del Código de Comercio y 159 y 166 del Reglamento derogado del Registro Mercantil). La Base V de la Ley exige tan sólo que entre los documentos de a bordo figure el título de propiedad de la aeronave, prescindiendo, lógicamente, de la certificación del Registro Mercantil.

Publicado el nuevo Reglamento, la situación ha cambiado radicalmente. El art. 179 establece que «se inscribirán obligatoriamente en el Registro Mercantil las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen o puedan destinarse a fines industriales o mercantiles». El art. 183, consecuente con el criterio anterior, añade que en la documentación que debe llevarse a bordo figurará siempre la certificación del Registro Mercantil, la cual deberá presentarse en él cuando se transmita, limite o grave la propiedad de la aeronave, para hacer constar en aquélla los asientos practicados.

que no se trata de preceptos de carácter general, sino de aplicación concreta a buques y sociedades.

Son muy escasas las disposiciones que sobre aeronaves contiene el Reglamento, en cuyo art. 90 establece que en lo no regulado expresamente en el Título VI («De la inscripción de las aeronaves») se aplicarán, entre otras, las relativas a buques, «de similar trato jurídico», como se reconoce en el preámbulo. El art. 147 determina que la inscripción de buques en el Registro Mercantil es obligatoria, y añade a continuación que lo dispuesto respecto a documentos referentes a sociedades en los arts. 94 y 95 se aplicará igualmente respecto a los documentos referentes a buques sujetos a inscripción. Por ello juzgamos aplicables ambos artículos a las aeronaves.

El art. 94 se refiere a las advertencias legales que deben hacer los Notarios que autoricen documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil, y el art. 95 a la inadmisión por los Jueces, Tribunales y Oficinas públicas de los documentos registrables no registrados. La inadmisión se extiende a los Notarios, que a la vista de ellos debieran autorizar cualesquiera otros, debiendo hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos.

El régimen vigente es, pues, el de inscripción obligatoria e inadmisibilidad documental, derivada de los preceptos reseñados. El carácter obligatorio de la inscripción se refiere a todas las aeronaves de propiedad privada y nacionalidad española, con independencia de su actual dedicación, pues basta que el destino, a fines industriales o mercantiles, sea potencial. Ahora podemos formularnos la pregunta de si quedan comprendidas todas esas aeronaves o es necesario hacer alguna distinción. Este es el problema que abordaremos en el apartado siguiente.

3. *Base de la inscripción.*—La inscripción se apoya sobre un sustrato real y objetivo constituido por la aeronave. A diferencia de la Ley de Bases, en la que no se da un concepto de aeronave, el vigente Reglamento del Registro Mercantil, en su art. 178, entiende por tal, y para los efectos del mismo, toda construcción destinada al transporte de personas o cosas, capaz de mantenerse y moverse en el aire, sea más o menos ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores. Como la existencia de los últimos requisitos resulta indiferente, podrían perfectamente haberse suprimido, sin que el significado del precepto hubiera padecido. Pero, a nuestro juicio, hay algo más importante que merece subrayarse, y es el limitado con-

cepto que de la aeronave ha tenido el legislador, y que podemos concretar en los siguientes puntos :

1.º Es preciso que la construcción sea capaz de mantenerse y moverse en el aire. Ambas notas deben concurrir simultáneamente, como expresa la conjunción copulativa que las une. Con ello se aparta de la fórmula empleada en el art. 44 del Real decreto de 25 de noviembre de 1919, que expusimos al referirnos a la definición de aeronave en la legislación española.

2.º Sólo serán inscribibles las construcciones destinadas al transporte de personas o cosas. Entre los varios caminos a seguir se ha optado por el del transporte, dejando a un lado el de la navegación, que nosotros hemos juzgado, anteriormente, más acertado. Téngase en cuenta que no se alude al transporte mercantil, sino al transporte considerado como un simple hecho de carácter dinámico y abstraído de cualesquiera consecuencias jurídicas (202). A ellas se refiere el art. 179 del propio Reglamento—comentado en el epígrafe anterior—para determinar la obligatoriedad de la inscripción.

Más acertada nos parece la redacción del art. 146 del Reglamento relativo a los buques, que al determinar los que se reputan tales, considera como elemento definidor el destino a la navegación, ya sea de altura o cabotaje, si bien, con amplio criterio, incluye a cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial.

De momento, ese estrecho concepto de aeronave no planteará graves problemas, pues la flota aérea privada pertenece, casi en su totalidad, a las empresas dedicadas al transporte comercial, pero en un futuro que ya se adivina, existirán al margen del Registro una serie considerable de aeronaves, privándose a sus titulares de las innegables ventajas de la inscripción registral. De haber empleado en el art. 178 las palabras «construcción apta para el transporte» en lugar de «construcción destinada al transporte», podría considerarse resuelta favorablemente esta cuestión.

Si la aeronave terminada puede inscribirse, sin ningún tipo de restricciones derivadas de su propia base física, no puede decirse otro tanto de la aeronave en construcción que, al no reunir las con-

(202) Véase nuestro comentario «La aeronave en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. 1957, vol. I, núm. 1, pág. 95.

diciones previstas en el art. 178 del Reglamento, no merece el calificativo legal de aeronave, debiendo quedar excluida del Registro. No obstante, y con el objetivo fundamental de robustecer el crédito aeronáutico a efectos hipotecarios, el art. 14 del Reglamento ha establecido la obligatoriedad de llevar, junto al libro de inscripción de aeronaves, otro de aeronaves en construcción. A causa de estas circunstancias excepcionales, la inscripción tiene carácter provisional y deberá convertirse en definitiva una vez concluida la construcción (artículos 187 del Reglamento del Registro Mercantil y 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria). Pero en la actualidad, y hasta que la legislación aeronáutica de carácter administrativo se modifique, la inscripción no será posible, ya que el art. 181 del Reglamento exige que en la inscripción primera de las aeronaves conste el número que tuvieren en el Registro de Matrícula, y la matrícula de aeronaves en esta fase no ha sido regulada, constituyendo una laguna de nuestro ordenamiento.

4. *Actos inscribibles.*—En el Título VI de nuestro Reglamento se enuncia con suficiente claridad toda la teoría de los actos susceptibles de inscripción. A esta cuestión se refiere igualmente la Base V de la Ley de 1947. Examinaremos conjuntamente ambas disposiciones.

A) Inscripción del dominio de las aeronaves.

Después de establecerse en la Base V que en los Registros Mercantiles se creará una nueva sección, se añade que estará «destinada a la inscripción de las aeronaves y...». De las palabras citadas pudiera desprenderse que esa nueva sección proyectada tendría una doble función, fáctica y jurídica. En otras palabras, que podría desenvolverse como Catastro y como Registro de la Propiedad aeronáuticos. No obstante, la primera posibilidad hay que rechazarla forzosamente, puesto que esa función está encomendada al Registro de Matrícula y resultaría absurdo establecer dos instituciones con el mismo fin. Este modo de expresión, si bien no es exacto, no ha de juzgarse desacertado, y pudo tener su origen en las siguientes causas:

a) La influencia de las leyes extranjeras, que al unificar, en su mayor parte, el Registro de Matrícula y el Registro privado,

utilizan una terminología adecuada a la doble finalidad de la institución registral.

b) La técnica romanista, que identificaba frecuentemente el dominio con la cosa objeto del mismo.

c) Las fórmulas de los arts. 16 del Código de Comercio y 1.º y 149 del Reglamento del Registro Mercantil vigente en el momento de redactarse la Ley de Bases, en los que se habla de inscripción de buques y no de los actos jurídicos relativos a los mismos, probablemente por influjo de la técnica antedicha. En el nuevo Reglamento se utilizan a veces expresiones análogas.

En el nuevo Reglamento se emplean diversos modos de expresión. Se refiere a la «inscripción de aeronaves» en los arts. 1.º, 6.º, 7.º, 14, 179, 181, 185, 189 y en la rúbrica general que encabeza el Título VI. El alcance de esas locuciones lo determina el propio texto reglamentario en los arts. 177 y 180, resolviendo cualquier duda. En el primero se indica que se abrirá una sección especial para la inscripción del dominio de las aeronaves y demás actos...; en el segundo se añade que la inscripción primera de las aeronaves será de dominio (203).

B) Inscripción de otros actos jurídicos referentes a las aeronaves.

La Base V, después de establecer que la nueva sección estará destinada a la inscripción de las aeronaves, añade «y de los actos

(203) Distingue el Reglamento entre primeras y ulteriores inscripciones, a los efectos de los documentos inscribibles y de las circunstancias de la inscripción. En cuanto a los documentos necesarios para las primeras, se pueden señalar dos apartados: uno, para las aeronaves construidas en España, y otro, para las construidas en el extranjero. El primer apartado puede aún subdividirse atendiendo a la existencia o inexistencia del contrato de construcción. Se acompañará siempre el certificado de matrícula. Las inscripciones posteriores se practican en virtud de escritura pública o documento auténtico.

Las circunstancias pueden ser generales y especiales. Las primeras se refieren a las personas del transferente y adquirente (enumeradas en la circunstancia tercera del art. 152, relativo a los buques, pero aplicable a las aeronaves—art. 190—), y a los documentos y a los propios asientos (enumeradas en los apartados 12 al 15 del art. 98. A ellas se remite respecto a los buques la circunstancia 6.ª del art. 152, que estimamos de aplicación íntegra a las aeronaves, en virtud de lo dispuesto en el art. 190). Las circunstancias especiales se encuentran en el art. 181.

Con suficiente amplitud se tratan estos puntos en nuestro comentario, citado en la nota anterior. Págs. 102 y siguientes.

jurídicos referentes a las mismas». Estas últimas palabras merecen también un ligero comentario.

La influencia de la teoría del título y el modo, en nuestro Derecho, es tan fuerte, que no puede por menos de dejarse sentir repetidamente en la caracterización de nuestro sistema registral. La inscripción abstracta del régimen alemán no es posible, y por ello, más que de derechos inscribibles debe hablarse de la inscripción de los actos originarios de tales derechos. Bajo este principio se produce para los inmuebles el art. 2.º de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

La Base V que comentamos no dice que se inscriban derechos, sino actos jurídicos. La expresión acto jurídico es demasiado amplia y puede ser entendida, sin entrar ahora en consideraciones más profundas, como todo acto susceptible de producir efectos jurídicos, es decir, como todo acto capaz de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos. Esos derechos, que pueden ser reales o de crédito, habrán de referirse a la aeronave inmediata o mediatamente, según su naturaleza, y nos interesa determinar si todos ellos tendrán acceso al Registro Mercantil o si, por el contrario, deberá quedar excluído algún sector. El Reglamento del Registro Mercantil expresa, con tecnicismo más adecuado que la Ley de Bases, el verdadero alcance de la nueva sección, indicando en los arts. 177 y 182 que tendrá por objeto no sólo la inscripción del dominio, sino la de los demás actos y contratos de trascendencia real relativos a las aeronaves. Las palabras del preámbulo del Reglamento, relativas a que la sección ha de reflejar la vida jurídica de las aeronaves en forma análoga a la de los buques (salvo en lo referente a su hipoteca), vienen refrendadas por los preceptos citados. A nuestro modo de ver, la nueva sección constituye un auténtico Registro de la Propiedad Aeronáutica, al cual son aplicables—también lo indica el preámbulo—todos los principios que informan nuestro sistema hipotecario.

5. *Publicidad de la inscripción.*—En la exégesis que venimos realizando hemos fijado la atención especialmente en aquellas particularidades que ofrece la aeronave al ponerla en contacto con el Registro Mercantil. El estudio de otras cuestiones hubiera contribuído tan sólo a dar a estas páginas una mayor extensión, lo cual

tratamos de evitar. Así, pues, lo referente a los principios registrales, organización del Registro, efectos de la inscripción..., lo damos por supuesto, remitiéndonos a la autorizada opinión de los tratadistas que han estudiado la materia con mayor profundidad. Queremos, no obstante, destacar un aspecto fundamental: la publicidad de la inscripción.

GARRIGUES ha puesto de relieve—al señalar la evolución histórica y al dar un concepto del Registro Mercantil—su finalidad específica de ser un instrumento de publicidad (204). Ahora bien, dicha publicidad debe apoyarse necesariamente en la confianza, en la exactitud del contenido del Registro, de tal manera que éste se presume exacto e íntegro, en tanto no se declare su inexactitud en forma adecuada. De aquí los preceptos de los arts. 1.º y 3.º del Reglamento del Registro Mercantil. En el tercero se dice que el contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido, y en el primero se afirma con carácter general que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y que mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, producen todos los efectos.

Ese vigor específico que cobra la inscripción y su consecuencia inmediata, el clima de confianza que hará prevalecer ante los terceros el contenido de los asientos, incluso frente a la realidad extraregistrarial discordante, se mantiene sobre dos pilares: la documentación auténtica y la calificación del Registrador (205). Se ha censurado la equiparación entre los Registros Mercantil y de la Propiedad, transportando al primero muchas de las disposiciones hipotecarias. GARRIGUES (206) distingue perfectamente entre Registro de la Propiedad, Registro Mercantil y Registro de Buques, estos dos últimos unificados bajo la misma rúbrica del Título II, Libro I, del Código de Comercio. Destaca que si entre el Registro de la Propie-

(204) «En su concepto más amplio, el Registro Mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro.» GARRIGUES, Joaquín: «El Registro Mercantil en el Derecho español». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Septiembre, 1930. Pág. 658, y «Curso de Derecho Mercantil». 1955. Tomo I, pág. 579.

(205) Véanse el art. 23 del Código de Comercio y el art. 5.º y el Título II del Reglamento del Registro Mercantil.

(206) GARRIGUES, Joaquín: «Curso de Derecho Mercantil». Tomo I, páginas 584 y siguientes.

dad y el Mercantil no existe otra analogía que la de ser instrumentos de publicidad, entre aquél y el de buques hay una mayor identidad, basada en la naturaleza de los elementos inscribibles. De aquí que «al Registro de Buques sí se puedan aplicar, «mutatis mutandis», las mismas normas que al Registro de la Propiedad». Y otro tanto añade respecto a las aeronaves el preámbulo citado del Reglamento del Registro Mercantil.

Al referirnos a la publicidad limitamos nuestra atención a la que comúnmente se denomina publicidad material (la formal está regulada en el art. 38 del Reglamento), cuyo campo de actuación cobra singular importancia, referido especialmente a los terceros. Los artículos 26 del Código de Comercio y 2.º del Reglamento del Registro Mercantil son preceptos referidos a esos terceros. En el primero se afirma que los documentos inscritos sólo producirán efecto en su perjuicio, desde la fecha de la inscripción, y que la existencia de otros anteriores o posteriores que no hayan sido registrados no pueden invalidarlos. En el segundo se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia. Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. No podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en la omisión. Si un tercero adquiere un derecho, confiado en el contenido del Registro, lo hace con la extensión y contenido que reflejan los asientos (presunción positiva), y lo no inscrito puede rechazarlo como inexistente y en ningún caso le puede perjudicar (presunción negativa).

La inscripción de las aeronaves en el Registro Mercantil enerva la buena fe del poseedor, al efecto de considerar su posesión como equivalente al título. Nosotros estamos con HERNÁNDEZ GIL cuando afirma que el art. 464 del Código civil contiene un principio de adquisición de los bienes muebles por el poseedor de buena fe, basándose en el art. 2.279 del Código civil francés («en fait de meubles la possession vaut titre»), y en los viejos principios germánicos de irreivindicabilidad de las cosas muebles, limitado a los casos en que el dueño de la cosa se hubiese desprendido de ella libre y voluntariamente («wo du deinen Glauben gelassen hast, da must du ihn suchen». «Hand wahre Hand») (207).

Así, pues, el propietario inscrito de una aeronave podrá reivin-

dicarla de quien la posea, y esto sencillamente en atención a la publicidad del Registro Mercantil, que priva al poseedor de uno de los requisitos necesarios para que su posesión pueda ser considerada equivalente al título. Le falta la buena fe y no puede alegar ignorancia de lo inscrito, porque aunque efectivamente desconozca el contenido del Registro, éste le perjudica como si realmente lo conociese. Se puede distinguir entre una buena fe de tráfico y una buena fe de carácter personal, irrelevante, esta última, en aquellos casos en que el legislador establece un instrumento de publicidad especial como es el Registro. De esta última es más fácil dar un concepto negativo, equivalente a la ausencia de mala fe, o desconocimiento de una discordancia entre la apariencia y la realidad. La buena fe de tráfico, cuando existe Registro, requiere que la conducta jurídica del tercero esté ajustada al contenido de los asientos, lo que supondrá normalmente una conducta activa y diligente, dirigida a conocer ese contenido. Claro está que la protección o perjuicio del tercero son independientes de su conocimiento del contenido de los asientos (artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil). La razón de este juego registral se basa, más que en la sanción de la conducta negligente del tercero ante las facilidades que el Estado concede para conocer la verdadera situación jurídica de los bienes (publicidad formal del Registro), en la necesidad de robustecer el tráfico y la seguridad jurídica, que no pueden estar pendientes de la diligencia o negligencia de tales terceros.

De todo ello se desprenden las considerables ventajas que para el propietario de la aeronave supone su inscripción en el Registro Mercantil para hacer frente a los beneficios que al poseedor de buena fe otorga el art. 464 del Código civil, salvo en los casos de pérdida o privación ilegal.

III. EL CRÉDITO Y EL DERECHO

La dependencia recíproca entre Derecho y Economía, aunque no pueda ser afirmada con carácter general y sin excepción, se manifiesta en una multitud de instituciones. En ellas lo económico constituye el sustrato o la base, lo jurídico es su vertiente externa y la garantía de su eficacia.

Entre esas instituciones ambivalentes, objeto de atención de la Economía y del Derecho, ocupa un lugar destacado el crédito, con su inevitable secuela de estructuras jurídicas de carácter tuitivo y, en definitiva, soportes de su existencia.

El crédito surge como una especie de puente tendido entre dos intereses de signo opuesto. Son intereses de carácter económico. El del acreditante, que tiene necesidad de colocar su capital en forma productiva (concesión de crédito), y el del acreditado, que careciendo de capital propio le necesita y obtiene para la realización de los más diversos fines (adquisición de crédito). Cuando ambos intereses logran conjugarse, surge entonces una figura jurídica especial, el contrato de crédito, como una de las especies más importantes del préstamo.

KOCH (208) enumera las siguientes clases de créditos :

- 1.—A corto y a largo plazo.
- 2.—En cuenta corriente y fijos.
- 3.—Personales y reales.
- 4.—Productivos e improductivos.

De esa enumeración nos interesan tan sólo los apartados 1) y 3), y en este momento nos fijaremos únicamente en los créditos personales y reales.

En la relación crediticia, la parte más débil es la del acreditado, puesto que teniendo necesidad de capital y careciendo de él, se encuentra a merced de las condiciones que le imponga el prestamista. Por ello se hace precisa la intervención estatal para ponerle a salvo de los abusos que pudiera provocar su situación económica desventajosa (209). Pero siendo esto cierto, no lo es menos que el acreditante está expuesto a un fuerte riesgo, derivado de la posibilidad de que no se le reintegren las cantidades entregadas. Para obviar este evento se establecen determinadas garantías que, no obstante su carácter accesorio, cobran gran importancia.

En atención a la distinta naturaleza de la garantía, divide KOCH los créditos en personales y reales. Mientras que los primeros juzgan más favorablemente la economía del deudor, los segundos ofrecen una base más sólida para el resarcimiento de lo debido. Dan-

(208) KOCH, Arwed. : «El crédito y el Derecho». 1946, págs. 23 a 27.

(209) En España véase la Ley de 23 de julio de 1908.

do un paso más, el crédito real puede subdividirse en mobiliario e inmobiliario. El crédito inmobiliario debe su existencia al Registro de la Propiedad; el mobiliario se desenvuelve perfectamente al margen del Registro, pero tiende a reforzarse, en los últimos años, con las ventajas que la institución registral proporciona.

Examinaremos seguidamente las posibilidades del crédito aeronáutico y en especial la hipoteca de aeronaves, medio que juzgamos especialmente idóneo a este respecto. Antes hemos querido recorrer este itinerario para centrar la cuestión en su justo medio, pues aunque estamos acostumbrados a escuchar y leer que la hipoteca es un derecho real de carácter accesorio constituido en garantía de un crédito, pocas veces hemos visto subrayada su finalidad económica, que parece quedar agotada en esas últimas palabras. No se olvide que la hipoteca, es decir, el derecho, es lo accesorio, y que el crédito, es decir, lo económico, es lo principal.

1. *La aeronave, como objeto de crédito.*—Las cifras que se barajan en el mundo de la aviación son de una entidad considerable. Anteriormente hicimos mención, «ad exemplum», del costo de los superconstellation que Iberia tiene en servicio. Dado, además, el ritmo creciente de las actividades aéreas, tanto las empresas constructoras como los mismos propietarios tendrán necesidad de recurrir al crédito para hacer frente a la situación. Hasta hoy los inmuebles han servido de magnífico soporte para el tráfico crediticio, pero si se hiciese un estudio comparativo entre valor de las fincas objeto de hipoteca y el de las aeronaves, se advertiría el gran número de fincas gravadas, de estimación económica inferior al de estos últimos bienes.

La inversión de capitales sobre la base de una garantía inmobiliaria no supone siempre que el prestatario utilice el crédito concedido para la mejora o explotación de las fincas, sino para cualquier tipo de negocios, entendida esta última palabra en su más amplio sentido, a los que se muestra ajeno el acreditante. A este último le interesa sólo invertir su capital con estas dos condiciones: que la inversión sea lucrativa y que la garantía sea sólida. Sobre el primer requisito no nos podemos pronunciar, y dependerá, en definitiva, de las estipulaciones consignadas en el contrato de crédito. Sobre el segundo tenemos que afirmar que los inmuebles constituyen una de las más sólidas garantías que puede ofrecer el acreditado. Cree-

mos nosotros que, con ciertas salvedades, puede afirmarse lo mismo de las aeronaves.

Cuando la garantía del crédito es de naturaleza personal, al acreditante le interesa, naturalmente, que la posición económica del deudor, y en su caso del fiador, sean desahogadas. Hasta tal punto esto es así, que es completamente fundada, como dijimos antes, la afirmación de que el crédito personal implica una presunción favorable sobre la situación patrimonial del deudor o fiador. Pero el acreditante tiene un segundo interés, y es que el crédito sea productivo, pues de este modo, aunque la situación patrimonial del acreditado se resienta, encontrará en el propio crédito la garantía más eficaz para su reintegro. Cuando el crédito es de naturaleza real, las anteriores circunstancias huelgan para el acreditante casi por completo, a quien son irrelevantes las vicisitudes derivadas de la mayor o menor firmeza de la situación económica personal. Claro está que nunca le serán totalmente indiferentes, pues de ellas depende, en cierto modo, que la satisfacción del crédito se efectúe normalmente o por el procedimiento de ejecución. Pero el acreditante sabe que su crédito no sufrirá riesgo alguno si el valor de la cosa que lo asegura le cubre. Es decir, ante el valor de la garantía que ocupa el primer lugar, palidecen todas las demás consideraciones.

De todo ello se deduce que para determinar si un bien es adecuado como medio de garantía de un crédito, debe atenderse, en primer término, a su valor. Su naturaleza mueble o fija, su duración ilimitada o temporal, sus diversas características, en suma, serán elementos dignos de tenerse en cuenta en el momento de precisar la forma jurídica que debe adoptar la garantía real, pero sólo en ese momento.

Por lo cual está fuera de duda que las aeronaves, sobre cuyo valor nos hemos pronunciado anteriormente, pueden ser objeto de garantía crediticia con análogas posibilidades de éxito que los bienes que ordinariamente se adscriben a tal finalidad.

No podemos olvidar que la aeronave es un bien mueble. Históricamente, al menos en la primera fase de evolución, los muebles ofrecían mayores posibilidades que los inmuebles a efectos de garantía, pues mientras que los últimos podían ser objeto tan sólo de hipoteca—y en su caso de anticresis—, aquéllos eran susceptibles de garantía, tanto pignoratícia como hipotecaria. Posteriormente, mue-

bles e inmuebles encajaron, respectivamente, en las instituciones de prenda e hipoteca. Hoy día los muebles, no todos, sino aquellos que son susceptibles de publicidad formal, recobran nuevamente su doble función. Finalmente, tanto la propiedad mobiliaria como la inmobiliaria pueden ser objeto de transmisión fiduciaria con fines de garantía. Estudiaremos esas tres figuras referidas a la aeronave.

Fórmulas no registrales.

A. *La prenda y sus inconvenientes.*—Prescindiremos de las consideraciones generales del derecho de prenda para entrar directamente en las aplicaciones específicas a la aeronave.

El art. 1.864 del Código civil dice que pueden darse en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio y que sean susceptibles de posesión. Las tres notas o condiciones establecidas por el legislador concurren en las aeronaves, que han sido objeto de este estudio, y por ello, desde el punto de vista legal, no hay inconveniente para que puedan ser dadas en prenda. La característica esencial es el desplazamiento de la cosa pignorada mediante la puesta en posesión de ésta al acreedor o a un tercero (210). Así lo determina el propio Código en los arts. 1.863 y 1.866 al regular la constitución de la prenda y los derechos del acreedor. Es precisamente este requisito institucional de la desposesión de la cosa lo que impide su aplicación a las aeronaves, no porque no puedan ser desplazadas, sino porque priva al deudor de la utilidad específica de la aeronave, la navegación. Sólo en casos muy excepcionales se utilizará esta forma de garantía real.

Resulta, en consecuencia, que los preceptos del Código civil en esta materia son inservibles para las aeronaves y otra serie de bienes de análogas características. En la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 encontramos la mejor crítica formulada a este respecto: «La doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda, sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor al privarle de bienes adecuados; para la economía na-

(210) Se exceptúan los casos de prenda sin desplazamiento, regulados en la Ley y Reglamento de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento.

cional, al paralizar elementos de trabajo y de producción, y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre».

B. *Transmisión fiduciaria con fines de garantía.* — En la evolución histórica de las garantías reales en el Derecho romano, la fiducia ocupa el primer lugar en orden cronológico, y el pignus aparece, con posterioridad, para paliar los inconvenientes de aquélla. En el Derecho moderno, principalmente anglosajón, el orden es inverso, y por eso hemos preferido adoptar este sistema expositivo.

En la fiducia romana, el acreedor adquiría, por cualquiera de los medios reconocidos, la propiedad de la cosa objeto de garantía, pero contraía la obligación de retransmitirla al deudor si éste satisfacía la obligación, y, en caso contrario, la adquiría definitivamente. El inconveniente fundamental para el deudor estribaba en que el acreedor podía disponer válidamente de la cosa, en cuyo caso quedaba privado de ella, sin otra defensa que una acción para obtener la correspondiente indemnización del acreedor, pero sin posibilidad de reivindicarla del tercero. El pignus salvó esta dificultad transmitiendo únicamente la posesión.

El Derecho anglosajón, eminentemente práctico, ha encontrado en el *chattel mortgage* una forma de garantía aplicable a los muebles, que aprovecha las ventajas de la fiducia y elimina sus inconvenientes. Por ello puede ser aplicada favorablemente respecto a las aeronaves. Dicha institución tiene su origen en el *common law*, y consiste en la transferencia de uno o más muebles a título de garantía. La transferencia de la propiedad es condicional y su consolidación en el acreedor pende del impago de la deuda, pues si el deudor la satisface, la propiedad revierte a él. Se trata de una adquisición de propiedad sometida a condición resolutoria. Pero la *equity* ha introducido ciertas modificaciones, consistentes en su fundamento, en permitir que la cosa quede en posesión del deudor, el cual la perderá en caso de impago. Esta posibilidad de que los bienes queden en posesión del deudor ha hecho que esta forma de garantía encuentre un campo propicio en materia aeronáutica. Tiene lugar una especie

de *constitutum possessorium* del Derecho romano. HOFFSTETTER (211) afirma que entre los diversos tipos de garantía real sobre aeronaves, utilizados en Estados Unidos, el *chattel mortgage* es el de más frecuente aplicación.

El *chattel mortgage* exige necesariamente la absoluta confianza del deudor en el acreedor, o un procedimiento o sistema que haga visible a los terceros la limitación de las facultades dispositivas de este último. De lo contrario, el comercio jurídico quedaría perjudicado, pues el adquirente del propietario de una cosa, adquirida sobre la base de esta forma de garantía, podría ver resuelta su adquisición por carecer el enajenante de facultades para ello. En los negocios fiduciarios puros no existe ningún temor de perturbación para el comercio jurídico, pero sí para el deudor, cuya defensa es la fides en que el propietario no abusará de su situación para perjudicarlo o defraudarlo. En caso de incumplimiento, sólo cabe al deudor el ejercicio de una acción personal. El comercio jurídico no se perjudica nunca. Como dice ROCA SASTRE (212), «los terceros adquirentes están inmunes de las consecuencias del incumplimiento del pacto de fiducia, pues éste atañe exclusivamente al fiduciante y al fiduciario. Por ello, una consecuencia digna de tener presente es que el que adquiera del fiduciario adquiere válidamente, aunque la enajenación esté en pugna con el pacto de fiducia y el tercer adquirente esté en pleno conocimiento de tal pacto».

La constitución de una figura análoga a la que hemos examinado está erizada de problemas. Por otra parte, el negocio fiduciario, dada la desproporción entre su naturaleza y su finalidad, resulta inaplicable en materia de aeronaves. Se precisa una fórmula que armonice los intereses del deudor y del acreedor, sin perjudicar las exigencias del tráfico jurídico. Esa fórmula, cuya pieza decisiva es el Registro, la estudiaremos seguidamente con el relieve que se merece.

Fórmula registral.

2. *La hipoteca.*—La determinación del ámbito objetivo de la hipoteca, entendiéndolo por tal la clase de bienes que pueden servir de base a esta garantía, plantea dos problemas, cuya solución es

(211) HOFFSTETTER, Bernard. : Ob. cit., pág. 148.

(212) ROCA SASTRE, Ramón : Op. cit., tomo II, pág. 227.

precisa antes de entrar en la hipoteca de aeronaves. Estos problemas son: uno, de índole histórica, y otro, de naturaleza institucional.

No se trata de una cuestión vacía de contenido, pues entre las varias dificultades opuestas a la aplicación de la hipoteca a los bienes muebles, entre ellos las aeronaves, se repite frecuentemente el de su naturaleza mobiliaria. Así, v. gr., el art. 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1883, dice que para los solos efectos hipotecarios, los buques se considerarán bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el art. 585 del Código de Comercio. FERNÁNDEZ DE LA RIVA (213) afirmaba estar fuera de duda la susceptibilidad de las aeronaves para ser objeto de hipoteca, considerando errónea la posición de GALO PONTE, preocupado por encontrar entre las aeronaves rasgos suficientes para clasificarlas entre los inmuebles. TAPIA SALINAS (214) escribía, hace varios años, que «dado su carácter de cosa mueble, la aeronave no debería ser susceptible al derecho de hipoteca», pero que «en atención a su naturaleza especial, asimilable a los buques, se admite hoy día la posibilidad de ser gravada por el expresado derecho real.

De ser ciertas las anteriores afirmaciones, que se van desvaneciendo en el transcurso de los últimos años, tendríamos que concluir que para poder hipotecar las aeronaves sería preciso recurrir a una ficción, forzando los conceptos jurídicos inútil y peligrosamente. Nosotros creemos que es innecesario recurrir a este procedimiento, que pudiéramos calificar de ortopedia jurídica, y pretendemos llevar un poco de luz a este sector enturbiado por la obra codificadora.

A pesar de la tendencia generalizada de adscribir la hipoteca a los inmuebles, el origen de la institución se encuentra en la afectación de determinados muebles—los llamados «*invecta et illata*»—al cumplimiento de una obligación. Señala ARIAS RAMOS (215) que la hipoteca surge como una variedad del «*pignus*», en la cual las cosas afectadas no pasaban a la posesión del acreedor al constituirse la garantía, sino cuando la deuda quedaba incumplida, iniciándose entonces el ejercicio del «*ius possidendi*» y del «*ius distrahendi*». El

(213) FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Clemente: «Cuestiones de Derecho Aéreo». 1927, pág. 62.

(214) TAPIA SALINAS, Luis: «Manual de Derecho Aeronáutico». 1949, página 58.

(215) ARIAS RAMOS, J.: «Derecho romano». 1943, pág. 319. «La doctrina de la «*conventio*» y el origen de la hipoteca romana». Revista de Derecho Privado. 1943, pág. 213 y ss.

«pignus» podía ir acompañado de la «missio in possessio» (seguido o no de «retrotraditio»), pero podía ser ésta sustituida por una «conventio», cuyo efecto traslativo se originaba en el momento de incumplimiento, importando poco quien fuese el poseedor de la cosa en tal momento. Este derecho, sin desposesión, fué denominado con el nombre griego de «hypotheca» en la Compilación justiniana. Por ello son perfectamente lógicas las siguientes palabras del Digesto: «Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt». MARCIANO (216). «Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit; hypothecam, quum non transit nec possessio ad creditorem». ULPIANO (217).

Esos «invecta et illata», cuya posesión no pasaba al acreedor, eran animales, aperos de labranza, esclavos (considerados como cosas), llevados por el arrendatario de un fundo para su explotación, y que garantizaban el pago del precio del arriendo. En principio, aunque las cosas estaban en posesión del arrendatario, no podía sacarlas del fundo, pero posteriormente se suprimió esta limitación, pudiendo ejercitar el acreedor hipotecario la correspondiente acción real contra cualquiera que tuviera los «invecta et illata» en su poder.

El ulterior desarrollo de la hipoteca, el influjo ejercido sobre ella por las ideas germánicas y su cristalización en las formas modernas, son suficientemente conocidos y quedan fuera del plan de este trabajo. Nos interesa sólo subrayar este punto del origen mobiliario de la hipoteca para hacer ver que la actual tendencia favorable a la hipoteca de ciertos bienes muebles, entre ellos la aeronave, no supone un esfuerzo considerable, ni necesita invadir el terreno de la ficción. Es simplemente el regreso al punto de partida de una institución que sufrió en el transcurso de los tiempos ciertas modificaciones.

Hipoteca y prenda—señala RUBINO (218)—tienen fundamentalmente igual naturaleza y se han distinguido no por el carácter mobiliario o inmobiliario del objeto, como se creía en un tiempo, sino por la modalidad de constitución, que en la hipoteca exige la publicidad legal necesaria y en la prenda la atribución de la posesión al acreedor. La naturaleza del objeto, añade, influye sólo indirecta-

(216) Dig. XX.—1, frag. 5, párrafo 1.º

(217) Dig. XIII.—7, frag. 9, párrafo 2.º

(218) RUBINO, Domenico: «L'ipoteque immobiliare e mobiliare». 1956, página 193.

mente. «En el orden institucional, dice ROCA SASTRE (219), lo que tipifica la hipoteca, provocando su esencia registral y diferenciándola de la prenda, no es la naturaleza mueble o inmueble de la cosa gravada, sino si hay o no desplazamiento de la posesión del propietario».

Esa afirmación que ROCA SASTRE apoya en consideraciones de carácter histórico, encuentra en VALLET DE GOYTISOLO la más certera de cuantas fundamentaciones conocemos. Después de referirse a la separación que la Ley Hipotecaria de 1861 y el Código civil establecieron entre la prenda y la hipoteca, basadas, entre otras premisas, en la adscripción de la primera a los muebles y la segunda a los inmuebles, dice que esta característica «fué fruto de una visión limitada a un determinado momento histórico.., en el que únicamente estaban sometidos a inscripción los derechos inmobiliarios y sólo estos bienes se consideraban susceptibles de publicidad formal» (220). Y en otro párrafo añade que «tal condición fué fruto de una errónea apreciación entre lo que es permanente y sustantivo y lo que es puramente transitorio».

Nosotros diríamos que en la hipoteca se puede hacer una triple distinción entre lo que es permanente y sustantivo, lo necesario, y lo puramente transitorio.

Lo permanente, a nuestro juicio, es la continuación de la posesión de la cosa en el deudor, de tal modo que si ésta tuviera que pasar al acreedor o a un tercero, quedaría desnaturalizada, y esto no sólo hoy, sino en cualquier momento de su evolución.

Lo necesario es la publicidad. No empleamos este término en sentido equivalente a inscripción necesaria, puesto que convenimos, con una gran parte de la doctrina, en el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca. Entendemos lo necesario como lo inmediatamente inferior en entidad a lo sustantivo. Es decir, si hoy se suprimiese la inscripción, quedaría suprimida la hipoteca, no podría existir. Pero esto no fué siempre así, y en el régimen actual pueden encontrarse excepciones. No necesitamos remontarnos al origen de la hipoteca en el Derecho romano. Nos basta lanzar una mirada a la legalidad vigente con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861

(219) ROCA SASTRE, Ramón: Op. cit., tomo IV, pág. 161.

(220) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Introducción al estudio de la Hipoteca Mobiliaria y la Prenda sin desplazamiento». Revista de Derecho Privado. Junio, 1953, pág. 503.

para encontrar la confirmación de este aserto. El tráfico jurídico se encontraba hasta entonces trabado por una serie de hipotecas legales de carácter tácito, que surgían por ministerio de la Ley sin que se necesitase un acto constitutivo especial. La supresión de este régimen de clandestinidad fué uno de los objetivos perseguidos por la primera de nuestras leyes hipotecarias. Los arts. 158 y 159 de la actual señalan que las hipotecas legales se establecen en la misma forma que las voluntarias, siendo la única diferencia el que habrán de constituirse forzosamente. Se ha operado un cambio trascendental. Antes nacían cuando se producía el hecho previsto en la Ley; ahora, la producción del hecho impone su nacimiento, pero éste no se opera hasta que se realiza la inscripción. Algunos vestigios del antiguo régimen han quedado, no obstante, en los números 6.º y 7.º del art. 168 de la Ley Hipotecaria. Fuera de la misma podrían señalarse también otros supuestos.

Lo transitorio es la naturaleza mueble o inmueble del bien hipotecado. La hipoteca, ya hemos visto, surgió al servicio de la propiedad mueble, que fué desbordada y arrinconada ante el superior valor de la propiedad inmueble, y que hoy tiende a compartir con esta última un lugar adecuado en la mecánica hipotecaria. La hipoteca puede recaer perfectamente sobre bienes muebles; lo que no puede es recaer sobre bienes de difícil identificación.

Por lo que llevamos dicho se deduce que la ciencia del Derecho no opone obstáculos a la posibilidad de hipotecar las aeronaves, y que no es preciso recurrir a la ficción aceptada para los buques, producto de una época ya superada. Ahora lo que interesa determinar es si desde el punto de vista práctico puede afirmarse otro tanto.

Seguiremos a HOFFSTETTER (221) en la clasificación que hace de los argumentos contrarios a la hipotecabilidad de las aeronaves. A su autoridad, que nos servirá de guía en esta materia, añadiremos nuestra opinión. Las dificultades son las siguientes:

- a) La aeronave es un objeto de garantía de gran fragilidad.
- b) La aeronave es un bien de escaso valor.
- c) La aeronave tiene un corto período de duración.
- d) La naturaleza compuesta de la aeronave puede provocar la sustitución de sus elementos por otros de inferior valor.

(221) HOFFSTETTER, Bernard: Ob. cit., pág. 59.

e) Las características especiales de las Compañías de transporte aéreo.

f) La intervención estatal en las citadas Compañías.

g) La falta de reconocimiento internacional de la institución.

Las dos primeras objeciones tienen hoy escaso valor. No obstante, haremos un examen de todas las que hemos señalado.

a) Las condiciones de seguridad han aumentado considerablemente, hasta el punto de que pueden las aeronaves ser consideradas como uno de los medios de transporte más seguro (222). Pero, desgraciadamente, los riesgos de la navegación, aunque disminuídos, subsisten y seguirán subsistiendo, y lo que no podrá evitarse serán los riesgos normales afectantes a la aeronave como a los restantes bienes muebles. Pero esta dificultad se desvanece asegurando la aeronave y extendiendo la hipoteca a las indemnizaciones debidas por razón del seguro. La Base XIII de nuestra Ley considera como seguro obligatorio el de aeronaves que sean objeto de hipoteca, y el artículo 40 (circunstancia 5.^a) de la Ley de 16 de diciembre de 1954 señala que en la escritura de hipoteca de aeronaves se especificarán todos los seguros concertados, y en especial los de carácter obligatorio. El art. 5.º de la misma Ley añade que la hipoteca se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados si el siniestro o hecho que las motiva acaeciese después de la constitución de la hipoteca.

b) Sobre el escaso valor de las aeronaves—segunda objeción—nos remitimos a lo que dejamos expuesto en otro lugar. Las grandes aeronaves intercontinentales tienen un valor superior al de muchos inmuebles. Este argumento, que pudo ser esgrimido en otro tiempo, hoy carece de fuerza.

c) y d) Las objeciones tercera y cuarta, que estudiaremos conjuntamente, pueden sistematizarse así: 1.º Las aeronaves tienen un plazo de vida muy limitado; 2.º En el momento de la ejecución de la hipoteca de aeronaves, el valor de éstas es inferior al que tenían en el momento de su constitución. Esa desvalorización se produce

(222) Véase el artículo «La seguridad en ruta y en el aterrizaje», publicado en «Interavia». Julio de 1956.

por el transcurso del tiempo y puede ser favorecida, además, por la negligencia o mala fe de su tenedor.

1. La idoneidad de la aeronave para la navegación, ciertamente tiene un plazo limitado. Su vida es corta si se la compara con los inmuebles. No tanto, si la comparación se establece con los restantes bienes muebles susceptibles de hipoteca. Los créditos pueden ser a corto o largo plazo y las garantías de los mismos estarán en función del tiempo por el que se hayan concedido. Una aeronave puede garantizar perfectamente cualquier crédito de duración inferior a ella. Esta es una efectiva limitación, pero dentro de los créditos a corto plazo, la garantía es tan sólida como la que pueden brindar los inmuebles respecto a cualquier clase de crédito. Más que una objeción a su hipotecabilidad, es solamente una restricción a la órbita de los créditos que pueden ser garantizados. Esa restricción afecta, en mayor o menor escala, a los restantes muebles susceptibles de hipoteca.

2. La aeronave envejece prematuramente. Como toda máquina, está sometida a un proceso de desgaste paulatino que, año tras año, va aumentando su depreciación. A ello hay que añadir los avances considerables de la técnica que, al lanzar al mercado nuevos modelos, provoca que esa corriente desvalorizadora se acelere, al tener que sustituir las aeronaves en servicio por otros modelos de mayor utilidad. Para obviar ese inconveniente será preciso concertar el reembolso sobre la base de un índice calculado de depreciación de la aeronave.

Entre todas las objeciones formuladas, la que HOFFSTETTER califica de impresionante es la derivada del posible cambio de los elementos de la aeronave por otros de inferior calidad. Hasta ahora hemos considerado la depreciación motivada por causas anejas al propio aparato y referidas a su desgaste natural o al avance de la técnica y, por tanto, independientes de la voluntad del poseedor. Esta última se basa exclusivamente en una conducta maliciosa que se refleja en una disminución de la eficacia de la garantía. El problema se plantea, no sólo en la hipoteca de muebles, en la cual tiene una grave trascendencia, sino también en la de inmuebles. El acreedor tiene derecho a impedir que la base objetiva de la garantía sufra menoscabo, por causa del dolo o la culpa del dueño de la cosa hipotecada. El legislador español ha previsto plausiblemente este su-

puesto, estableciendo un distinto procedimiento, según se trate de inmuebles o muebles, que puede actuar el perjudicado cuando el deterioro se produzca o se prevea. Este procedimiento se inicia en nuestra patria mediante la llamada acción de devastación, regulada para los inmuebles en el art. 117 de la Ley Hipotecaria, y para los muebles, en los artículos que a continuación señalaremos de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

La trascendencia de la cuestión se pone de relieve en la Exposición de Motivos de la última de las leyes citadas, cuando dice que «éstos (los bienes muebles) exigen un cuidado y un celo especial muy superiores al de los inmuebles para asegurar su conservación y el mantenimiento de su valor». Fruto de esta atención especial es la medida del art. 4.º de la Ley exigiendo el consentimiento del acreedor para la enajenación de los muebles a otra persona distinta del deudor, y la de los arts. 17 y 18, relativos a la conservación y deterioro de la cosa hipotecada.

El art. 17, relativo a la conservación de la cosa, se inicia imponiendo al hipotecante una obligación cuyo ámbito objetivo y subjetivo específica expresamente. La obligación de conservar se refiere no sólo a los elementos principales, sino también a los accesorios. Esta obligación es importante en materia de aeronaves, las cuales, dada su naturaleza compuesta y mecanizada, exigen una perfecta atención de todos sus elementos para que puedan mantenerse en forma. Desde el punto de vista subjetivo se impone al hipotecante la diligencia de un buen padre de familia. El legislador español, influido por los conceptos romanos sobre la culpa, acepta la llamada «culpa leve in abstracto», tipo medio de diligencia correspondiente a un hombre cuidadoso, que el art. 1.104 del Código civil establece con carácter subsidiario para aquellos casos en que en la obligación no se exprese el cuidado que ha de ponerse en su cumplimiento. Precisamente por ese carácter subsidiario de la culpa leve in abstracto no era necesario hacer una referencia especial a ella, pues a falta de una declaración expresa en contrario quedaría sobrentendida. El Código civil, en su articulado, también abunda frecuentemente en esta innecesaria repetición. Decidido el legislador a seguir uno de los grados de culpa establecidos por la técnica jurídica romana, tal vez hubiera sido preferible referirse a la culpa leve en concreto, que exigiría al hipotecante una diligencia más adecuada a la importancia que para el éxito de la hipoteca mobiliaria tiene la obligación de con-

servar la cosa. Esa importancia no pasó inadvertida a los redactores de la Ley, y buena prueba es no sólo la declaración expresa que sobre este punto hicieron en la Exposición de Motivos, sino las últimas palabras del artículo que comentamos.

El sistema romano sobre la culpa, pese a su casuismo, ofrece una gran vaguedad; por ello, el art. 17 añade que el hipotecante hará en los bienes cuantas reparaciones y reposiciones fueran menester. Con esta referencia expresa a la conducta que debe adoptar el hipotecante se logrará que los bienes, en nuestro caso la aeronave, se mantengan en situación de rendir su utilidad normal. La obligación de reponer es una consecuencia de que la hipoteca afecta a los bienes considerados como un todo—aeronaves, automóviles, etcétera—, con independencia de los distintos elementos que los integran, cuya nota más acusada es su fungibilidad.

La previsión del art. 17 puede resultar insuficiente, en cuyo caso el art. 18 faculta al acreedor para solicitar que se intervenga judicialmente la administración de los bienes hipotecados, pudiendo liberarse el deudor de esta medida de aseguramiento si, para responder de la depreciación sufrida, presta caución suficiente, fijada en su cuantía por el Juez. El precepto que comentamos no es demasiado feliz en la regulación que hace de la materia. Los supuestos de aplicación son los siguientes:

1.º Que se haya producido una depreciación de los bienes. Entendemos que dicha depreciación debe tener por causa un quebranto o deterioro material desacostumbrado. Refiriéndonos a la aeronave, deberá quedar excluida la depreciación derivada de su desgaste por el uso, o de su envejecimiento por la aparición en el mercado de nuevos modelos más perfectos.

2.º Que la depreciación no provenga de caso fortuito. Es indiferente que el deterioro sea causado por el dueño o por un tercero. Además del caso fortuito, deberá comprenderse en los términos de la excepción la fuerza mayor. El difícil deslinde entre ambos conceptos nos sugiere esta amplia interpretación de la locución empleada.

3.º Que el acreedor formule la correspondiente solicitud acompañada de los justificantes necesarios. Se trata de un procedimiento rogado, cuya instancia corresponde únicamente al acreedor, a quien interesa que la cosa no desmerezca en su valor.

De lo que llevamos dicho, especialmente en el núm. 1.º, se deduce que el procedimiento sólo puede iniciarse cuando el deterioro se ha producido. Es decir, mira al pasado y no al futuro, de tal modo que el simple temor de que la cosa hipotecada se deteriore es insuficiente para poner en marcha el procedimiento. En el art. 18 se habla de la depreciación de los bienes (párrafo 1.º) y de la depreciación sufrida (párrafo 2.º), pero no se alude nunca a la depreciación posible o que pudiera producirse. Sin embargo—primer contrasentido—, el nombramiento de interventor judicial, única medida que puede solicitar el acreedor, le garantiza la actuación futura del deudor, quien habrá de abstenerse de ejecutar acto alguno sin el consentimiento del deudor, pero nada más. Si el deudor quiere liberarse de la intervención, puede hacerlo prestando caución suficiente para responder de la depreciación sufrida. Esto supone un nuevo contrasentido, puesto que si la intervención tiene por objeto evitar un daño posible, la medida que la sustituya deberá ser de signo análogo y habrá de garantizar la depreciación que pueda producirse, pero no la que ya se ha sufrido.

La Ley de Enjuiciamiento civil, al referirse al aseguramiento de bienes litigiosos, faculta al demandado—art. 1.423—para que preste fianza, con objeto de que se alce la intervención. Dicha fianza responderá de los quebrantos que sufra la cosa litigiosa durante el pleito, a consecuencia de la mala explotación. Al redactarse el artículo 18 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, se ha tenido presente lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento sobre aseguramiento de bienes litigiosos. Así lo demuestra la cita, aunque equivocada, del artículo 1.420 de esta última Ley. Limitadas las facultades del acreedor, como hemos expuesto, a evitar solamente la depreciación, lo procedente hubiera sido seguir fielmente lo dispuesto en la Ley adjetiva citada.

La defensa de los intereses del acreedor debiera realizarse facultándole para que solicite la adopción de medidas, no sólo en los casos de deterioro, sino también en los de peligro, y, lo que es más lógico, que las medidas estén en consonancia con el supuesto planteado.

e) Otra de las dificultades recogidas es la especial característica de las Compañías de transporte aéreo. Trasladando a nuestro Derecho lo que HOFFSTETTER refiere con carácter general, diríamos que la hipoteca de establecimientos mercantiles ofrece una difícil adaptación a las Empresas aéreas, pues en ellas la partida más importante

de su activo está integrado por las propias aeronaves y sus accesorios. Este argumento, lejos de ser contrario a la hipoteca de aeronaves, la favorece, pues limita a tales Empresas la posibilidad de utilizar algunas otras formas de garantía distintas a la que recaiga sobre sus propios aparatos. Con ello, lo que sucede es que sube el papel de las aeronaves respecto a las formas de garantía del crédito.

f) También se ha argüido el carácter estatal que tienen las Compañías de transporte aéreo en gran parte de los países, por cuya razón no tienen necesidad de recurrir al crédito privado. Convenimos con HOFFSTETTER en el cierto valor que tiene el argumento en aquellos países, como Gran Bretaña, donde esto sucede, pero fuera de ellos carece de aplicación. La hipoteca es un derecho real accesorio de un crédito y sufre todas las vicisitudes que le pueden afectar. Si el crédito no surge, menos podrá surgir la hipoteca. Para ponderar con serenidad esta objeción sería preciso saber el rumbo, creciente o decreciente, que seguirán los Estados sobre la nacionalización de las Empresas de transporte aéreo. Pero por sombrío que aparezca el panorama, no debe olvidarse que la navegación aérea con fines comerciales de transporte no agota las posibilidades de lo aeronáutico y no parece aventurado presagiar un futuro, puesto que en el presente hay países donde ya sucede, en que los particulares sean propietarios no sólo del automóvil, sino también del avión. Bien sé que escritas hoy en España estas palabras, pueden sonar a quimera, pero el tiempo será quien pronuncie la última. Las posibilidades de despegue y aterrizaje vertical, al reducir las considerables dimensiones de las pistas, que podrán estar dentro de las poblaciones y no alejadas, como sucede actualmente, son otro argumento más en favor de dicha tesis. Lo cierto, al margen de estas conjeturas, es que hoy existe el crédito aeronáutico, y ello basta para echar por tierra esta objeción.

g) La última objeción formulada se refiere a la falta de reconocimiento internacional de la institución. HOFFSTETTER entiende que tal dificultad es actualmente inexistente, puesto que el 19 de junio de 1948 se firmó en Ginebra un Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves.

El fácil desplazamiento de las aeronaves a través de las fronteras preocupó constantemente y de un modo particular en los últimos años, del extraordinario crecimiento de la aviación, pues la ausencia

del reconocimiento internacional de la hipoteca u otros derechos de carácter análogo podrían frustrar los legítimos intereses de los acreedores.

Si hubiera que buscar una fecha inicial de los estudios sobre este particular, habría que señalar la de 1930, y merecen destacarse algunos anteproyectos elaborados por el C. I. T. E. J. A. sobre Registro, hipoteca y otros derechos reales sobre aeronaves. Pero la O. A. C. I., urgida por las circunstancias de que hicimos referencia, fué la que preparó el camino para la Convención de Ginebra, duramente criticada por los tratadistas y prácticamente ineficaz en la realidad.

Tres posibilidades se ofrecían para la regulación de la materia, señala WILBERFORCE (223). La primera era la creación de un derecho de garantía «ad hoc», específico para las aeronaves. Ello hubiera supuesto un detenido estudio, incompatible con el apremio de las necesidades. Tuvo que ser descartada.

La segunda consistía en aceptar internacionalmente alguna de las instituciones en vigor en algún Estado o grupo de Estados, pero tampoco fué recogida ante la disparidad de criterios existentes en las legislaciones. RIESE (224) ha escrito, con posterioridad al Convenio y como contribución al mismo, que debiera intentarse, al menos, la creación de un tipo uniforme de hipoteca europea sobre aeronaves, la cual solventaría gran número de dificultades.

La última posibilidad era la de reconocer internacionalmente cada uno de los sistemas vigentes en los distintos Estados. Esta fué la solución aceptada. Así, el art. 1.º de la Convención dice que los Estados contratantes se comprometen a reconocer «la hipoteca, mortgage y derechos similares sobre una aeronave, creados convencionalmente en garantía del pago de una deuda», con tal de que hayan sido constituídos con arreglo a la Ley del Estado de matrícula y que estén inscritos en el Registro.

El Convenio de Ginebra constituye un intento loable que no puede desconocerse al tratar esta materia. Pero teniendo en cuenta que

(223) WILBERFORCE, Richard: «Derechos de garantía (mortgages) sobre aeronaves». 1950, pág. 2.

(224) RIESE, Otto: «El Convenio de Ginebra de 19 de junio de 1948 relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves». Buenos Aires, 1951.

España no figuró entre los países firmantes, ni ha prestado su adhesión, nos sentimos relevados de su estudio.

Por este motivo estimamos que en nuestro Derecho la objeción tiene gran fuerza, tanto más cuanto que en la Ley de 16 de diciembre de 1954 no existe, ni puede existir, para las aeronaves un precepto análogo al del art. 37, referente a la hipoteca de automóviles y otros vehículos de motor, en el cual se prohíbe la salida del territorio nacional, sin consentimiento del acreedor, de aquellos vehículos que tuviesen anotada la hipoteca en el permiso de circulación, debiendo exigir las aduanas tal permiso. Justifican la inexistencia de un precepto análogo dos poderosas razones: el carácter internacional de los servicios que normalmente efectúan las aeronaves, y su fácil evasión de las fronteras patrias, que hacen ineficaz cualquier prohibición.

La aeronave, individualmente considerada, será objeto de hipoteca en contadas ocasiones, hasta que se resuelva de un modo satisfactorio el problema en el orden internacional. La hipoteca de varias aeronaves, llamada de flota aérea—posible remedio a esta situación—, será objeto de atención cuando nos refiramos posteriormente a los elementos reales de la hipoteca en nuestro Derecho.

3. *La hipoteca de aeronaves en el Derecho español.*—Vamos a examinar seguidamente la hipoteca de aeronaves en nuestro Derecho. Seguiremos en este estudio la reciente regulación de la misma en la Ley y Reglamento de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954 y 17 de junio de 1955, respectivamente. Seremos concisos, ya que no tratamos de hacer un examen general de la hipoteca mobiliaria, y después una referencia a las aeronaves. Las normas generales de hipoteca mobiliaria las damos aquí por supuestas y sólo haremos uso de ellas en aquellos casos en que la mejor inteligencia de la materia lo exija. En este trabajo nos limitaremos a señalar las especialidades aeronáuticas de la hipoteca mobiliaria.

En la mencionada legislación se regula igualmente el embargo de los bienes susceptibles de gravamen hipotecario y, por consiguiente, de las aeronaves. El objeto de esta figura procesal es concretar en determinados bienes del deudor su responsabilidad patrimonial ilimitada, establecida en el art. 1.911 del Código civil. El embargo, al sujetar directamente ciertos bienes, por mandato del Juez competente, constituye una especie de hipoteca judicial. Antes de examinar las especialidades aeronáuticas en el De-

recho vigente, haremos una breve referencia a su evolución en el plano internacional.

Las Convenciones de París de 1919 y de Chicago de 1944 se ocuparon de esta cuestión, circunscribiéndose al embargo por usurpación de patentes, en sus arts. 18 y 27, respectivamente. En la primera se declaró que durante el tránsito o paradas necesarias de una aeronave en un Estado contratante, podrá ésta sustraerse al embargo por usurpación de patente, modelo o dibujo mediante el depósito de una fianza. La Convención de Chicago restringe más las posibilidades del embargo, en los casos señalados, declarando no sólo la exención, sino la prohibición de que se exija garantía alguna en sustitución de aquél. Estos beneficios se aplicarán solamente a los Estados parte en la Convención de Chicago, que: 1) Sean parte en la Convención internacional para la protección de la propiedad industrial y en las enmiendas a la misma, o 2) Hayan promulgado legislación de patentes que reconozca y proteja debidamente las invenciones de nacionales de otros Estados que sean parte de esta Convención.

El Convenio fundamental, a este respecto, es el de Roma, de 23 de mayo de 1933, sobre embargo preventivo de aeronaves, ratificado por España por Ley de 21 de mayo de 1934. Con arreglo a lo dispuesto en su art. 3.º, quedan exceptuadas de embargo preventivo:

a) Las aeronaves destinadas exclusivamente a un servicio del Estado, incluyendo el correo y exceptuando el comercio.

b) Las aeronaves puestas efectivamente en servicio en una línea regular de transportes públicos y las aeronaves de reserva indispensables.

c) Cualquier otra aeronave destinada a transporte de personas o de bienes contra remuneración, cuando esté preparada para partir a efectuar un transporte de esta clase, exceptuando el caso en que se trate de una deuda contraída para el viaje que va a emprender o de un crédito nacido en el curso del viaje.

Dichas excepciones no son aplicables al embargo preventivo ejercido por el propietario de una aeronave desposeído por un acto ilícito.

El embargo podrá impedirse o levantarse prestando una fianza suficiente (art. 4.º).

El Convenio no se aplicará a las medidas conservatorias en caso de quiebra, ni a las medidas de igual clase adoptadas en caso de infracción de las medidas aduaneras, penales o de policía (art. 7.º).

La Ley de Hipoteca Mobiliaria establece en su art. 68 que el embargo de bienes muebles se realizará mediante la correspondiente anotación. Los embargos son perfectamente compatibles con la hipoteca cuando ya esté inscrita, «pues la preferencia de la hipoteca sobre ellos, dice la Exposición de Motivos, y la consiguiente liquidación de cargas y gravámenes en caso de ejecución, exigen el conocimiento de los embargos posteriores, para evitar que sean ilusorios los derechos de los acreedores embargantes», pero la cierran el paso si están anotados (art. 2.º de la Ley), de tal forma que si se constituye sobre bienes embargados sería nula.

A. EL OBJETO DE LA HIPOTECA.—El objeto de la hipoteca es la aeronave, entendida ésta en el sentido que hemos expuesto en páginas anteriores. La célula, motores, repuestos, etc., no pueden ser objeto de esta clase de hipoteca con carácter independiente. Pero no todas las aeronaves son susceptibles de hipoteca, y en las que lo son pueden

establecerse ciertas distinciones. Por ello señalaremos los tres grupos siguientes :

a) *Aeronaves hipotecables sin limitaciones.*—El criterio enumerativo, en cuanto a los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, resuelve satisfactoriamente el problema de la hipotecabilidad de las aeronaves. Para evitar las cuestiones que plantearía una fórmula general en la determinación de los muebles hipotecables, se ha seguido este sistema inequívoco que, si desde el punto de vista metodológico puede ofrecer puntos vulnerables a la crítica, referido concretamente a las aeronaves resulta de una claridad meridiana.

El art. 1.º de la Ley establece que podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre los bienes enajenables que se mencionan en ella. Esa mención se realiza en el art. 12, en el que se dice únicamente que podrán ser hipotecados los bienes que especifican los distintos apartados, en el tercero de los cuales señala a las aeronaves. El art. 38 proclama igualmente que las aeronaves podrán ser hipotecadas, y en otros artículos de la misma Ley y su Reglamento se regula la hipoteca de esta clase de bienes.

Ya en el art. 1.º que hemos referido se impone una limitación : que los bienes (aeronaves) sean enajenables. Este requisito es elemental, puesto que la hipoteca, ya sea de muebles o de inmuebles, es un derecho de realización de valor que exige institucionalmente la alienabilidad de los bienes sobre los cuales recae. En otros preceptos de la Ley se imponen ciertas limitaciones y restricciones a la hipotecabilidad de las aeronaves. Así, pues, la regla general es la de que todas las aeronaves son susceptibles de hipoteca, siempre que concurra la circunstancia señalada. En los dos apartados siguientes examinaremos, no obstante, los supuestos en que la aeronave no puede ser hipotecada y los casos en que la hipoteca está condicionada.

b) *Aeronaves que no se pueden hipotecar.*—Distinguimos los siguientes casos :

Aeronaves no enajenables.—A ellas se refiere el art. 1.º de la Ley. El fundamento de este precepto acaba de ser expuesto. En este grupo incluimos a las que hemos considerado anteriormente como «no registrables», es decir, las no susceptibles de tráfico jurídico por estar destinadas a fines de carácter público, perteneciendo su

titularidad al Estado, Provincia, Municipio u otros entes de derecho público.

Aeronaves ya hipotecadas, pignoradas o embargadas.—El artículo 2.º de la Ley establece con carácter general esta prohibición, que afectará, por tanto, a las aeronaves. Su fundamento, dice la Exposición de Motivos, se encuentra en la necesidad de dar a la institución la mayor sencillez y seguridad y en evitar posibles colisiones de derechos, que en el momento de la ejecución ocasionarían un confusiónismo perjudicial.

Aeronaves no inscritas en el Registro Mercantil.—El art. 38 de la Ley exige, para que puedan ser hipotecadas las aeronaves de nacionalidad española, que se hallen inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas, y el art. 68, apartado a), añade que en ningún caso será necesaria la previa inscripción, salvo cuando se trate de aeronaves. El artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil establece un precepto análogo. El art. 15 de la Ley de Hipoteca Naval dice que la primera inscripción de los buques en el Registro Mercantil será la de su propiedad, y que su falta será suficiente para denegar cualquier otra inscripción mientras no se subsane. Dichos preceptos vienen a imponer, en definitiva, la misma exigencia, pero el art. 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria añade, además, que la inscripción deberá verificarse en la sección correspondiente del Registro de Matrícula donde estén matriculadas, palabras sobre cuya interpretación nos hemos pronunciado ya al referirnos al art. 177 del Reglamento del Registro Mercantil, de análoga redacción en su parte final.

Aeronaves que no estén aseguradas.—La Base XIII señala como seguro obligatorio de las aeronaves el de aquellas que sean objeto de hipoteca. El art. 40, circunstancia 5.ª, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, dice que en la escritura de hipoteca de aeronaves habrá de hacerse una especificación de todos los seguros concertados, y en especial de todos los de carácter obligatorio.

Un punto interesante es determinar la clase de riesgos que deberá cubrir la póliza. Ni en la Ley de Bases, ni en la de Hipoteca Mobiliaria, se hace mención sobre este particular. OLIVER (225)

(225) OLIVER NARBONA, José María: «Naturaleza e hipotecabilidad de la aeronave». Revista de Aeronáutica. Febrero, 1944.

dice que este seguro bastará con que garantice los riesgos derivados de la destrucción de la aeronave. A los solos efectos hipotecarios, nosotros creemos más adecuada la posición del art. 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, relativa a los automóviles, vehículos de motor, tranvías y vagones de ferrocarril, los cuales deberán estar asegurados contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscabo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria. Efectivamente, al acreedor hipotecario lo único que le interesa es la cobertura del importe de la responsabilidad hipotecaria. Si ésta es inferior al valor de la aeronave, el importe de la diferencia le resulta completamente ajeno. Conviene imponer al acreditado el mínimo de obligaciones, con tal de que sean suficientes para garantizar los derechos del acreedor.

c) *Aeronaves hipotecables con restricciones.* — Existen los siguientes supuestos :

Aeronaves en proindivisión, o que pertenezcan en usufructo y en nuda propiedad a distintos titulares.—Regula este supuesto con carácter genérico el art. 1.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Del examen de la reciente legislación sobre esta materia se advierte que ha constituido una preocupación constante el conseguir la mayor claridad, a costa de limitar la extensión de la nueva forma de garantía. Cuando el art. 1.º de la Ley dice que podrá constituirse hipoteca sobre los muebles que se mencionan, lo hace siguiendo la técnica romanista, refiriéndose al dominio de estos bienes, el cual está representado por la propia cosa. El número 2.º del art. 106 de la Ley Hipotecaria dice que podrán ser hipotecados los derechos reales impuestos sobre los bienes a que alude el número 1.º. Tales derechos, distintos forzosamente del dominio que implica la plenitud de las facultades, han de ser derechos limitados, en mayor o menor grado. En la Ley de Hipoteca Mobiliaria no existe una declaración análoga, de lo cual se desprende que si con relación a los inmuebles la hipoteca puede recaer sobre el dominio o cualquier otro derecho, con tal de que sea real, con relación a los muebles, la hipoteca sólo puede referirse al dominio. Este dominio ha de ser forzosamente pleno y libre. Pleno, en el sentido de que se refiera a la totalidad de la cosa ; libre, en el de que no esté afectado por limitación o gravamen de cualquier naturaleza. El usufructo se ha considerado por algunos—PAULO y SÁN-

CHEZ ROMÁN (226)—como una «pars dominii» o como uno de los supuestos de dominio dividido o propiedad menos plena, y por ello la vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria exige el consentimiento de todos los partícipes o titulares de los derechos, ya que la cosa sólo puede hipotecarse «en su totalidad». Con respecto a los bienes en proindivisión, podemos afirmar otro tanto. Concebida la copropiedad en nuestro Derecho bajo el tipo romano de cuotas ideales, hay una concurrencia en el objeto, materialmente individuado, de la pluralidad de titulares. No existe gravamen, sino una concurrencia plural en la titularidad de la cosa, que se traduce forzosamente en limitación. De aquí la exigencia del consentimiento de todos los partícipes en la propiedad de los muebles hipotecables para que éstos puedan ser hipotecados.

Aeronaves cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.—También con carácter general está regulado este supuesto en el art. 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Sólo hay un caso en que estas aeronaves pueden ser hipotecadas, y es aquel en que la hipoteca se constituye en garantía del precio aplazado. La explicación de esta limitación la da el propio legislador en la Exposición de Motivos, y tiene por objeto robustecer el crédito para evitar al vendedor con precio aplazado los perjuicios que podría ocasionarle la constitución de esta garantía. En el Reglamento de Hipoteca Mobiliaria se ha tenido en cuenta la posibilidad de que un comprador de bienes muebles con precio aplazado acuda al Registro y obtenga, con mala fe, la hipoteca de los mismos. En este supuesto, la disposición del art. 2.º de la Ley resultaría ineficaz, quedando el vendedor-acreedor privado de protección. Para evitar este riesgo, el art. 13 del Reglamento otorga al vendedor de bienes muebles susceptibles de hipoteca, cuyo precio se hubiera aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, la facultad de inscribir su contrato, con tal de que conste en escritura pública.

Cuando el contrato no conste en escritura pública o no contenga los referidos pactos, la única garantía registral a la que podrá siempre acudir es a la hipoteca constituída para garantizar el precio aplazado.

Aeronaves en construcción.—El artículo 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y el art. 187 del Reglamento del Registro Mercantil,

permiten la hipoteca de aeronaves en construcción, pero no en todo caso, sino únicamente cuando se hubiese invertido en ellas un tercio de la cantidad total presupuestada. Este precepto encuentra su justificación en la necesidad de fomentar la producción aeronáutica. Con este sistema se permite al constructor de una aeronave carente de recursos, iniciada la obra, la posibilidad de continuarla. Este sería el supuesto más frecuente, pero el legislador no limita las posibilidades del crédito, y por ello no impone ninguna obligación de invertir el capital prestado en la terminación de la aeronave, dada en garantía.

Ambos artículos reproducen, en lo esencial, el contenido del artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval, que también exige en su párrafo 1.º, para que pueda hipotecarse un buque en construcción, que esté invertida la tercera parte de la cantidad en que esté presupuestado el valor total del casco.

No se indica en la legislación de hipoteca mobiliaria el modo de acreditar el estado de construcción de la aeronave, que debiera ser semejante al establecido en el mencionado art. 16 para los buques, es decir, la presentación del certificado expedido por el constructor.

Aeronaves extranjeras.—El art. 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria admite igualmente la posibilidad de que sean hipotecadas, pero para ello habrá de estarse a los Convenios internacionales. El más importante relativo a esta cuestión es el suscrito en Ginebra el 19 de junio de 1948, del que nos ocupamos anteriormente. España no se adhirió a él y, por tanto, carece de aplicación en nuestra Patria. También es posible en los casos de reciprocidad.

d) *Hipoteca de varias aeronaves*.—Con el deseo de fortalecer el crédito, el art. 14 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria permite que por un crédito se constituya garantía hipotecaria sobre varios bienes, pero en este caso «deberá distribuirse entre ellos la responsabilidad real, por principal, y, en su caso, por intereses y costas».

Fiel al principio de especialidad mantenido en el art. 119 de la Ley Hipotecaria, al regularse por primera vez en nuestro Derecho la hipoteca de ciertos bienes muebles, se ha considerado oportuno establecer aquí un precepto análogo. Esta disposición es aplicable íntegramente a las aeronaves, no sólo por encontrarse entre las generales de la hipoteca mobiliaria, sino por hacerse en ella una expresa referencia a las mismas.

Pero ese principio, referido a los inmuebles, no es absoluto. Tiene algunas excepciones en la propia legislación hipotecaria (arts. 123 de la Ley y 218 del Reglamento), y en la del Impuesto de Derechos reales, referida a aquélla (arts. 133, 135, 136 y 137 del vigente Reglamento). En cambio, con respecto a los muebles, el precepto general no está sujeto a excepción, y, realmente, tratándose de aeronaves, la excepción hubiera significado la garantía y el éxito de la institución hipotecaria.

Lo lógico sería admitir una hipoteca global sobre varias aeronaves o hipoteca de flota aérea, de tal forma que cada una de ellas pudiera responder de la totalidad del crédito hasta el límite de su valor. Cuando las Empresas aéreas recurren al crédito, lo hacen generalmente para la financiación de varias aeronaves. El prestamista, en estos casos, preferirá que la hipoteca que se constituya en garantía se extienda a toda la flota, pues al ser mayor el número de bienes que responden del crédito, será menor, sin duda, el número de posibilidades de que éste resulte irrealizable. La falta del unánime reconocimiento internacional de la hipoteca sobre aeronaves, unida al desplazamiento fácil más allá de las fronteras del Estado donde está matriculada, decíamos anteriormente que era una de las objeciones más serias que podían oponerse a su admisión, especialmente cuando la garantía hipotecaria se constituía sobre una sola aeronave, pero si la hipoteca se extiende conjuntamente a una serie de aeronaves, esta posible evasión resulta más difícil.

Esta modalidad de hipoteca se ha desarrollado en Estados Unidos bajo el nombre de «fleet mortgage», con gran eficacia, y el crédito aeronáutico ha experimentado un fuerte impulso.

Los principios hipotecarios deben ser flexibles, sin tener una rigidez tal que asfixien a las instituciones cuyo régimen presiden. Mantener a ultranza el principio de especialidad supone, en el actual estado jurídico de las aeronaves, dejar reducida la vigente regulación a un conjunto de normas de dudosa eficacia. Por ello propugnamos que, junto a la norma general, se acoja una excepción cuyo alcance acabamos de exponer.

B. SU CONSTITUCIÓN.—La Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, al explicar la naturaleza de la garantía, dice lo siguiente: «Se trata de trasplantar ciertos bienes muebles que,

por su función económica, lo merecen, y cuya perfección identificadora lo permite, al régimen jurídico de la hipoteca de los inmuebles». La naturaleza de la garantía no ha cambiado, aunque se ha ampliado considerablemente. Por esta razón, todas las cuestiones doctrinales surgidas en torno al diverso valor de la escritura y la inscripción pueden darse aquí por reproducidas. Para nosotros, la inscripción de hipoteca, tanto mobiliaria como inmobiliaria, es constitutiva, es decir, sin ella no nace el derecho real. El art. 3.º de la Ley de 1954 dice que la hipoteca mobiliaria se constituirá en escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro establecido por la propia Ley, sin lo cual el acreedor hipotecario quedará privado de los derechos que la misma Ley le concede.

a) *Escritura pública*.—El único título hábil que la Ley admite para lograr la inscripción es el de la escritura pública. A diferencia de lo que sucede con la prenda sin desplazamiento, en la que excepcionalmente permite que la titulación esté constituida por póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, en la hipoteca no existe ninguna excepción.

Entre los requisitos que deben constar en la escritura, distinguimos dos grupos. El primero comprende los requisitos de carácter general, y aplicables, por tanto, a cualquiera de las hipotecas establecidas en la Ley. A ellos se refiere el art. 13 en sus cinco apartados, y pueden agruparse atendiendo a las personas, a la cosa y al crédito.

1. Relativos a las personas (circunstancias 1.ª y 5.ª).—Son los que identifican la personalidad del acreedor, del deudor y, en su caso, del dueño de los bienes hipotecados. El deudor y el dueño de los bienes, si fuese distinto de aquél, deberán consignar un domicilio para requerimientos y notificaciones.

2. Relativos a la cosa (circunstancias 2.ª y 3.ª).—Descripción de los bienes, especificando su naturaleza, cantidad y calidad, signos distintivos que sirven para la identificación o individualización, título de adquisición y declaración de que no están hipotecados, pignorados ni embargados.

3. Relativos al crédito (circunstancia 4.ª).—Importe en moneda nacional del principal garantizado, plazo para su devolución, tipo de interés si se pactare y cantidad que se señale para gastos y costas.

Además de esas circunstancias, el art. 40 de la Ley prescribe

las siguientes para las aeronaves, todas ellas relativas al objeto de la hipoteca :

Primera.—Número que tuviera la aeronave en el Registro de Matrícula. Puesto que la hipoteca de aeronaves, como la de los restantes muebles, gira en torno a su identificación, hubiera sido más acertado exigir la marca de matrícula íntegra, que es el medio específico para individualizar a cada aeronave entre las que tienen la misma nacionalidad.

Segunda.—Fase de construcción en que se halle, en su caso. Esta circunstancia se refiere únicamente a las aeronaves en construcción, de tal forma que si estuviesen terminadas no será preciso hacer mención alguna.

Tercera.—Marca de fábrica y de nacionalidad y cuantas características la identifiquen. Las marcas de fábrica deberán tomarse del certificado o documento expedido por la Empresa fabricante. Sobre marcas de nacionalidad, nos remitimos a lo expuesto en otro lugar de este trabajo. En cuanto a las características que identifiquen a la aeronave, conviene distinguir entre aquellas que figurarán necesariamente en la inscripción—y que expondremos seguidamente—, las cuales deberán constar en la escritura (art. 14 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria), y las restantes que pueden quedar consignadas o ser omitidas.

Cuarta.—Domicilio de la aeronave. No existe acuerdo en la doctrina, por falta de un fundamento legal y de una terminología precisa, sobre qué debe entenderse por domicilio de la aeronave. Se ofrecen dos posibilidades para llegar a una conclusión : entender por tal el del lugar en que la aeronave está matriculada, o bien, el llamado aeródromo base o aeródromo de permanencia. No nos interesa ahora el aspecto doctrinal, sino el buscar una explicación y aplicación posibles al precepto que comentamos. El legislador bien pudo pensar en cualquiera de las dos soluciones apuntadas. Al admitir, en el art. 38, la existencia de varios Registros de Matrícula, pudo asimilar el domicilio a este Registro, exigiendo en consecuencia concretar en cuál estaba inscrita la aeronave. Pero el Registro de Matrícula es uno, y por ello su mención resulta ociosa, pues, se consigne o no en la escritura, se sabrá siempre con certeza el lugar donde está matriculada la aeronave. Tan sólo en los casos en que se admita la hipoteca de aeronaves extranjeras podrá tener valor esta referencia. Pero no creemos

que, en atención a un supuesto excepcional, se exija en todo caso la constancia de un requisito carente de interés en los supuestos normales. Para nosotros, el domicilio que debe constar en la escritura es el que llamamos aeródromo de permanencia, ya que éste no surge nunca «ex lege» como la matrícula, sino por la voluntad de los interesados, y siempre será conveniente para localizar a la aeronave que exista conocimiento auténtico de cuál sea éste.

Quinta.—Especificación de los seguros concertados, y en especial de los de carácter obligatorio. La contratación de tales seguros se acreditará, ante el Notario, mediante la exhibición de las pólizas suscritas.

b) *Inscripción en el Registro Mercantil.*—Para que la hipoteca de aeronaves quede constituida, se precisa la inscripción en el Registro Mercantil. El art. 3.º se refiere con carácter general a la inscripción en el Registro establecido por la propia Ley. El art. 69, regla 4.ª, al especificar las distintas hipotecas, en razón a las varias clases de bienes, dice que los títulos relativos a las aeronaves se inscribirán en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde se hallaren matriculadas.

Las circunstancias que deben constar en la inscripción extensa de hipoteca, dice el art. 188 del Reglamento del Registro Mercantil, son las prevenidas en los arts. 40 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y 15 de su Reglamento. Las del art. 40 han sido expuestas en las líneas precedentes. Las del art. 15 del Reglamento tienen carácter genérico para cualquier clase de hipoteca mobiliaria (227).

(227) Las circunstancias son: 1.º Descripción de los bienes y derechos hipotecables; 2.º Título del hipotecante; 3.º Nombre, apellidos, domicilio y demás circunstancias personales del hipotecante, del acreedor y, en su caso, del deudor personal; 4.º Importe en moneda nacional del principal asegurado, plazo para su devolución, intereses estipulados y cantidad fijada para costas y gastos; 5.º Expresión literal de las condiciones suspensivas y resolutorias si las hubiere, relación de las estipulaciones o cláusulas que puedan afectar a tercero; 6.º Valor fijado para que sirva de tipo en la subasta; 7.º Domicilio pactado para requerimientos y notificaciones al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor; 8.º Mandatario designado para representar al hipotecante en la venta de los bienes, con expresión de su domicilio; 9.º Notario autorizante de la escritura y fecha de la misma; 10. Pago o exención del impuesto de derechos reales, con indicación, en el primer caso, de haberse archivado la carta de pago; 11. Día y hora de la presentación de la escritura y número del asiento, con referencia al tomo y folio del Diario; 12. Lugar, fecha y firma del Registrador, honorarios devengados y número del Arancel.

La descripción de los bienes, consignada en el apartado primero del artículo citado, tiene reglas distintas según la naturaleza de las cosas hipotecadas. Esas reglas están expuestas en el art. 16 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria, cuyo apartado 5.º indica que las aeronaves se describirán en la forma exigida por su legislación especial. Solamente se hace referencia a la descripción de la aeronave en el artículo 1.º de la Real orden de 6 de marzo de 1920, en la que se especifican los siguientes datos :

Tipo de fabricación, constructor (nombre y dirección), año y número de fabricación, características de la aeronave y pruebas de recepción.

Motores (tipo y potencia), año, serie y número de fabricación, fabricante (nombre y dirección), historial de la aeronave.

Plazas, peso, carga útil, carga de esencia y aceite.

Estos son los datos que pudiéramos considerar especiales, pero la enumeración no es exhaustiva, ya que en el primer grupo de datos se habla de las características de la aeronave, expresión cuya latitud permite incluir otra serie de circunstancias distintas a las que el propio artículo se refiere.

C. EXTENSIÓN OBJETIVA.—El art. 16 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria reproduce casi textualmente, con la única salvedad de añadir al sustantivo hipoteca el adjetivo mobiliaria, lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Hipotecaria y 1.886 del Código civil. Esto plantea un problema de límites muy importante, cuando se trata de aeronaves, con objeto de saber efectivamente qué es lo que queda hipotecado.

Conviene tener presente que la aeronave es un bien de naturaleza compuesta, y que si lo más frecuente es que sea construída en serie, no todas reproducen el mismo prototipo, sino que existe una inmensa gama de variaciones.

El art. 39 de la Ley se ocupa de esta cuestión. Su contenido puede sistematizarse atendiendo a los elementos a los que se extiende la hipoteca de un modo natural, sin que sea precisa una declaración expresa, y los restantes a los que se extiende únicamente cuando existe tal declaración.

a) La extensión natural de la hipoteca, salvo pacto en contrario

afecta a la célula, motores, hélices, aparatos de navegación y radio, herramientas, accesorios, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados a la aeronave, aunque sean separables de ésta. De las primeras palabras pudiera deducirse que el legislador adoptaba un criterio casuístico, pero la enumeración se hace solamente «ad exemplum», como se advierte al continuar la lectura del precepto.

La hipoteca se extiende, naturalmente, a las partes integrantes, sean o no esenciales, y a las pertenencias de la aeronave. Las dudas que respecto a las últimas pudieran plantearse, quedan resueltas con la exigencia mínima del destino al servicio de la aeronave, independientemente de su separabilidad.

b) La hipoteca se extiende, mediante declaración especial, a los repuestos de almacén, los cuales quedarán hipotecados con la aeronave siempre que consten inventariados en escritura de hipoteca. Dichos elementos no tienen la consideración de partes integrantes, ni la de pertenencias, pues falta en ellas la colocación espacial no transitoria, respecto a la principal—aeronave—, aunque estén destinadas al servicio económico de la misma, al menos potencialmente.

c) Subrogación real.—El art. 5.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria establece, con carácter general, que la hipoteca se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados, si el siniestro o hecho que las motiva acaeciese después de la constitución de la hipoteca. En el párrafo siguiente establece el procedimiento a seguir en el caso de que dichas indemnizaciones hubieran de pagarse antes del vencimiento de la obligación asegurada. Este artículo reproduce, con la única excepción de lo relativo a la expropiación, lo dispuesto en el número 2.º del art. 110 del Reglamento Hipotecario, por lo cual nos remitimos a las opiniones de los comentaristas.

D. PRELACION DE CRÉDITOS.—El crédito hipotecario sobre una aeronave puede concurrir con otros de distinta naturaleza, que pueden ser ordinarios o privilegiados. El problema estriba en determinar con exactitud qué créditos tendrán preferencia sobre el hipotecario, cuya solución tiene una gran trascendencia desde el punto de vista de la eficacia de la institución que venimos estudiando. Con objeto de lograr una regulación uniforme de la materia, el Convenio de Ginebra de 19 de junio de 1948, que España no ha suscrito, esta-

bleció en su art. 4.º, apartado 1.º), la preferencia de los créditos originados :

Por las remuneraciones debidas por el salvamento de la aeronave ; y
Por los gastos extraordinarios indispensables para la conservación.

La preferencia se adquiere por orden cronológico inverso a los acontecimientos que los originaron,

Los redactores de la Convención adoptaron un criterio extraordinariamente restringido, lo cual motivó, sin duda, su escaso éxito. Incluso en el momento de la firma, los Gobiernos de Argentina y Chile formularon reservas en el sentido de reconocer la preferencia con arreglo a su legislación nacional a determinados créditos. Argentina se limitó a los créditos fiscales, y Chile, además de éstos, a los del trabajo por los sueldos y salarios de la tripulación.

En la legislación española, señalaba VILLACAÑAS (228), refiriéndose a la Ley de Bases, la necesidad de insertar unos preceptos claros, puesto que si bien no se establece en ella un orden de prelación, sin embargo se hace referencia al carácter privilegiado de ciertos créditos, como los laborales, los del Estado, primas y dividendos del seguro, etc. Hubiera bastado, concluye, para evitar la confusión, lo dispuesto en la legislación común, sin necesidad de declaraciones especiales.

A esa resolución responde lo establecido en el art. 10 de la vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria (incluido en el Título 1.º, que contiene las disposiciones comunes), el cual establece que el acreedor hipotecario, o pignoraticio, gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los arts. 1.922, núm. 2.º, y 1.926, núm. 1.º, del Código civil, dejando siempre a salvo la prelación por créditos laborales. Sin embargo, el art. 41 de la propia Ley, calcado del artículo citado del Convenio de Ginebra, determina la preferencia sobre la hipoteca mobiliaria, por orden cronológico inverso, de las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave.

La justificación de dicha preferencia merece un ligero comentario de carácter favorable, puesto que dichas remuneraciones y gastos contribuyen a mantener intacto el objeto de la garantía y, al mismo tiempo, facilitan al acreedor hipotecario el cobro de su crédito

por vía normal, ya que de este modo podrá continuar la explotación de la aeronave.

Para que la preferencia por tales remuneraciones opere, se precisa su constancia en el Registro Mercantil. El asiento adecuado es la anotación preventiva, que habrá de practicarse dentro de los tres meses siguientes a aquel en que se hubiesen terminado dichas operaciones o reparaciones.

E. OBLIGACIÓN ESPECIAL DEL REGISTRADOR MERCANTIL.—Los artículos 76 de la Ley y 26 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria imponen a los Registradores Mercantiles la obligación de comunicar al encargado del Registro de Matrícula la constitución y cancelación de las hipotecas sobre aeronaves. En el primer caso, harán constar el nombre y apellidos del acreedor y del deudor, aeronave hipotecada, obligación asegurada y fecha y Notario autorizante de la escritura.

En el Registro de Matrícula se practicará la correspondiente anotación y se acusará recibo, que se archivará en el Registro Mercantil en legajos de los de su clase, por orden de fechas.

La falta de toma de razón en el Registro especial no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el libro de hipoteca mobiliaria.

CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO.

Del Cuerpo Jurídico del Aire
Registrador de la Propiedad

Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad

INTRODUCCIÓN

El capítulo VI de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, de 22 de diciembre de 1955, presenta grandes modificaciones e indudables perfeccionamientos en materia de retracto arrendaticio y figuras conexas (1).

La crítica de las reformas introducidas debe ser favorable en general. Especialmente es digno de alabanza el haber suprimido el derecho de retracto cuando el inquilino haya desdeñado el ejercicio del tanteo y el haber reducido a sus justos límites los efectos de la acción impugnatoria.

Por el contrario, consideramos muy criticable el abuso que hace la Ley de prohibiciones de disponer, sin regular después los efectos de su vulneración. Afortunadamente, éstos suelen ser muy reducidos, por lo que no estamos ante auténticas prohibiciones legales de enajenar; pero las dudas no dejan de producirse.

Estos apuntes se proponen hacer una síntesis expositiva y ligeramente interpretativa de los arts. 47 a 55 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, especialmente contemplados desde el punto de vista del Registro de la Propiedad. El propósito lo hemos desdobra-

(1) El Texto articulado de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante L. A. U.) fué aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, publicado en el «Boletín Oficial» del día 21.

do en dos capítulos diferentes : uno, dedicado al estudio de los artículos 47 a 54 desde un punto de vista general, aunque pretendamos ante todo proporcionar un cómodo «memorandum» a Notarios y Registradores; otro, especialmente consagrado al análisis de los problemas que los mismos plantean en relación con los principios hipotecarios y el Registro de la Propiedad. En este segundo capítulo se incluirá la glosa del art. 55.

Latente en el fondo de estas deslavazadas notas hay un deseo primordial: el de que llegue a formarse una corriente de opinión que propugne la uniformidad legislativa en materia de retractos legales, acabando con la casuística y anarquía actual en una figura jurídica que debe responder a líneas directrices unitarias en todos sus casos particulares. La caótica situación presente es insostenible. Una limitación dominical y una traba del tráfico, tan importante como el retracto legal, debe regularse, al menos con claridad. En esta materia más que en ninguna otra, como ha recordado AZPIAZU, «las leyes oscuras han producido más funestas consecuencias que las leyes injustas».

Estos apuntes tienen una finalidad eminentemente práctica. Se ha excluído toda consideración teórica, especialmente en su primer capítulo. Incluso se ha reducido la extensión que originariamente tu vieron estas notas (2)

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y DE IMPUGNACIÓN DEL ARRENDATARIO URBANO

(Glosa de los arts. 47 a 54 de la L. A. U.)

El capítulo VI de la Ley de Arrendamientos Urbanos lleva el siguiente epígrafe: «Derechos de tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio». Sin embargo, los arts. 47 a 55,

(2) Publicado recientemente el «Tratado práctico de Arrendamientos Urbanos», de CASRÁN y CALVILLO (Editorial Reus, dos tomos, 1957). imprescindible obra de consulta tanto por la autoridad doctrinal de sus autores como por lo al día de su contenido, pudiera parecer inútil este trabajo, al

que dicho capítulo contiene, comprenden, además de la regulación de los derechos de tanteo y retracto, otras normas auxiliares y complementarias, algunas de catalogación difícil, si bien la mayoría de ellas pueden centrarse en la figura del derecho de impugnación del arrendatario.

Aunque existen grandes puntos de coincidencia entre los derechos de tanteo y retracto y el derecho de impugnación, que permitirían hacer un apartado con las disposiciones comunes a las tres figuras, creemos preferible, en atención a los muy diversos efectos que el derecho de impugnación produce en comparación con el derecho de adquisición preferente, agotar primero el estudio del «jus praelationis», dejando para después la acción impugnatoria.

SECCION PRIMERA

EL DERECHO DE COMPRA PREFERENTE

(Tanteo y retracto del arrendatario)

Estudiaremos dentro de este apartado los arts. 47 a 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dedicados a estos derechos de tanteo y retracto.

Hace ya algún tiempo que la doctrina española va teniendo ideas claras sobre los derechos reales de adquisición y sus varias modalidades y sobre los tanteos y retractos legales como dos momentos sucesivos o dos fases diferentes de la actuación de un solo interés jurídico: el poder adquirir una cosa con preferencia a un tercero (3).

Prescindimos de toda referencia a la naturaleza (4), fundamento (5) e historia del tanteo y retracto arrendaticio. Y ya hemos di-

menos en su primer capítulo. Lo publicamos, no obstante, si bien sintetizando su exposición aún más, adicionándolo con algunas citas de jurisprudencia reciente y eliminando toda referencia a bibliografía, para la cual nos remitimos a dicho reciente Tratado.

(3) La conocida S. de 22 de noviembre de 1901 ya destacó la identidad de naturaleza y finalidad de los derechos de tanteo y retracto. Insiste en las mismas ideas la S. de 5 de diciembre de 1950.

(4) Sólo en lo imprescindible, nos referiremos a la naturaleza del derecho de retracto en el capítulo 2.º, al tratar de sus efectos «erga omnes» en relación con la protección del tercero.

(5) En cuanto al fundamento del derecho de adquisición preferente del

cho que se ha introducido una reforma fundamental. De las mil maneras caprichosas como el legislador español ha venido barajando tanteo y retracto en los demasiados casos en que ha concedido un derecho de adquisición preferente, la Ley anterior escogió el que más trabas pone al «jus disponendi» del propietario: conceder el tanteo partiendo de una primera notificación, y conceder después, y además, el retracto, partiendo de una segunda notificación.

La nueva Ley ha introducido una elogiabile novedad. Enfocando valientemente el derecho de retracto desde un punto de vista restrictivo y excepcional, muy digno de alabanza (6), centra todo el «jus praelationis» en el tanteo y en la notificación para tanteo (anuncio de la transmisión proyectada), y suprime el retracto en el caso de que el arrendatario desprece o desaproveche su facultad de tantear, conservándolo sólo con carácter subsidiario para los casos en que se pretenda burlar el derecho de preferencia. Innecesario será insistir en las ventajas de este nuevo régimen. Adelantaremos, no obstante, que el nuevo sistema presenta aún algunos puntos oscuros y dudosos, principalmente en torno al art. 49.

Antes de seguir adelante, veamos el texto del art. 47.

Artículo 47.—1. En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o

inquilino, recordaremos que, para la Exp. de Motivos de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, su finalidad era protegerle contra el pretendiente adinerado de su piso, en condiciones económicas de comprarlo para desahuciar en concepto de dueño necesitado del mismo, evitando que aquél sea víctima del cupleo del dinero como instrumento de dominación. La finalidad última de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad que la Jurisprudencia recogía (ver las SS. de 8 de julio de 1952, 4 de mayo de 1953 y 12 de marzo de 1956), no aparece hasta la Exposición de Motivos de la Ley de Préstamos a los inquilinos, de 15 de julio de 1952.

(6) Debemos destacar el interesante giro que parece haber iniciado la Jurisprudencia en torno al criterio interpretativo en materia de tanteo y retracto arrendaticio. Las SS. de 27 de noviembre de 1947, 8 de julio de 1952 y 18 de diciembre de 1954 se orientaban a una interpretación extensiva de los artículos 63 y 64 de la Ley anterior, atendiendo a su finalidad social. Se detiene en este peligroso camino la S. de 14 de enero de 1955; y, por fin, la de 17 de mayo de 1955 sostiene que dicho artículo 63, por revestir carácter excepcional, en cuanto limita las libres facultades del dominio, debe interpretarse restrictivamente. Es pronto para hacer pronósticos sobre si prevalecerá esta última tendencia; pero sí creemos que es el momento de hacer hincapié en que el criterio restrictivo en materia de retractos no viene impuesto solamente por la necesidad de respetar el libre «jus disponendi» del propietario, sino también, y en primer término, por exigencias mínimas del principio de seguridad del tráfico y de protección de terceros.

arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

2. Cuando en la finca sólo existiere una vivienda o local de negocio, su arrendatario tendrá el mismo derecho.

3. De igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuando el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado. A tales fines, deberá consignarse en la escritura el precio asignado a cada unidad de vivienda o local de negocio.

En este artículo aparecen recogidas las principales.

A) DISPOSICIONES COMUNES AL TANTEO Y RETRACTO

I) ELEMENTOS PERSONALES.

Legitimación activa.

Titulares de los derechos de tanteo y retracto, según los términos del art. 47, 1.º, son: el inquilino de vivienda y el arrendatario de local de negocio que ocuparen los mismos.

La base y fundamento de estos derechos es un contrato de arrendamiento.

1. Tiene que tratarse de un arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, teniendo en cuenta los arts. 1.º al 5.º de la misma. Especialmente ha excluído la Jurisprudencia los arrendamientos llamados de temporada (7) y los de industria o negocio (8).

2. Aunque de la letra de la Ley parece requerirse que el locatario ocupe el piso o local, creemos que deberá partirse de una presunción «*juris tantum*» de que el arrendatario ocupa su vivienda o local y que, en todo caso, una desocupación transitoria no será te-

(7) Ver las SS. de 12 de julio de 1951 y 8 de junio de 1953.

(8) Ver las SS. de 8 y 15 de junio de 1953.

nida en cuenta. De todas maneras, la doctrina jurisprudencial probablemente enlazará este requisito de la ocupación con el art. 62, 3.º: pérdida del derecho a la prórroga por no ocupación durante seis meses.

3. El arrendamiento tiene que ser válido y subsistente. Es irrelevante el origen y momento constitutivo del arrendamiento (9); no importa que haya sido constituido por el usufructuario de la finca (10), y es indiferente cualquier vicio que pudiera afectar a su validez si ha quedado convalidado al momento de ejercitarse el retracto (11).

No ofrece duda que el arriendo tiene que existir al hacerse la transmisión originadora del derecho de preferencia. Lo dudoso es si debe subsistir en el momento de interponer la demanda o es bastante que subsistiera al verificarse dicha transmisión. La Jurisprudencia parece opinar ahora lo primero (12).

4. Se debe considerar inquilino no sólo al primitivo contratante, sino a su sucesor «inter vivos», conforme al art. 24, o «mortis causa», conforme a los arts. 58 y 59, y tanto durante el plazo contractual como durante la prórroga obligatoria del art. 57. También al cesionario de la vivienda, conforme al art. 26 (13).

(9) La S. de 3 de junio de 1952 declara que si bien la autorización de un Ayuntamiento para ocupar una casa no es título para una relación arrendaticia, si pendiente juicio de abintestato el administrador judicial la arrienda al interesado que satisface el alquiler durante varios años, queda con ello legitimada la posesión en que el mismo se encontraba.

La S. de 15 de noviembre de 1955 dice que, hecha la venta estando en vigor la Ley, sea cual sea la fecha de entrar en el disfrute del piso —anterior a la Ley de 1946—, alcanzará el derecho de retracto a los hijos sucesores del titular arrendatario fallecido.

(10) La S. de 8 de junio de 1953 ya reconoció el derecho de retracto en el caso de un arrendamiento constituido por un usufructuario. Si se admitió entonces, a pesar de reconocerse en la misma S. que el artículo 480 del Código, no había sido derogado por la L. A. U., creemos difícil defender lo contrario después que el artículo 114, número 12, de la nueva L. A. U. deja subsistente el arriendo después de acabado el usufructo, salvo que fuese notoriamente gravoso para la propiedad.

(11) Ver la S. de 3 de junio de 1952, citada en la nota 3.

(12) Algunos autores, aplicando por analogía Sentencias dictadas en materia de arrendamientos rústicos (3-8-39; 17-5-45), entendieron que bastaba con ser arrendatario, aun en el momento de la transmisión, aunque se haya dejado de serlo en el momento de ejercitar el retracto. Pero una S. de 8 de febrero de 1956 ha dicho que no se puede ejercitar éste por el ocupante de una vivienda, contra quien antes de ejercitar judicialmente el retracto se hubiera dictado sentencia resolutoria del contrato.

(13) Al caso de sucesión «mortis causa» se refiere la S. de 15 de noviembre de 1955.

5. Arrendatario del local de negocio será no sólo el primitivo contratante, sino el heredero que le sucedió «mortis causa» al amparo del art. 60, y el cesionario mediante traspaso realizado en forma legal.

6. No deben considerarse como titulares de los derechos de tanteo y retracto:

Los precaristas.

Los subarrendatarios (14).

Los arrendatarios de industria (15).

Los usufructuarios y habitacionistas.

Los porteros, guardas ni empleados, salvo que hayan concertado con el patrono el arrendamiento de cualquier piso y prueben su titularidad arrendaticia.

Ni los convivientes del art. 27 de la Ley derogada que continúen al amparo del párrafo 2.º de la disposición transitoria 5.ª de la nueva.

7. El incumplimiento del pago de la renta por sí solo, sin S. de desahucio no desvirtuará, como es natural, el ejercicio del tanteo y retracto (16).

Tampoco el que se trate de arrendamiento de vivienda amueblado. Aunque con la Ley antigua era muy discutido, entiende CASTÁN que lo ha aclarado suficientemente el art. 43 «in fine».

8. Titular del arrendamiento podrá ser una persona (física o jurídica), o varias «pro indiviso» (17).

(14) La S. de 15 de junio de 1953 dijo que el derecho de retracto del arrendatario de local de negocio no puede extenderse al mero arrendatario de una industria ni al subarrendatario del local en que está establecido.

(15) Ver, además de la citada en la nota anterior, las SS. de 20 de marzo de 1950, 8 de junio de 1953 y 4 de noviembre de 1955.

(16) Ver la S. de 3 de junio de 1952.

(17) Consideramos innecesaria la demostración de que es posible que dos o más personas sean arrendatarias en común y en igual manera ostenten el derecho de retracto. Esta situación puede nacer desde el principio del arrendamiento o posteriormente en los casos de cesiones de viviendas autorizadas por el arrendador (art. 25) o por la Ley (art. 24), trasposos y sucesión «mortis causa» en el local de negocios (art. 60, 1 y 2); si bien la nueva Ley ha acabado (58, 2) con la sucesión «mortis causa» conjunta en las viviendas (art. 72 de la Ley anterior). La S. de 13 de junio de 1956 se refiere al caso de arrendamiento en proindivisión de quienes le adquirieron mancomunada y solidariamente, concediendo el derecho de retracto porque cada uno adquirió una cuota o porción abstracta del uso de toda la casa y no el uso excluyente de parte alguna concreta o delimitada de su espacio.

CASTÁN y CALVILLO aplican por analogía a estos casos de arrendamiento proindiviso el art. 37 de la Ley, que en materia de tanteo y retracto en

Legitimación pasiva.

Los derechos, acciones y demandas de tanteo y retracto se dirigen contra el propietario de la finca, piso o local. Propietario que lo sigue siendo en el caso de tanteo, y que ha pasado a serlo en virtud de la transmisión originante del retracto.

Es la acción de retracto la que plantea en toda su crudeza lo perturbador del tráfico jurídico, que es el carácter «erga omnes» de la misma. Al poder ejercitarse no sólo contra el adquirente de la transmisión vulneradora del derecho de preferencia, sino contra los subadquirentes o terceros, las acciones de retracto de inquilinos y arrendatarios representan un durísimo golpe para la publicidad registral y para la protección del tercero hipotecario. Este será el tema de nuestro capítulo segundo.

II) ELEMENTOS REALES.

Toda la problemática del «jus praelationis» en cuanto a su elemento real u objetivo, parece que debería ser fácilmente resuelto con el siguiente principio: Sólo precederá el tanteo y retracto del inquilino cuando se dé la ecuación $V = A = R$, siendo V el objeto de la venta, A el del arrendamiento y R el objeto del retracto.

De este principio resultarían las siguientes consecuencias:

a) El objeto del retracto deberá coincidir con el objeto del arrendamiento, y por lo tanto:

1. El retracto no puede extenderse a más de lo arrendado (18).

caso de traspaso dice que «los coarrendadores no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente; pero si alguno de ellos no desee usarlos, se entenderá que renuncia en beneficio del coarrendador que quisiera tantear o retraer».

Ver la S. de 18 de noviembre de 1955 que resolvió la colisión entre un coinquilino que compra el piso y otro que era preferente conforme al artículo 72 de la Ley anterior.

(18) Siendo el fundamento del retracto el carácter de inquilino o arrendatario que el retrayente puede ostentar sobre el piso o casa objeto de la venta, su acción no puede comprender más cosas que las incluidas en el contrato de arrendamiento y a las cuales llegue la posesión arrendaticia, pero no a las demás que integren el inmueble, y así no se puede retraer la totalidad de una casa en la cual solamente corresponde la posesión

2. El retracto no puede limitarse a menos de lo arrendado, ni a una parte de lo arrendado (19).

b) El objeto del retracto deberá coincidir con el objeto de la transmisión originante del mismo (20). Y en consecuencia,

3. El retracto no puede reducirse a menos ni a parte de lo vendido.

4. El retracto no puede extenderse a más de lo vendido.

Pero aunque existen muchas Sentencias ajustadas a estos corolarios derivados de los principios jurídicos de la institución del retracto, hay también muchas que vienen a desvirtuarlos; el propio texto legal parece ser que no los tiene en cuenta, y los autores nos hacen largas listas de casos en los que queda desbordado el principio general y sus cuatro consecuencias expuestas, principalmente en beneficio del retracto (21).

arrendaticia de una parte (SS. de 11 de junio de 1948 y 14 de febrero de 1956).

(19) El inquilino de un piso, parte del desván y un departamento del portal, por renta única no puede, en caso de venta del piso y de la mitad indivisa de las otras dos piezas, ejercitar el retracto sólo sobre el piso (S. de 11 de febrero de 1956). En un caso en que la parte enajenada tenía escasa entidad en relación con lo arrendado, aunque se había agregado al arrendamiento, no se concedió el retracto (S. de 24 de mayo de 1953).

(20) La Sentencia de 13 de junio de 1956 dice que la facultad de retraer asiste al arrendatario cuando entre la cosa arrendada y la comprada, sea un piso solo o sea toda la casa, se dé la más perfecta identidad, por ser uno y el mismo el objeto de ambos contratos.

(21) La exposición más completa y generosa de los supuestos concretos en que el retracto procede es la de GARCÍA ROYO, el cual señala los siguientes:

— Transmisión de un piso que integre por sí solo la planta.

— Transmisión de un piso que, en unión de otros, constituya la planta, tanto si los diversos pisos están arrendados a distintas personas como a la misma.

— Transmisión integral de una planta, ya contenga un solo piso o varios, y en este caso ya estén arrendados a una sola persona o a distintas personas, porque hay venta por pisos en tanto no se enajena toda la casa.

— Transmisión de varias plantas íntegras, ya por separado, ya conjuntamente, y aunque estén en este caso arrendadas a distintas personas.

— Transmisión de un piso o planta arrendado a varios, ya en forma colectiva, ya con división entre ellos de las distintas partes integrantes del piso o planta.

— Transmisión integral de un edificio arrendado exclusivamente a una persona y en el que exista una vivienda o local de negocio.

Solamente deja excluido el derecho de retracto en dos casos:

— Transmisión conjunta y simultánea de un edificio arrendado por pisos o plantas a varias personas. Aunque duda si se ha separado el precio correspondiente a cada piso.

El desbordamiento de los principios lógico-institucionales del ámbito objetivo del retracto se produce por los siguientes puntos :

A) «*Cuando en la finca sólo existe una vivienda o local de negocio*».—En este supuesto, que es el recogido por el núm. 2.º del artículo 47, prescindiendo de que la expresión resulta un tanto incompleta, pues este párrafo debería aclarar que el arrendatario tendrá el mismo derecho «en el caso de venta o cesión solutoria de la finca», se interfiere un concepto que no es muy pacífico: el concepto de finca urbana, lo cual se pone de relieve en los casos de discordancia en la delimitación arquitectónica, usual, catastral, registral y documental de una determinada masa de edificación (22).

Aunque se suele decir que la delimitación e individualización de la cosa inmueble urbana (finca urbana) resulta menos dificultosa que la de la rústica, pues normalmente hay coincidencia entre la finca hipotecaria, la arquitectural, la catastral, etc., no obstante la Jurisprudencia, ante el hecho de que frecuentemente no hay tal coincidencia, ha tenido que reconocer que la individualización de una finca (diagnóstico de cuando una masa de edificación es una finca o una parte de finca o una pluralidad de fincas), es una cuestión de hecho de libre estimación del Tribunal de instancia, sin que sea decisiva a estos efectos la forma de su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que el principio de legitimación, aunque se quisiera extender a estas circunstancias fácticas, constituye mera presunción «*juris tantum*» (23).

Vienen a excepcionar el sentido que, «*prima facie*», había de darse al núm. 2 del art. 47, conforme al principio general que expusimos. los siguientes casos de la Jurisprudencia :

— Y transmisión separada de una o varias habitaciones de las que componen un piso, o transmisión separada de un piso de los varios que componen una planta o edificio, cuando el piso, planta o edificio esté arrendado íntegramente a un solo arrendatario.

(22) El supuesto del art. 47, 2, plantea problemas derivados de la libertad del propietario para la individualización de la finca a través de agrupaciones, segregaciones, etc. No es necesario que detallemos los casos en que así puede quedar burlado el derecho de retracto. Una S. de 8 de julio de 1952 dió lugar al retracto entablado por el inquilino de una casa cuando el propietario la agregó a otra inmediata previamente a su enajenación. Otra S. de 18 de diciembre de 1954 también lo concedió en un caso de nueva edificación arrendada con independencia de la finca, única registralmente, a la que la edificación se agrega.

(23) Ver las SS. de 30 de diciembre de 1955, 11 de junio de 1948 y 6 de febrero de 1956.

— Aunque en la finca haya una vivienda y además un local de negocio independientemente arrendados, se concede el retracto si el arrendatario es el mismo en ambos arrendamientos (24).

— Por el contrario, no se dió el retracto, aunque había un solo arrendatario extendido a toda la casa, por entenderse que había dos locales de negocio, no obstante ser uno de ellos en razón de subarriendo del arrendatario único (25).

Se acomodan a las consecuencias del principio general institucional otros muchos fallos, y así:

— No se concedió el retracto por no extenderse el arrendamiento a la totalidad de la finca, en el caso de existir otro arrendatario (26). Claro que para no concederse tiene que tratarse de dos o más arrendatarios con partes determinadas de la casa cada uno (27). En otro lugar nos referimos al problema de los arrendatarios pro indiviso (*).

— Se dió el retracto por extenderse el arrendamiento a la totalidad, aunque una parte o dependencia estaba dejada en precario a extraños por el arrendatario (28).

B) «*En los casos de ventas por pisos*».—No comprendemos por qué se ha mantenido esta incorrecta frase, que literalmente entendida limitaría el retracto de los inquilinos al caso de venderse todos los pisos de una casa, o al menos más de uno, por el amontonamiento de plurales que lleva.

Tampoco comprendemos la resistencia del legislador a introducir en la terminología legal el término vulgar de «cuartos», si no se prefiere recurrir al galicismo de «apartamentos» o «departamentos». La Ley reformadora del art. 396 del Código civil recurrió a la perifrasis: «partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía

(24) SS. de 3 de junio de 1952 y 4 de mayo de 1953.

(25) S. de 17 de mayo de 1955.

(26) SS. de 11 de junio de 1948 y 30 de diciembre de 1955. Tampoco en el caso de estar ocupado el resto por el propio arrendador (S. de 14 de febrero de 1956), o por otro ocupante que limite el arrendamiento (Sentencia de 14 de febrero de 1956).

(27) Este era el caso de la S. de 14 de enero de 1955, que dijo que el derecho de retracto sólo corresponde al arrendatario de la finca vendida, en el supuesto de existir en ella una sola vivienda o local de negocio, pero no cuando existen en ella dos locales de negocio y dos arrendatarios que pretenden retraer por acción conjunta.

(*) Ver A, I, 8, y nota 17.

(28) SS. de 3 de junio de 1952 y 25 de mayo de 1956.

pública». La Ley de Arrendamientos Urbanos ha preferido denominar piso, vulnerando el sentido que esta palabra tiene para la Academia, a lo que más propiamente podemos llamar departamento o cuarto: habitación o conjunto de habitaciones comunicadas entre sí y con cierto aislamiento de las demás del edificio, que constituyen una unidad de vivienda o de establecimiento. De todas maneras, su sentido es claro, cuando en el mismo artículo se habla de planta refiriéndose al piso en el sentido de la Academia

Los casos de este apartado B) fueron la razón legal del retracto arrendaticio. Desarrollada la propiedad horizontal, consagrado claramente el piso (el cuarto o departamento) como finca independiente, pudieron llegar al cuerpo a cuerpo los propietarios y los arrendatarios de pisos.

Pero aunque la Ley siga hablando de ventas por pisos, está claro que el retracto se concede en todo caso de venta o cesión solutoria de un departamento como finca independiente, si este departamento es objeto de un arrendamiento.

El principio inicial es tan claro como en el caso A), pero su casuística práctica es mucho más rica que allí, aunque derivada de la misma circunstancia: la imposibilidad de determinación clara del piso como finca independiente objeto de la venta, del arrendamiento y del retracto.

Indudablemente que es rica la gama de posibles fraudes al retracto que el propietario puede imaginar a través de su posibilidad de configurar el objeto de su venta como objeto único con un único precio a través de agrupaciones de pisos (o de no segregar), o como objeto total que no llegue a agotar el objeto del arrendamiento a través de segregaciones. Pero creemos que se le ha ido la mano a la Jurisprudencia, y especialmente a los autores, en su interpretación extensiva favorable al retracto en estos casos de ventas de pisos.

No ha ofrecido duda que el arrendatario de un piso no tiene derecho de retracto cuando se enajena la casa entera en la que hay otro u otros pisos más (29).

a) Pero la cuestión batallona ha sido el de la transmisión de toda una planta o de varias plantas simultáneamente (ya se configuren como un objeto único a través de agrupación o de no segregación de los pisos que comprende), cuando sus varios pisos estuviesen arrendados a diversas personas.

(29) Ver las SS. de 8 de julio de 1952, 4 de nov. y 30 de dic. de 1955

Se mantuvo en la correcta doctrina la Sentencia de 11 de junio de 1948. Según ella, si el fundamento del retracto es el arrendamiento del retrayente sobre el piso objeto de la venta, su acción no puede comprender más cosas que las incluidas en el arrendamiento.

Pero las Sentencias de 8 de julio de 1952 y 4 de noviembre de 1955 cambiaron de orientación, y, obsesionadas por la posibilidad de la maquinación fraudulenta, concedieron el retracto referido para cada arrendatario a su piso, y recurriendo, naturalmente, a una distribución pericial del precio entre cada piso.

Solución intermedia fué la de la Sentencia de 24 de enero de 1953, que con gran excepticismo (IZQUIERDO) dejó a los Tribunales apreciando las circunstancias de cada caso, en que lo enajenado no coincide, por exceso o por defecto, con lo arrendado, determinar en justicia si procede conceder el retracto.

La nueva Ley se ha orientado hacia la interpretación extensiva favorable al retracto, en este punto, con su frase de «ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros». Siendo así, no hay más remedio que dar la alternativa a la nueva figura: el retracto urbano por precio pericialmente determinado. Sólo nos queda como una afirmación platónica la de la Sentencia de 13 de junio de 1956 cuando exige para el retracto que entre la cosa arrendada y la comprada se dé la más perfecta identidad, por ser uno y el mismo el objeto de ambos contratos.

b) Demostración de que las cuestiones A) y B) no son sino dos secciones del mismo problema son las Resoluciones, que aplican la misma interpretación extensiva del retracto de los casos de venta de varios pisos en propiedad horizontal, al caso en que la finca se halle dividida en secciones verticales, aunque para la venta se agrupen varias. Así lo entendió la misma Sentencia citada de 8 de julio de 1952, previa la determinación pericial de la parte de precio correspondiente y con la finalidad de evitar confabulaciones dolosas.

III) TÍTULOS TRASLATIVOS ORIGINANTES DE ESTOS DERECHOS.

Es éste uno de los puntos donde requiere más esfuerzo la poda de toda consideración doctrinal y comparativa con otros retractos. Sólo diremos que la frondosa variedad de criterios sobre este

grafe, en las varias figuras de retractos y tanteos legales, creemos que por inexplicable debe desaparecer.

El art. 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos empieza por referirse solamente a las ventas en su apartado primero. Más adelante, el mismo apartado habla de vender o ceder solutoriamente; y en el apartado tercero extiende la facultad de tantear al «caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común». Por sus diferencias, separaremos los dos casos:

A) VENTAS Y CESIONES SOLUTORIAS.

a) *Ventas*.—Aunque principalmente por casos dudosos de derecho transitorio, en la antigua Ley, al exigirse que la transmisión fuera posterior a 1 de enero de 1947, surgió la discusión sobre si se precisa la consumación de la venta (art. 609 del Código civil) o basta la perfección (art. 1.450 del Código civil) para que surja el retracto. Aunque la doctrina y la Jurisprudencia han estado vacilantes, parecen orientarse hacia la tesis de la consumación (30). Por lo demás, en la mayoría de los casos la tradición escrituraria evitará cuestiones.

La doctrina y la Jurisprudencia han extendido el retracto a otros negocios onerosos o más o menos análogos a la venta. Podemos enumerar como más seguros los siguientes títulos:

- Transmisión a censo reservativo (30 bis).
- Transmisión a renta vitalicia (31).
- Transmisión por causa de transacción (32).
- Venta con pacto de retroventa (33), sin que quepa considerar excluida la acción de retracto legal en tanto no transcurra el plazo de duración del convencional.

(30) Esta discusión es ya muy antigua en materia de retractos en general. Se dió entre ANTONIO GÓMEZ y COVARRUBIAS y ACEVEDO; fué objeto de un trabajo de DE DIEGO y se trata «in extenso» en la monografía de IZQUIERDO.

Las SS. de 20 de mayo de 1943 y 27 de noviembre de 1947 han mantenido que es a la fecha de consumación de la venta y no a la simple perfección de ésta es a lo que hay que referir el conocimiento para iniciarse el plazo para retraer. Siguen también este criterio las de 5 de febrero de 1952 y 17 de febrero de 1956.

(30 bis) Asimilada a la venta por las SS. de 9 de marzo de 1893 y 11 de junio de 1902.

(31) Asimilada a la venta en materia de retractos desde POTHIER.

(32) S. de 31 de mayo de 1899.

(33) S. de 20 de mayo de 1943.

— Venta de la nuda propiedad. Esto entiende la mayoría de las Resoluciones y de la doctrina (34). La Comisión de las Cortes no aceptó una enmienda concediendo el tanteo para la adquisición del usufructo y de la nuda propiedad cuando se enajenaren separada o sucesivamente.

En cuanto a la venta aislada del usufructo, una Sentencia dada en arrendamiento rústico negó el retracto (35).

— Venta de participación indivisa. El retracto se limita a la cuota transmitida (36).

b) *Cesiones solutorias*.—Aunque en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha desaparecido la expresión de dación o adjudicación en pago de deudas judicial o extrajudicialmente, que la anterior relacionaba con la también desaparecida distinción de dos plazos diversos para retraer, creemos que nada se ha querido innovar.

Se ha querido dejar a la doctrina la roturación de este supuesto, pero ella no ha encontrado el tema sugestivo. El caso de la dación en pago voluntaria no ofrece dificultades; en ella encaja el retracto como anillo al dedo, pues el así pagado no pensaba, y apenas quería, cobrar de esa manera. SERRANO limita a ella la expresión legal; pero IZQUIERDO cree que en la cesión de bienes de que trata el Código civil se dará el retracto cuando el cesionario venda para hacerse cobro. CASTÁN y CALVILLO se limitan a decir que la inclusión de la cesión de bienes dependerá de la naturaleza atribuible a esta figura.

Pero más lamentable es la cautela doctrinal en enfrentarse con los problemas de las adjudicaciones judiciales. No puede pasarse por alto el art. 1.640 del Código civil (37); pero tampoco podemos es-

(34) SS. de 3 de diciembre de 1946, 22 de enero de 1947, 8 de mayo de 1951 y 21 de enero de 1954, que admiten el retracto por entender que la nuda propiedad no es sino el dominio gravado con el usufructo. En contra, la S. de 12 de febrero de 1949 negó el retracto alegando que si se concediese obtendría el retrayente un derecho de mayor extensión que el vendido, pues tendría la propiedad plena. También le negó la Sentencia de 24 de enero de 1928.

(35) La S. de 3 de marzo de 1944, fundándose en que se perjudicaría al arrendatario que al pasar a ser usufructuario ya no podría retraer la nuda propiedad; pero el argumento es discutible.

(36) Así quedó definitivamente consagrado a partir de la S. de 27 de noviembre de 1947, argumentando sobre la base de la interpretación extensiva, de que no hay obstáculo alguno para ello, de que si no sería fácil burlar la Ley, y del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

(37) El art. 1.640 del Código, dice: «En las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán

timarlo aplicable alegremente. El Código civil no considera necesario el aviso previo en las ventas judiciales ; pero consideramos pueril decir que esto es porque lo excusan los edictos para la subasta. Mas creemos que el Código pensaba en que el dueño directo o útil no dejaría de tener conocimiento de la ejecución contra el otro dueño, a pesar de que tanto antes como después del Código civil ha sido confusa la regulación de las notificaciones del procedimiento a los copartícipes en la propiedad , y además tengamos en cuenta que para el Código civil no eran los retractos cuestión tan vital como para preocuparse de su fracaso.

Ya veremos cómo uno de los sentidos en que puede entenderse la frase «en todo caso», del art. 48, y la frase «siempre obligatoria», del 53, número 2, referidas ambas a la notificación para retracto, es el de exigir ésta tanto en las ventas voluntarias como en las judiciales, sin que los edictos en éstas puedan suplir a aquélla.

c) No originan los derechos de tanteo y retracto otros títulos onerosos. En esto tienen opiniones contrarias CASTÁN y ROCA SASTRE. CASTÁN mantiene la expansiva: «siempre que se trate de una válida transmisión onerosa del dominio, cuya naturaleza no impida la sustitución o subrogación, el derecho del inquilino podrá ejercitarse». ROCA, la restrictiva: «la enunciación de la Ley manifiesta un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa, y su único equivalente, de la adjudicación en pago de deudas».

Conforme a la opinión dominante, *no originan estos derechos* :

— La permuta. Aunque las discusiones sobre este caso vienen de antiguo (38), la Ley de Arrendamientos Rústicos, al hablar de enajenación a título oneroso, dió pie a la doctrina y a la jurisprudencia

para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta y del de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura. En este caso no será necesario el aviso previo que exige el artículo 1.637.»

(38) Desde TIRAQUELLUS, en 1543, y POTHIER, hasta nuestra Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha venido rechazando el retracto en la permuta, aun en el caso del art. 1.446 del Código y prescindiendo de los supuestos de simulación. Ver SS. de 14 de mayo de 1912 y 30 de diciembre de 1927, que admitieron el retracto , pero sólo por haberse apreciado simulación, y las de 7 de junio de 1915 y 9 de mayo de 1935, que sientan de manera terminante la doctrina contraria al retracto en las permutas. Ver también la S. de 27 de febrero de 1954.

dencia para incluir la permuta (39); y algunos proponen distinguir entre las hechas por cosa genérica y por cosa específica (40).

— Las adquisiciones por expropiación forzosa. (Art. 1.636 del Código civil.)

— La promesa de venta. Por no producir efectos transmisivos.

— La donación. Imposible detenernos en analizar los casos enclavados en la zona fronteriza de los negocios onerosos y gratuitos: dotes, donación remuneratoria, donación onerosa, donación mixta, donación modal, etc. En principio, creo preferible denegar el retracto.

B) ADJUDICACIÓN POR CONSECUENCIA DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN.

Este caso del número 3 del art. 47 constituye una novedad introducida por el art. 2.º de la Ley de 8 de febrero de 1952 (y art. 3.º del Decreto-ley de 4 de agosto del mismo año). Pretende atajar un facilísimo fraude a la Ley: compra proindiviso de toda la casa, seguida de adjudicación de cada piso a cada uno de los compradores. Pero como tantas normas exclusivamente encaminadas a evitar fraudes de Ley, puede resultar injusta en muchos casos.

Como la extensión del derecho de adquisición preferente a estos casos, donde no encaja por su propia naturaleza, no tenía más finalidad que cortar dicha posibilidad de fraude, era necesario denegar el retracto y el tanteo donde no aparezca la posibilidad fraudulenta, y por eso exceptúa «el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado».

(39) En materia de arrendamientos rústicos, todos los autores, y las Sentencias de 11 de junio de 19455 y 1 de diciembre de 1947, tuvieron que rendirse ante los términos del art. 16 de la Ley, que no solamente dice «en todo caso de transmisión a título oneroso de una finca...», sino que prevee lo que ha de hacerse cuando la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico. El desfavorable comentario de FLORES DE QUIÑONES a la Sentencia, y la tardía afirmación de VALLET de tener referencias ciertas de que los autores de la Ley sólo pensaron en el caso de precio no pagado en metálico, fueron incapaces de desvirtuar la senda jurisprudencial.

(40) Esta opinión de CASALS COLLEDECARRERA, seguida por IZQUIERDO y recogida por CASTÁN y CALVILLO, parece la más acertada, no tanto en materia de arrendamientos urbanos, en que parece haber conformidad en la doctrina en negarse el retracto en la permuta, como en materia de arrendamientos rústicos, donde es conveniente recortar algo el extensivo criterio jurisprudencial.

Las *principales dudas* que este supuesto B) ha planteado a los autores son las siguientes :

a) Si además del inquilino de vivienda gozan de los derechos de preferencia para la adquisición los arrendatarios de locales de negocio. COSSÍO y ASPIAZU, al publicarse el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, opinaron que no. En contra, BATLLE mantuvo que también en el caso de adjudicación en división de cosa común es digno de protección el cobijo de un negocio e industria. CASTÁN y CALVILLO tampoco hacen distinción alguno, aunque acaso se hayan olvidado del problema. IZQUIERDO ni siquiera estudia este supuesto.

A mí, el texto del art. 47,3, me parece que ha acabado con toda duda. Sólo se refiere al inquilino en caso de adjudicación de vivienda. Basta comparar este apartado con el primero para percibir la diferencia. A todo lo largo de la Ley habla de inquilino, cuando de arrendatario de vivienda se trata, y añade arrendatario cuando tiene que incluir al de local de negocio. COSSÍO y ASPIAZU tenían razón.

b) Si la excepción se extiende a la división de comunidad, resultante a su vez de una adjudicación hereditaria proindiviso. Es decir, a cuando se trata de dividir materialmente una finca que en la partición se mantuvo proindiviso. Opinamos con CASTÁN y ASPIAZU que sí. COSSÍO, en contra.

c) Creemos que esta norma es de indudable interpretación restrictiva. Por ello no creemos que deba extenderse al caso de adjudicación de toda una casa (aunque en ella haya una sola vivienda), por consecuencia de una cesación de comunidad sobre varias casas.

No obstante, hacemos esta afirmación con las naturales reservas, y solamente apoyados en nuestra enemiga a los preceptos exclusivamente encaminados a prevenir fraudes a la Ley (41).

Por lo mismo, consideramos ociosa y contraproducente toda construcción doctrinal sobre la *naturaleza* del derecho de retracto y

(41) Preceptos de este tipo no son sólo injustos, sino siempre insuficientes. Si, por ejemplo, el dueño de una casa con dos viviendas quiere ocupar la del inquilino que menos aprecia, pero que es el preferente según el art. 64, podrá simular segregación y venta como finca independiente de la vivienda de su amigo; dueño entonces de una sola finca con una sola vivienda, podrá desalojar al que antes no podía, y luego, más tarde, volver a simular la compra y agrupación de lo que vendió. Contra esto no defiende al inquilino el art. 47, ni tampoco el 54, aunque lo parezca, pues quien podría valerle del 54 sería el inquilino amigo, que sería el notificado de la segregación y venta, pero no el otro, que no sería notificado.

tanteo en el caso del art. 47, 3. Mejor que construir una nueva y flamante figura: la opción legal de compra (que no es sino la expropiación dicho en «roman paladino»), es propugnar por la derogación de este párrafo y encomendar la defensa del inquilino contra el fraude a la Ley, cuando exista, a la acción de simulación o nulidad por causa ilícita de la compra proindiviso y de la subsiguiente división. Por este acertado camino de la acción de nulidad por fraude, ver la Sentencia de 8 de febrero de 1952.

Innecesario decir que con esta manía de conceder retractos, sea como sea, hay que hacer tabla rasa de muchos conceptos jurídicos. El art. 47 termina diciendo que a tales fines deberá consignarse en la escritura el precio (?) asignado a cada unidad de vivienda o local de negocio (?). También habrá que entender que el inquilino podrá utilizar el derecho de tanteo en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de hacer la división, el valor asignado en ésta a su piso, las condiciones esenciales de la misma y el nombre, domicilio y circunstancias del adjudicatario, aunque la Ley se ha olvidado de esto.

IV) EL RANGO DEL RETRACTO ARRENDATICIO URBANO.

Artículo 50.—El derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar con excepción del de retracto, reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido.

La redacción de este artículo, aunque muy parecida a la del antiguo 66, es bastante más correcta gramaticalmente.

Además, al especificar que el único retracto preferente al del inquilino es el del condueño «de la vivienda o local de negocio transmitido», ha venido a desvanecer las dudas surgidas sobre la forma de resolver la colisión entre el retracto del inquilino o arrendatario y el tanteo concedido al «propietario horizontal» por el art. 396 del Código, si bien estas dudas podían estimarse ya resueltas por la Jurisprudencia (42), que había aclarado ya que el condueño con retracto preferente al inquilino o arrendatario, a que se refería la Ley de

(42) Ver la S. de 23 de abril de 1956.

Arrendamientos Urbanos, no podía ser otro que el condueño del piso cuya cuota indivisa se transmite o el condueño por cuotas de toda la finca, pero no el dueño de otro piso. Efectivamente, el tanteo concedido por el art. 396 del Código civil tiene más de retracto de colindantes que de comuneros.

También es más claro este art. 50 que el correlativo de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Pero debemos señalar que se ha olvidado del art. 1.642 del Código civil, que da preferencia al retracto enfiteúutico sobre el de comuneros. De la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta que el arrendaticio deberá ser preferido al enfiteúutico; pero postergado al de comuneros, y del Código resulta que el enfiteúutico es preferente al de condueños. ¿Cómo solucionar esto, especialmente si van al retracto los tres?

El olvido es imperdonable, a pesar de que el caso de colisión de retracto enfiteúutico y de arrendatario no sea muy frecuente; porque ha sido tropezar dos veces en la misma piedra después que la doctrina había destacado la misma incongruencia en la concurrencia de comuneros de menos de tres años, colonos y colindantes (43).

(43) La jerarquía de los retractos urbanos, en síntesis, es:

1.º Los retractos administrativos prevalecen sobre los legales de interés privado (art. 1.636 del Código civil).

2.º Los legales, sobre el convencional. Las Leyes de Arrendamientos Rústicos y Urbanos parecen orientarse en este sentido, y una S. de 19 de mayo de 1943 concedió el retracto legal en un caso de venta a carta de gracia, si bien con la salvedad de que, como el retrayente se subroga en la posición del comprador, quedará afecto al pacto de retroventa.

El art. 76 del Apéndice aragonés también concede el retracto de alorio aunque medie carta de gracia.

En contra, la doctrina catalana (FAUS) afirma que los derechos de lluir y quitar son preferentes al retracto legal. Se apoyan en el Proyecto de Apéndice de 1930, según el cual el derecho de fadiga no tiene lugar en la venta cuando la primera enajenación se hizo a carta de gracia; y una Sentencia de 10 de diciembre de 1907 estimó que el plazo para retraer el dueño directo ha de contarse desde la consolidación de la venta del dominio útil al no utilizar el vendedor su derecho de retracto convencional. Pero la S. de 20 de mayo de 1943 mantuvo criterio opuesto.

3.º El retracto enfiteúutico es preferente al de comuneros (art. 1.642 del Código civil).

4.º Es difícil que surja colisión entre el retracto gentilicio y el de comuneros, ya que éstos, en la mayoría de los casos, coincidirán con el grupo de parientes propincuos. De las Leyes de Toro (Ley 74), y del artículo 76 del Apéndice Foral de Aragón, resulta preferente el de comuneros, aunque no resulte muy claro el término de extraños que este último emplea.

5.º El retracto enfiteúutico, y después el de comuneros, son, sin duda, preferentes al tanteo del «propietario horizontal», porque éste no es condomino de los otros pisos, no obstante la comunidad incidental de los ele-

V) EL PROMETIMIENTO DEL ART. 51 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.

No vamos a discutir ahora si el Código civil, individualista, liberal y antivinculador, quiso derogar los antiguos prometimientos de los retrayentes, que recoge la Ley de Enjuiciamiento (44). Lo cierto es que el Tribunal Supremo los consideró vigentes, aun después de la promulgación del Código (45).

La Ley de Arrendamientos Urbanos, al crear el retracto arrendaticio, lo estableció con la secuela del tradicional compromiso o prometimiento de no enajenar; y puesta a elegir su plazo de duración, se decidió por el más corto de los tres de la Ley de Enjuiciamiento: el de dos años del retracto gentilicio, que también había conservado el Apéndice aragonés para su retracto de abolorio.

Pero el legislador, con tono publicístico muy criticable, pareció que transformaba el antiguo prometimiento en una prohibición legal de enajenar: «no podrá transmitir...»; es la misma terminología de la Ley de Arrendamientos Rústicos (art. 17), si bien utilizando la expresión sintética de transmitir el piso por acto «inter vivos» y no la casuística de la Ley de Arrendamientos Rústicos; «enajenarla, arrendarla, cederla en aparcería, ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio de la misma».

El nuevo art. 51 ha continuado con el mismo tono de norma de orden público, en que se impone una prohibición legal de enajenar y no se regulan las consecuencias de su contravención con claridad; pero su párrafo segundo ha mejorado mucho el precepto.

Artículo 51.—1. El retrayente, o el que hubiere adquirido por

mentos comunes. Este tanteo y consiguiente retracto son más bien fundados en la colindancia; por ello su postergación resulta del propio artículo 396 cuando habla de preferencia respecto de extraños, y del 1.524, 2.º

6.º Hasta aquí hemos conseguido un orden lógico. Pero el art. 50, como hemos dicho, dificulta la colocación del arrendaticio. Creemos que lo más sencillo es colocarlo después del de comuneros en todo caso, y por tanto, también después del enfiteútico, preferente a ambos cuando exista. De todas maneras, la variedad de plazos y mecanismo de cada una de las figuras hace de la colisión de retractos un tema desagradable.

(44) Arts. 1.618, párrafos 4.º, 5.º y 6.º, y 1.628 a 1.630, de la Ley de Enjuiciamiento.

(45) SS. de 13 de noviembre de 1894 y 7 de julio de 1903.

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

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

Analizando este artículo, podemos señalar los siguientes puntos principales :

a) *Actos de transmisión prohibidos.*—Todas las transmisiones por actos «inter vivos» del piso adquirido

Parece que la prohibición tiene, pues un ámbito mucho menor que en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Sólo se prohíben las transmisiones dominicales, aunque el artículo no sea totalmente indudable en este punto.

GARCÍA ROYO enumera como prohibidas: las donaciones «inter vivos», compraventas, permutas, daciones y adjudicaciones en pago, transmisiones a censo reservativo o con renta vitalicia, transmisiones del usufructo y de la nuda propiedad, ejecución o adjudicación hipotecaria, etc. Pero REYES Y GALLARDO excluye las transmisiones de carácter forzoso: adjudicaciones judiciales o administrativas.

Lo que más se ha discutido es si debe de incluirse la transmisión en arrendamiento. GARCÍA ROYO entendió que no, por múltiples argumentos; pero otros opinaron lo contrario, que parece más lógico, como comprendió la Ley de Arrendamientos Rústicos. Esta duda debió desvanecerse por el artículo que glosamos expresamente.

b) *La salvedad «si hubiese venido a peor fortuna».*—No autoriza la transmisión cualquier venida a peor fortuna en un sentido contable. La frase ha de completarse en forma análoga a como lo hace el Apéndice de Aragón: «Si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación», o mejor aún, con la frase de la Ley de Enjuiciamiento: «... que alguna desgracia hiciere venir a menos fortuna al retrayente y le obligare a la venta».

Puede ser útil la jurisprudencia sobre el art. 25 de esta Ley, que prevé una situación similar: venir al estado de pobreza en el curso de una instancia

c) Al hablar solamente del piso adquirido, induce este artículo a dudar si es *aplicable a los retractos de locales de negocios* o no. Pero seguramente el término «piso» comprende tanto al dedicado a vivienda como a local de negocio. Por otra parte, no hay por qué entender restrictivamente los prometimientos que acompañaron siempre a los retractos. Lo que se debe hacer es entenderlos como tales prometimientos y no como prohibiciones legales de disponer.

d) *Efectos de la infracción de la prohibición.*—Contemplando el panorama doctrinal anterior a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, asusta la propensión de nuestros juristas modernos (por lo demás, de indiscutible solvencia y formación) a prescindir de las construcciones tradicionales, de los principios de autonomía de la voluntad y de libre «jus disponendi» del propietario, en cuanto el legislador se descuida.

Casi todos, creyendo que los prometimientos de la Ley de Enjuiciamiento no son más que «paños calientes» frente a la «penicilina» de las prohibiciones de disponer, se lanzaron alegremente a la solución más simple y cómoda, que entendieron la más «moderna»: la transmisión hecha es nula de pleno derecho con nulidad radical. Y llegó a ser doctrina dominante, tanto para los retractos rústicos como para los urbanos.

Unos concedían la acción de nulidad al retrayente enajenante (SERRANO), saltándose la prohibición del «venire contra factum proprium», y la de alegar la propia «turpitud». Otros entendieron que la transmisión podría ser impugnada por cualquiera que tenga interés en la declaración de nulidad (IZQUIERDO), y que la impugnación perjudicaría al tercero hipotecario sin necesidad de ninguna constancia registral en los términos del art. 26, norma 1.^a, de la Ley Hipotecaria.

Afortunadamente, la sana doctrina regresó por dos direcciones:

Una, al comprender que la consecuencia más importante había de ser la resolución del retracto, pues ni el arrendador ni el comprador retraído y vencido adelantan nada con deshacerse solamente la transmisión prohibida (GARCÍA ROYO).

Otra, al defender algunos tratadistas (excepciones honrosas) que no se trataba de una prohibición legal, sino de un compromiso cuyo incumplimiento solamente producía la resolución del art. 1.124 del Código civil y no la nulidad del art. 4.º del mismo (HIJAS PALACIOS),

por lo que había que estar simplemente a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento (BATLLE).

Afortunadamente, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos se ha inclinado hacia la tendencia contraria a la nulidad de pleno derecho, si bien el apartado 2.º del art. 51 resulta un tanto confuso al decir que «el incumplimiento de esta prohibición producirá la resolución del contrato originario y el de la segunda transmisión, a instancia de parte perjudicada.

Prescindiendo de los defectos gramaticales del párrafo, origina las dos siguientes dudas fundamentales :

— Quién sea la parte perjudicada, posible demandante. Creemos que no puede ser más que el propietario arrendador si se trataba de tanteo, y además el comprador retraído y vencido en caso de retracto. Nadie más puede entenderse parte perjudicada por la vulneración del prometimiento. Los mismos que fueron los sujetos pasivos del derecho de preferente adquisición. No hay por qué ver por todas partes violaciones del orden social.

— Cuál sea ese contrato originario que se resuelve. No creemos que sea el arrendamiento, base del retracto que murió al triunfar este ; ni tampoco la venta originadora del retracto, porque eso requería decir que el retrayente era el que debía continuar siendo dueño del piso. Ese contrato originario no puede ser más que el retracto mismo, o el tanteo mismo. No está mal hablar de originario (originario de la prohibición) ; pero sí hablar de contrato, cuando precisamente la Ley de Arrendamientos Urbanos ni regula la efectución extrajudicial de los derechos de adquisición preferente, ni dice que su efectución judicial culmine en una sentencia de condena al otorgamiento de una venta.

De todas maneras, el actual art. 51 nos ha librado de la pesadilla de la prohibición legal de disponer y consiguiente nulidad de pleno derecho. La palabra resolución es terminante y puesta con plena conciencia de su sentido. A la vista del párrafo 2.º del art. 51 y del art. 150, que declara subsidiariamente aplicable la Ley de Enjuiciamiento, no hay más remedio que volver a la construcción tradicional restaurando las normas de ésta, que sin pecar de romanticismo jurídico estimamos tan sencillas y elegantes : «Luego que sea firme la Sentencia .. se tomará razón en el Registro... del compromiso que se haya contraído» (artículo 1.628).

Pero continuaremos con esta cuestión en el capítulo segundo.

Sólo añadiremos que la redacción del art. 51, puesto que no estamos ante ninguna prohibición de enajenar, deberá mejorarse en el futuro. Los términos del art. 1.630 de la Ley Procesal son insuficientes para incluir el caso de tanteo; pero no hay inconveniente en volver a la terminología tradicional hablando de promesa o compromiso de conservar la finca tanteada o retraída y diciendo que la enajenación que se hiciere antes del vencimiento del plazo sin la conformidad del propietario o comprador vencido quedará resuelta y sin efecto el tanteo o retracto, a instancia de los mismos (46).

La *Ley de 15 de julio de 1952* vino a esclavizar aún más al inquilino que haya conseguido la propiedad de su vivienda por tanteo o retracto financiado con préstamo obtenido al amparo de dicha Ley. Su art. 9.º prohíbe enajenar o gravar la vivienda, arrendarla o ceder en cualquier otro modo su uso en un plazo de tres años; y aun transcurrido éste, sin autorización escrita de la entidad prestamista. Aunque en forma muy imprecisa, este artículo engloba dos cosas distintas: la prohibición durante los tres años, que por obedecer a las mismas razones que la prohibición general de la Ley de Arrendamientos deberá reconducirse actualmente al mismo régimen del artículo 51. sin más diferencia que la del plazo y la prohibición específica de este art. 9.º, exclusivamente impuesta en interés de la entidad prestamista, que lógicamente no durará más que la hipoteca sobre la propia vivienda que previene el art. 8.º, y que en buena doctrina no debe ser una prohibición legal de disponer, sino una norma encaminada a dar validez y efectos reales a un pacto del contenido expresado, a insertar en la escritura de hipoteca (mera obligación de insertarlo por parte de las entidades prestamistas, destinatarias de la referida Ley de 1952).

B) DISPOSICIONES ESPECIALES DEL TANTEO

El tanteo, en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, no es solamente una institución preventiva del retracto y una primera fase de actuación del interés legalmente protegido del arrendatario

(46) Inexplicablemente, CASTÁN y CALVILLO dejan virgen de todo comentario el art. 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como si ningún problema plantease.

en hacerse dueño con preferencia a un tercero, sino que ha pasado a ser la figura central y preferente del «jus praelationis» para la adquisición. Se ha comprendido que es la manera más correcta y menos perturbadora de actuar el derecho de preferencia. El retracto queda limitado a los casos en que se haya querido soslayar y burlar tal derecho; pero desdeñado el mismo en fase de tanteo, no puede ser ejercitado en fase de retracto.

Ahora bien, este nuevo sistema, como todas las novedades, está aún carente de experiencia. El derecho de retracto opera sobre una transmisión perfectamente concretada, mientras que el derecho de tanteo descansa en un mero anuncio y proyecto de transmisión, acaso imaginaria. De esto pueden surgir inconvenientes y maquinaciones, y así lo ha comprendido la Ley, que dedica el art. 49 a atenuarlos; pero creemos que este artículo tendrá que ser objeto de sucesivos perfeccionamientos.

Por otra parte, no debe asombrarnos que este nuevo sistema haya tardado tanto en ser consagrado. No se sintió su necesidad hasta que una serie de circunstancias, extrañas al normal juego de los intereses de dueños y retrayentes (simulaciones de precios frente a la presión fiscal, escasez de viviendas, desarrollo de la mala fe), enconaron la institución del retracto, que en circunstancias normales era eludida por tanteos amistosamente concertados.

I) PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE TANTEO

A) Es necesario, en primer término, que se den los requisitos o *presupuestos generales* que hemos estudiado como comunes a los derechos de tanteo y retracto. Nos remitimos, pues, a todo lo dicho sobre elementos personales, elementos reales, títulos originadores y rango de estos derechos.

B) La *notificación para tanteo*.—Esta notificación primera para tanteo aparece regulada en el art. 47, 1, que ya dejamos transcrito. Debemos considerarla como un verdadero requisito «sine qua non» del derecho y de la acción de tanteo. Estos no nacen del propósito de transmitir, sino de la notificación misma, que tiene así el carácter de único medio de prueba de la decisión de vender la vivienda o local de negocio, o de dividir la cosa común

Conforme a dicho artículo, el *contenido* de esta notificación es :

a) La decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio.

Expresión legal a la que debe darse la interpretación extensiva necesaria para incluir todos los casos y supuestos como originadores de los derechos de tanteo y retracto.

b) El precio ofrecido por cada piso o local de negocio.

c) Las condiciones esenciales de la transmisión ; y

d) El nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

Estos extremos, d), de la notificación no se exigían expresamente en la Ley anterior; pero la doctrina los estimaba necesarios. Las condiciones de la transmisión, c), se han reducido a las esenciales, cuya determinación quedará a la libre apreciación del juzgador.

La notificación ha de hacerse en *forma fehaciente*. Cosa que estudiaremos en otro lugar.

C) *El ejercicio del tanteo dentro del plazo (Caducidad del tanteo).*—El plazo durante el cual puede ejercitarse el derecho de tanteo es el de «sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente...».

Como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia, este término de sesenta días es de caducidad y no de prescripción (47).

El sistema del cómputo del plazo (días naturales) venía siendo el tradicional en materia de retracto (48) y ya había sido recogido por la Jurisprudencia en materia de arrendamientos urbanos (49).

La Ley anterior estableció el plazo de treinta días ; pero un Decreto-ley de 1952 (8 de febrero) amplió a cuatro meses el derecho de tanteo del inquilino de vivienda («B. O. del E.» de 14 de febre-

(47) Como resulta de las SS. de 25 de octubre de 1950 y 21 de noviembre de 1955.

En cuanto a la justificación de haberse presentado la demanda en plazo, véase la S. de 4 de mayo de 1953.

(48) S. de 8 de abril de 1920, a pesar de que el art. 1.638 del Código habla de nueve días útiles. Se trata, pues, de un plazo de caducidad de un derecho y no de un término judicial; por lo tanto, no es susceptible de prórroga ni ampliación ninguna.

Sobre la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo hasta el último momento del plazo legal, ver la S. de 26 de junio de 1950.

(49) La Jurisprudencia ya había declarado que los días a que se refería la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior (en su art. 67) eran días naturales (SS. de 12 de mayo de 1952 y 30 de junio de 1953).

ro); el art. 17 de la Ley de 15 de julio del mismo año, relativa a la concesión de préstamos a los inquilinos para adquisición, por tanteo y retracto, de sus viviendas, dispuso que la solicitud de petición del préstamo producirá el efecto de ampliar por un mes los plazos del art. 64 (que se refería al plazo para retracto en la antigua Ley). El Decreto-ley de 4 de agosto de 1952, al poner en vigor dicha Ley de 15 de julio, derogó expresamente (art. 3.º) el Decreto-ley de 8 de febrero y otro de 17 de mayo, que había prorrogado por tres meses más. Y por último, un Decreto-ley de 28 de noviembre del mismo año amplió a cuatro meses los plazos en los casos de la Ley de 15 de julio, si bien con carácter transitorio.

La disposición final 2.ª de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha mantenido vigente la Ley de 15 de julio de 1952. Y la opinión dominante, a pesar del fenomenal barullo de los preceptos sobre esta materia que se dictaron el año 1952, parece ser que actualmente no hay más plazo que el de sesenta días de la nueva Ley, que se amplía por cuatro meses en virtud de la solicitud de petición del préstamo, debidamente registrada y certificada, por la entidad ante la cual se hubiera formulado.

II) EJERCICIO DEL TANTEO

Nada nos dice la Ley sobre la forma de ejercitarse el derecho de tanteo, aparte de las normas de carácter procesal, que tampoco son muy claras, pues nos dejan en la duda de si la acción de tanteo se ha de desarrollar por el juicio de retracto de la Ley de Enjuiciamiento o no (49 bis).

El art. 1.637 del Código civil configura la notificación para tanteo enfiteútico, casi como una oferta de compraventa sobre la base de la cual, el hacer uso del derecho de tanteo pagando el precio, parece perfeccionar y consumir sin más la compra.

Los términos del art. 396 del mismo texto legal parecen más correctos: el titular del tanteo, mediante la comunicación al vendedor de su voluntad de adquirir, obliga a éste a la transmisión, y se obliga por su parte al pago del precio. Esta es la construcción del tanteo (VORKAUFRECHT) en el Derecho alemán: pretensión

a la transmisión condicionada al ejercicio de un derecho potestativo condicional; ejercicio que se realiza mediante una declaración de voluntad, unilateral, recepticia y no formal.

La Ley de Arrendamientos Urbanos nada aclara sobre este particular. Sólo piensa en el ejercicio judicial del tanteo cuando se refiere a las acciones de tanteo (50); sin embargo, como su actuación extrajudicial es lo más frecuente, debió reglamentarse la forma fehaciente de manifestar la declaración unilateral de tanteo, conectada con el ofrecimiento o consignación del precio, verificada la cual en plazo habría de estimarse ejercitado el tanteo, sin perjuicio de la posterior acción judicial en caso de resistencia del propietario a otorgar la escritura de venta.

Los comentaristas se limitan al problema de si el acto de conciliación implica ejercicio del derecho de retracto (o tanteo) y en qué forma dicho acto interrumpe el término de caducidad. La Jurisprudencia se orienta hacia el criterio afirmativo más favorable al retracto (51).

Ante la laguna legal sobre la manera de ejercitar el derecho de tanteo, la Jurisprudencia se muestra vacilante, incluso en extremos concretos, cual es el de si es necesario que a la manifestación de voluntad de ejercitar el tanteo se añada el pago o la consignación del precio (52).

Estudiaremos, al tratar del retracto, el problema de lo que debe entenderse por precio para el retracto y tanteo, otro de los puntos que nos revelan el enconamiento de la institución a que nos referimos antes.

III) CADUCIDAD DE LA NOTIFICACIÓN PARA TANTEO. (EL CABALÍSTICO ARTÍCULO 49)

Artículo 49.—Los efectos de la notificación prevenida en el artículo 47 caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a

(50) En el capítulo XII, referente a «Jurisdicción, competencia, procedimiento y recursos», arts. 120 y siguientes.

(51) Ver las SS. de 12 y 17 de junio de 1936, 10 de marzo de 1945, 7 de junio de 1945, 24 de junio de 1946, 27 de enero de 1950, 8 de julio de 1953 y 25 de noviembre de 1955.

(52) Afirman que esto es necesario las de 26 de junio, 5 y 23 de diciembre de 1950 y la de 20 de octubre de 1955. Ver, en cambio, la de 24 de enero de 1953.

la misma. Pasado este plazo, no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación del tanteo.

Este artículo se compone de dos apartados, que no parecen escritos por la misma pluma. El primero es correcto, e incluso peca de conceptualismo jurídico. El segundo es criticable por su imprecisión, y a veces puede resultar injusto.

a) El apartado primero quiere decir que el propietario sólo puede realizar la transmisión notificada dentro de esos ciento ochenta días, si quiere estar libre de retracto. La transmisión hecha después, aunque sea coincidente con la notificación, se considera no notificada y, por consiguiente, gravada con el derecho de retracto, no obstante haberse desdeñado el ejercitar el tanteo.

Esto es justo y lógico, entre otras razones porque el inquilino no debe estar indefinidamente en la duda de si la transmisión se realizará o no, y porque con el transcurso del tiempo varían las circunstancias que tuvo en cuenta para optar por el no ejercicio del tanteo (53). La caducidad del derecho de tanteo debe ir acompañada de la de los efectos de la notificación desde que se adopte el criterio de no conceder el retracto cuando se desdeñe el tanteo.

Pero es criticable que este apartado haya empleado una dicción tan conceptuosa. Para preceptuar que la transmisión tardía o retrasada se estima transmisión no notificada para tanteo, hubiese sido preferible añadir este caso a los de concesión del retracto del artículo 48, 1 (54).

b) Como ya apuntamos, el art. 49 pretende cortar los inconvenientes y maquinaciones posibles con el nuevo sistema introducido de hacer del tanteo la figura central, dejando el retracto como subsidiaria. Especialmente su *segundo apartado* ha querido salir al paso del juego de amagar y no dar del propietario (55); pero las

(53) En épocas de depreciación monetaria sería fácil burlar el derecho de preferencia notificando una venta a precio excesivo para el momento de hacerse y durante el plazo de caducidad del tanteo, pero que habría de resultar conveniente pocos años o meses después.

(54) La norma de este primer apartado del art. 59 no es objeto de ningún comentario en el CASTÁN y CALVILLO. Por ello nuestra interpretación de su conceptuoso texto carece de todo refrendo doctrinal.

(55) El propietario notifica al inquilino o arrendatario una venta a precio elevado; si éste ejercita el tanteo, tanto mejor; si no, da marcha

leyes no pueden pretender aprisionar en sus redes todas las trampas que en casos aislados puedan burlarlas, y la norma de este apartado, aunque bien intencionada, ha de producir consecuencias perturbadoras y está obsesionada por la vieja leyenda del pobre inquilino y el malvado casero (56).

Cuando era de esperar que el *apartado segundo* del art. 49, en congruencia con el apartado primero, continuase diciendo que pasado el plazo de ciento ochenta días, sería necesaria nueva notificación para tanteo, con apertura de nuevo término para tantear, aun tratándose de transmisión idéntica a la notificada anteriormente, lo que ha hecho es decir que no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación.

Y ya estamos otra vez forcejeando con la letra de la Ley para reducirla a una mera pseudo-prohibición de disponer. Afortunadamente, en esta pugna tenemos a nuestro favor la lógica más elemental. No es posible encontrar ningún interés jurídico, ni social, ni individual, que deba ser protegido contra un intento de transmisión antes de los dos años que no sea el del mismo inquilino o arrendatario, bastante endeble, además, en no estar mareado frecuentemente con anuncios de transmisión y consiguientes meditaciones para decidirse por tantear o no. Este endeble interés es imposible, además, que tenga más vigor y consecuencias jurídicas que su derecho de preferente adquisición mismo. Luego la prohibición de enajenar y sus perturbadoras consecuencias (nulidad de pleno derecho de la transmisión) es excesiva para el propietario y puede ser perjudicial para el arrendatario que pretende adquirir.

CASÁN y CALVILLO ven aquí una prohibición temporal de enajenar; pero al estudiar la acción de impugnación (art. 53), dicen que la infracción de esta prohibición origina la aplicación por analogía del art. 53. Ven una laguna legal en cuanto a los efectos de tal infracción y la llenan acudiendo a la acción impugnatoria; pero reconocen que el punto es dudoso y no son congruentes con su primera afirmación de tratarse de una prohibición de enajenar.

Modestamente opinamos que la única consecuencia de la trans-

atrás, y más tarde notifica otra a menos precio, y así sucesivamente hasta que el arrendatario caiga en las zarpas del lobo del viejo cuento.

(56) Pensemos en el caso de la pobre viuda, que cree haber conseguido al fin un comprador para su pequeña casilla arrendada, y luego ni el inquilino va al tanteo, ni el comprador llega a cerrar trato. La Ley la cierra durante dos años el camino de conseguir vender su casilla.

misión verificada antes de los dos años, a contar de una notificación para tanteo, es que el arrendatario tenga derecho de retracto, ya sea la transmisión coincidente con la primera notificación o no lo sea y ya haya habido una segunda notificación o no la haya habido. El art. 49 no pretende proteger al inquilino contra un adquirente denegador de la prórroga legal por necesidad propia, sino contra el propietario arrendador que le pretende marear a fuerza de notificaciones para tanteo. Con un poco de buena voluntad, su texto es suficiente; cuando dice que no podrá *intentarse* nuevamente la transmisión, no dice que no pueda hacerse la transmisión, sino solamente que no puede notificarse para tanteo, y si se hace, la notificación carece de efecto; luego procede el retracto. El párrafo segundo del art. 49 debe entenderse que dice: «Pasado este plazo, no podrá hacerse nueva notificación hasta transcurridos dos años» Y más correcto sería haber añadido otro caso más a los de concesión del retracto del art. 48, 1: el de transmisión verificada antes de transcurrir dos años, contados desde una notificación para tanteo, aun con nueva notificación, también despreciada (57).

Como empezamos diciendo, el nuevo sistema de retracto, meramente excepcional y de segunda línea, está falto de experimentación, y el art. 49 necesitará sucesivos retoques.

C) DISPOSICIONES ESPECIALES DEL RETRACTO

C) El derecho de retracto, que venía siendo la figura central y básica del derecho de preferencia, ha pasado a ser en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos una segunda fase de actuación del mismo, de carácter excepcional y subsidiario, limitado a los casos de no haberse dado al inquilino o arrendatario la oportunidad para el ejercicio del tanteo; pero no cuando se ha desaprovechado dicha oportunidad.

Esta novedad tiene que considerarse elogiable, puesto que el derecho de preferencia del arrendatario o inquilino ha alcanzado un desarrollo tal que el legislador ha tenido que partir de la base de que el ejercicio del derecho de preferencia es la regla general. No

(57) Claro es que, además, si se dan sus correspondientes supuestos, procederá también la acción impugnatoria de los arts. 52, 53 y 54, que luego estudiaremos.

obstante, hasta que el nuevo régimen se consolide, no han de dejar de presentarse inconvenientes y dudas.

Las normas fundamentales del derecho de retracto se hallan contenidas en el art. 48.

Artículo 48.—1. En los mismos casos a que se refiere el artículo anterior podrá el inquilino o arrendatario ejercitar el derecho de retracto con sujeción a lo dispuesto en el art. 1.518 del Código civil, cuando no se le hubiere hecho la notificación prevenida en el apartado precedente (58) o se omitiera en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio efectivo de la transmisión, menos onerosas las restantes condiciones esenciales de ésta o la transmisión se realizare a persona distinta de la consignada en la notificación para el tanteo.

2. El derecho de retracto caducará a lo sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

I) PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETRACTO.

A) Los requisitos o *presupuestos generales* comunes a tanteo y retracto, que ya examinamos.

B) Que el inquilino o arrendatario no haya tenido oportunidad para ejercitar el tanteo. Pero esta falta de oportunidad tiene que resultar de circunstancias taxativamente determinadas.

Del transcrito art. 48 resultan tres casos en los cuales procede el retracto, el último de los cuales se divide a su vez en tres supuestos. Opinamos que a ellos ha de añadirse el caso del art. 49, que a su vez comprende dos supuestos. En total hay, pues, los siguientes *casos de retracto* :

1.º Que no se haya hecho la notificación para tanteo.

(58) Innecesario decir que esto de apartado precedente quiere decir artículo precedente. Por olvido se ha dejado intacta la redacción de la Ley de Bases sin ajustarla a la redacción del texto articulado.

2.º Que en la notificación para tanteo se haya omitido cualquiera de los requisitos exigidos. Estos, además de la fehaciencia de la notificación, son el comprender la decisión de vender, etcétera, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión (59) y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

3.º Que la transmisión realizada no esté de acuerdo con la notificación por cualquiera de las siguientes discordancias:

a) Resultar el precio efectivo de la transmisión inferior al notificado.

b) Resultar las condiciones esenciales de la transmisión realizada menos onerosas que las notificadas.

c) Haberse realizado la transmisión a persona distinta de la consignada en la notificación.

4.º El caso del art. 49, que a su vez se descompone en dos:

a) El de que hayan caducado los efectos de la notificación para tanteo por hacerse la transmisión después de los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

b) El de notificación prematuramente reiterada comprendido en el apartado segundo del art. 49. El reiterar la notificación antes de transcurridos dos años de haberse hecho una, coincidan o no las transmisiones anunciadas, produce el efecto de tenerse por inexistente la segunda notificación y estarse en el caso 1.º

Intentando resumir, con miras mnemotécnicas, todos estos casos, podemos decir que en la nueva Ley sólo procede el retracto en los siguientes:

Falta de notificación para tanteo.

Notificación defectuosa.

Transmisión discordante con notificación.

Notificación caducada (ciento ochenta días).

Notificación prematuramente reiterada (dos años).

C) La *notificación para retracto*.—Como dice el art. 48, 2, el adquirente deberá hacer en todo caso notificación al inquilino o

(59) Esto es lo que puede originar dudas en caso de disconformidad sobre qué condiciones han de tener el carácter de esenciales. Para seguridad del adquirente, debió conseguirse mayor concreción sobre este punto.

arrendatario, en forma fehaciente, de la transmisión efectuada y de sus condiciones esenciales mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

Pero al contrario de lo que ocurre con la notificación para tanteo, que la estimamos requisito «sine qua non» para el ejercicio del mismo, creemos que la notificación para retracto no tiene tal carácter respecto de éste. Lo normal es que esta notificación preceda al retracto; pero aunque la Ley hace de ella el único punto de partida posible para el plazo de caducidad, y a pesar de la expresión «en todo caso», creemos que una transmisión conocida y probada por el inquilino deberá ser suficiente para que prospere la demanda de retracto, aún no notificada.

En justa reciprocidad, el plazo de caducidad debiera empezarse a contar desde el conocimiento de la transmisión por el inquilino, cumplidamente probado en cuanto al sí y en cuanto al cuando por el adquirente demandado de retracto. Pero no hay duda que la Ley ha puesto en beneficio del retrayente el requisito de la notificación fehaciente.

¿Qué han querido decir las palabras «en todo caso»? Insistimos que no quieren decir que sin notificación no procede la demanda de retracto; lo que sí quiere decir es que sin notificación no se inicia el plazo de caducidad. Pero también puede indicar otras muchas cosas, a saber: que aunque la transmisión pueda hacerla el transmitente, quien debe hacerla en todo caso es el adquirente; que debe hacerse tanto en las ventas voluntarias como en las adjudicaciones judiciales, sin que la publicidad de la subasta la supla, y, en fin, que debe hacerse aunque la transmisión sea completamente coincidente con la notificación para tanteo.

Este último significado no parece muy lógico; pero es el que debemos considerar como más importante de la frase «en todo caso» y el que viene a reforzar el art. 53, cuando dice que la notificación para retracto «será siempre obligatoria».

El exigirse la notificación para retracto, aun cuando el retracto no proceda, obedece, de un lado, a que sólo con la segunda notificación sabe el inquilino si puede o no retraer, y de otro, porque tal notificación desencadena, además, el derecho de impugnación del artículo 53.

Ahora bien, esta obligatoriedad de la notificación para retracto es muy relativa. Una vez más, la Ley de Arrendamientos Urbanos

da órdenes de tono castrense sin regular luego ninguna consecuencia a la contravención, y así, cuando no se den ninguno de los presupuestos legales para que procedan el retracto o la impugnación, resulta indiferente el que se notifique o no, pues entonces la falta de notificación no tiene más consecuencia que el prolongar el período durante el cual el inquilino podría entablar una demanda de retracto o impugnación, condenada al fracaso.

No obstante, el requisito de la notificación, desde el punto de vista de la inscribibilidad de la transmisión, ya es otra cuestión; pero de ello trataremos en el capítulo segundo, al estudiar el art. 55.

También allí diremos algo del requisito de la forma fehaciente.

D) *El ejercicio del retracto dentro de plazo (caducidad del retracto).*—El derecho de retracto caduca a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que acabamos de estudiar, la cual, como hemos dicho, no es requisito del retracto, pero sí de su caducidad.

Antes existían dos plazos diversos: el de sesenta días para los casos de falta de notificación para tanteo o de transmisión discordante con tal notificación, y el de quince días, para el caso de despreciarse el tanteo y para el de dación o adjudicación en pago judicial o extrajudicial. El régimen actual es notablemente más sencillo.

Como en el tanteo, este plazo es de caducidad y no de prescripción (60), y como ya tenía declarado la Jurisprudencia, y ahora dice expresamente la Ley de Arrendamientos Urbanos, se trata de sesenta días naturales (61). El cómputo deberá hacerse, pues, incluyendo también los no hábiles.

Debemos repetir aquí lo dicho al tratar del tanteo sobre la copiosa legislación del año 1952 sobre prórrogas de los plazos para ejercitar el derecho de retracto arrendaticio. Aunque sea discutible la cuestión (62), parece que actualmente no hay más plazo que el

(60) SS. de 25 de octubre de 1950 y 21 de noviembre de 1955. En cuanto a la justificación de haberse presentado la demanda dentro de plazo, ver la S. de 4 de mayo de 1953.

(61) Ver la Jurisprudencia que reseñamos al tratar del derecho de tanteo.

(62) FERREIRO parece opinar en contra de la subsistencia de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley de 15 de julio de 1952 y Decreto-ley de 28 de noviembre del mismo año. Pero la S. de 11 de octubre de 1955 aplicó la prórroga de cuatro meses de dichos preceptos.

de sesenta días del artículo que glosamos, que se amplía por cuatro meses en virtud de la solicitud de petición del préstamo, conforme a la Ley de 15 de julio de 1952, debidamente registrada y certificada por la entidad ante la cual se hubiera formulado.

La determinación del momento inicial del plazo de caducidad de la acción y derecho de retracto ha sido reglamentada en forma totalmente distinta a la de la Ley anterior. En ella se contaban los plazos desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión. En la nueva, únicamente la notificación determina el inicio del plazo (63).

Se ha llevado a sus últimas consecuencias la independencia entre la inscripción y el plazo para retraer; pero a renglón seguido se ha conectado íntimamente la notificación con el Registro, haciendo de ella un requisito para la inscripción de la transmisión. Toda esta materia será tratada en el capítulo segundo. Aquí sólo anticiparemos que la nueva Ley ha tenido al menos la virtud de derogar el torturante apartado final del art. 64 antiguo, que nos llevaba a un verdadero laberinto.

II) EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO.

El derecho del retrayente puede quedar satisfecho extrajudicialmente, siempre que haya acuerdo entre el adquirente y el arrendatario o inquilino; pero la Ley ha considerado que entonces no surge ningún problema del que deba ocuparse, por lo cual regula exclusivamente el ejercicio judicial del retracto. Solamente de «lege ferenda» cabe plantearse la posibilidad de un ejercicio extrajudicial del retracto, que consistiera en una declaración de voluntad unilateral recepticia del retrayente hecha extrajudicialmente y suficiente para tener por ejercitado el retracto, sin perjuicio de la posterior demanda judicial para caso de resistencia y disconformidad del adquirente.

Solamente a través del acto de conciliación cabe ejercitar el derecho de retracto en forma suficiente para paralizar la caducidad antes de interponer la demanda de retracto. Y esto, gracias a que

(63) En el caso de denegación del préstamo solicitado por el inquilino, conforme a la Ley de 15 de julio de 1952, el plazo de caducidad empieza a computarse desde la notificación de la denegación.

una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dando al artículo 1.524 del Código un sentido más amplio que el del 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento, y carácter meramente permisivo al artículo 461 de ésta, tiene declarado que el acto de conciliación es medio hábil para ejercitar el derecho de retraer y tiene fuerza obstaculativa de la caducidad (64), doctrina que también ha aplicado al retracto arrendaticio (65).

Como todas las disposiciones creadoras de retractos, la Ley de Arrendamientos Urbanos se ha conformado con la consabida remisión a lo dispuesto en el art. 1.518 del Código civil. Parece como si el legislador, que tanta afición tiene al casuismo en los últimos tiempos, tuviese la malsana intención de no aclarar las dudas que el art. 1.518 del Código (que exige el reembolso del precio, gastos del contrato y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida) plantea al ponerlo en relación con el 1.618 de la Ley Procesal (que se conforma con la consignación del precio si es conocido, y aun con la fianza de consignarlo si no lo es). No sobrarían las aclaraciones que se hicieran sobre esta cuestión recogiendo las acertadas que la Jurisprudencia ha ido haciendo. No nos detenemos en ellas por ser materia propia de los tratados generales, y en ellos debe consultarse.

Pero sí queremos hacer una breve referencia a las dudas surgidas en cuanto al precio que debe consignarse, por ser cuestión planteada preferentemente en el período de enconamiento de la institución del retracto iniciado con los retractos arrendaticios.

El art. 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior decía que el retracto solamente podría ejercitarse por el precio figurado en la escritura de venta o acta de adjudicación. Sin embargo, la Jurisprudencia, interpretando los arts. 1.518 del Código civil y 1.618 de la Ley Procesal, inició una doctrina favorable a exigir el verdadero precio de la transmisión, aun siendo muy superior al figurado en la escritura, siempre que fuese conocido por el retrayente (66) y fundándose principalmente en lo inadmisibile del en-

(64) Ver, entre otras muchas, las SS. de 13 de junio de 1921, 4 de octubre de 1927, 17 de junio de 1936, 10 de marzo de 1945 y 25 de noviembre de 1955.

(65) S. de 8 de julio de 1953. Aunque esta Sentencia resolvió que, no obstante la conducta del demandante-retrayente, que rechazó la avenencia sin reserva del comprador demandante, implicó un desistimiento de la acción y privó al acto de conciliación de su virtualidad interruptora del plazo de caducidad.

(66) SS. de 7 de julio de 1948, 16 de mayo de 1956 y 1 de julio

riquecimiento torticero, sin causa y sin derecho del retrayente, si pudiese adquirirse por precio inferior al real.

Es verdad que otras Sentencias (67) se han ajustado al texto literal y se han conformado con el precio figurado en la escritura, pensando que el inquilino puede beneficiarse de un precio figurado inferior al real, igual que tiene que pasar por el figurado superior al real; pero actualmente, cuando no sólo se ha suprimido la referencia al precio figurado en la escritura, sino que el art. 48, 1, habla de precio efectivo de la transmisión, creemos que el criterio del precio real prevalecerá definitivamente, aunque, claro es, salva la natural dificultad de la prueba del precio real y de su conocimiento por el retrayente.

SECCION SEGUNDA

LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DEL INQUILINO

Como figura complementaria y afín al derecho de preferencia para la adquisición, la Ley de Arrendamientos Urbanos introdujo una acción impugnatoria del precio de la transmisión, de contornos muy borrosos, acción que la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha conservado, si bien con perfeccionamientos indudables.

Por muchos que sean los defectos que puedan encontrarse en el artículo 53 y concordantes de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre tendrá la virtud de haber derogado el desventurado art. 67 de la anterior, tan incorrecto como incorrectamente tratado por la doctrina (68).

de 1955. Esta última se dió en un caso en que había rectificación del precio de la venta por otra escritura posterior de rectificación de error en el precio.

(67) SS. de 14 de diciembre de 1955 y 14 de marzo de 1956.

(68) Tan culpables fueron los comentaristas como el propio legislador del confusionismo creado en torno a este art. 67. Las opiniones según las cuales eran dos las acciones que concedía: una acción impugnatoria del precio por simulación relativa, y otra de anulación del contrato (anulabilidad), cada una con presupuestos y efectos específicos, y la opinión de que el inquilino podía conseguir el piso por el precio de capitalización, que convierte esta acción impugnatoria en un super-retracto, habían terminado por transformar el precepto en un laberinto propio a todo fraude y mala fe.

No podemos extendernos en las discusiones sobre la «ratio legis» de aquel art. 67 en la abundante literatura que produjo. El legislador quiso evitar la conocida trampa de simular un precio superior al real (el exceso de derechos reales como prima de seguro contra el retracto); pero no sólo se excedió de esta finalidad, sino que con su falta de claridad demostró que sus verdaderas intenciones no eran sobradamente claras, lo cual no es extraño, pues incluso la fundamentación del retracto arrendaticio se nos muestra un tanto vacilante (69).

La nueva Ley, recogiendo la crítica adversa del antiguo art. 67, le ha reformado profundamente, ha reducido la acción impugnatoria a sus justos límites, tanto en su ámbito cuanto en sus efectos.

Artículo 53.—1. Aparte de la acción de simulación que podrá ejercitar, si procediere, todo arrendatario o inquilino, podrá este último, cuando no hubiere ejercitado el derecho de tanteo o retracto, impugnar la transmisión efectuada en los casos siguientes:

1.º Cuando se hubiere infringido lo dispuesto en el artículo anterior.

2.º Cuando el precio de la transmisión, incluido, en su caso, el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino, a los siguientes tipos:

Al 3 por 100, cuando hubiere sido ocupada la vivienda por primera vez antes del 1 de enero de 1942, y al 4,5 por 100, si lo fuere con posterioridad.

Sin embargo, no podrá ejercitarse la acción impugnatoria, cualquiera que sea el precio efectivo de la transmisión, cuando de la finca transmitida que conste de una sola vivienda formen parte terrenos de mayor valor que el que realmente corresponda a lo edificado

2. La acción impugnatoria caducará a los sesenta días natura-

(69) No olvidemos que el inmediato propósito del legislador, al instaurar los derechos de tanteo y retracto, fué proteger al arrendatario contra un comprador del piso con derecho a denegar la prórroga; pero tales derechos, en definitiva, vinieron a introducir un procedimiento de acceso a la propiedad del piso por el arrendatario. Esto se refleja comparando las Exposiciones de Motivos de la Ley de 1946 y la de la Ley de 15 de julio de 1952. Acaso por esto, al redactarse el art. 67, no se acertó a determinar el alcance y finalidad de la acción impugnatoria.

les, contados desde el siguiente al de la notificación prevenida en el párrafo segundo del art. 48, cuya notificación será siempre obligatoria.

3. Caso de prosperar dicha acción, no podrá el adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del art. 62 (70).

I) PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

I) Aunque con cierto temor de no acertar, diremos que los *presupuestos generales* de los derechos de tanteo y retracto, que estudiamos bajo los epígrafes de Elementos personales, Elementos reales y Títulos traslativos originantes de estos derechos, son también, en general, aplicables a la acción impugnatoria de que ahora tratamos, con las especialidades y variantes que a continuación pasamos a exponer :

A) La especialidad de más trascendencia es que la acción impugnatoria *se otorga solamente al inquilino* de vivienda, pero no al arrendatario de local de negocio.

Esto es una novedad de la Ley vigente. La anterior concedía el derecho a impugnar al arrendatario de vivienda o local de negocio. Pero el texto del art. 53, 1, distingue claramente, al conceder la acción de simulación, a todo arrendatario o inquilino, y sólo a este último la acción impugnatoria. La separación entre arrendatario (referido a los locales de negocios) e inquilino (de vivienda) está tan consagrada terminológicamente, que no cabe plantear dudas sobre este asunto. Esta enérgica reducción del ámbito de la acción impugnatoria fué la fórmula transaccional entre la Ley anterior y los que propusieron su supresión.

B) En cuanto a los *títulos traslativos originantes* del derecho

(70) Como más adelante veremos, el legislador ha mantenido esta acción impugnatoria como subsidiaria de la de retracto y restringiendo en lo posible su ámbito y efectos. Además, ha previsto su próxima desaparición, delegando en el Gobierno la potestad derogatoria de la misma.

La disposición adicional 5.ª, dice así: «El Gobierno podrá disponer que sin efecto la acción impugnatoria, regulada en el párrafo último del art. 53....., cuando considere que las circunstancias así lo aconsejan».

de impugnación, debemos distinguir en los tres casos de acción impugnatoria que después analizaremos :

— En el caso del art. 53, 1, 2.º (por causa de precio excesivo), no parece que haya duda en afirmar que serán los mismos títulos que los originadores del tanteo y retracto, incluso adjudicaciones judiciales.

— En el caso del art. 53, 1, 1.º (por causa de especulación), concordándolo con el art. 52, resulta que tenemos que encontrarnos ante una enajenación de piso o departamento como finca independiente, realizada antes de haber transcurrido cuatro años desde la adquisición, por acto «inter vivos», de la total finca urbana de la que el piso o departamento forma parte, y salvo el caso de venir a peor fortuna. Necesitamos interpretar no sólo la palabra enajenar en cuanto a la transmisión impugnada, que parece tener mayor amplitud que las de vender o ceder solutoriamente del art. 47, sino la expresión adquisición por «actos inter vivos» de la finca urbana total. Por lo que más adelante se dirá, creemos que debe irse valientemente a una interpretación restrictiva del término enajenar que le deje reducido a los mismos casos y títulos que originan el tanteo y retracto.

— En el caso de la infracción del art. 54 (acción impugnatoria del inquilino privilegiado por el art. 64), es necesario extenderla al supuesto de donación por expresa disposición de dicho artículo ; en cambio, acaso puedan excluirse las adjudicaciones en pago y otros casos, ya que se habla solamente de ventas y donaciones. En este supuesto se requiere, además, que el vendedor o donante no haya respetado el orden de prelación de dicho art. 64.

C) En cuanto a los *elementos reales*, creemos que son similares a los de tanteo y retracto en los casos de acción impugnatoria por precio excesivo, y en el del art. 54 ; pero en el caso de impugnación que hemos llamado, por causa de especulación, a la vista del artículo 52, hay que concluir que cuando en la finca sólo existiere una vivienda, no cabe este supuesto y el inquilino no tendrá la acción impugnatoria.

No queremos entrar en el pantanoso terreno del apartado que excepciona de la acción impugnatoria por precio excesivo el supuesto de que formen parte de la finca, de una sola vivienda, terrenos

de mayor valor que lo edificado. Lo mejor que puede hacerse es pasar por alto este precepto, que deberá desaparecer tan pronto como la doctrina aclare, con un mínimo de lógica jurídica, los derechos de tanteo y retracto y su secuela, el de impugnación, en cuanto a su extensión objetiva en los casos de no plena coincidencia entre el objeto del arriendo, objeto de la venta y objeto del retracto.

II) Los *presupuestos específicos* de la acción impugnatoria se estudiarán más adelante, al analizar por separado los tres distintos supuestos que en esta acción proceden, y que son los siguientes:

1.º Haberse realizado una enajenación contra la pseudo-prohibición de disponer del art. 52.

2.º Haberse realizado una transmisión a precio excesivo, conforme al 53, 1, 2.º; y

3.º Haberse realizado una venta o donación de piso contra la pseudo-prohibición relativa de disponer del art. 54.

La Ley sólo regula claramente los dos primeros; pero creemos que debe admitirse también el tercero. CASTÁN y CALVILLO creen que hay un cuarto caso en la vulneración de la prohibición del art. 49; pero ya expusimos antes nuestra modesta opinión en contra.

III) La notificación de la transmisión y el plazo de caducidad de la acción impugnatoria son totalmente coincidentes con la notificación para retracto y con el plazo de caducidad de la acción de retracto.

A) La notificación para retracto, estudiada anteriormente, es a la par *notificación para impugnación*. La frase «en todo caso» del artículo 48 queda confirmada por el 53, 2, que dice que esta notificación será siempre obligatoria. Repetiremos que, en nuestra opinión, esta notificación no es requisito «sine qua non» de la acción impugnatoria, sino solamente del inicio de su plazo de caducidad.

El art. 53 no amplía el contenido de la notificación para retracto con miras a la acción impugnatoria; se contenta con el determinado por el art. 48. Esto es criticable si pensamos en el supuesto

de acción impugnatoria por causa de especulación del art. 53, 1, 1.º, en relación con el 52, en el cual, además de la condiciones esenciales de la transmisión, es preciso conocer la fecha y naturaleza de la adquisición anterior de la finca total (71). Es verdad que como se exige que la notificación se haga mediante entrega de copia de la escritura o documento, tratándose de escritura pública lo normal es que tales datos consten en el correspondiente apartado de la parte expositiva (art. 174 del Reglamento Notarial); pero tratándose de documento privado, lo normal será que no consten. Ante la previsión de la Ley, habrá que considerar la notificación correcta y apta para iniciar el plazo de caducidad, aun sin tales datos, cuya averiguación se deja así a cargo del arrendatario.

B) La acción deberá ejercitarse dentro de los sesenta días naturales contados desde el siguiente a la notificación. El *plazo de caducidad* es, pues, totalmente coincidente con el de la acción de retracto, pues tiene igual duración y el mismo «dies a quo». El cómputo es también por días naturales.

C) Ahora bien, otros particulares del *ejercicio de la acción impugnatoria* son diferentes a los de la acción de retracto. No creemos que quepa la paralización de la caducidad por el acto de conciliación, que no encaja con la naturaleza de esta acción, ya que no persigue prestación ninguna por el demandado (72). Y la tramitación procesal es distinta (juicio de incidentes).

IV) Otro requisito más de la acción impugnatoria es *que el inquilino no haya ejercitado el derecho de tanteo o retracto*.

Esto nos demuestra el carácter subsidiario y de última tabla salvadora del inquilino contra la denegación de la prórroga por el adquirente que la acción impugnatoria tiene.

(71) Ver más adelante el texto del art. 52.

(72) La S. de 21 de noviembre de 1955, ratificando la de 31 de diciembre de 1946, afirmó que el plazo del art. 67 (hoy 53) de la Ley de Arrendamientos Urbanos es de caducidad y no de prescripción, por lo que es impropio aplicar los arts. 1.524 del Código civil y 479 de la Ley de Enjuiciamiento, y la doctrina legal sobre los mismos, y no puede admitirse interrupción de ninguna especie, como pueda suponerse verificada por el acto de conciliación.

En torno de la posibilidad de simultanear las acciones de retracto y de impugnación se formó la irrespirable atmósfera que hizo del artículo 67 de la Ley anterior un confuso laberinto. La nueva Ley determina que el ejercicio del tanteo y retracto impide la acción impugnatoria.

Ahora bien, esta norma, que tanta falta hubiese hecho antes de publicarse la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, resulta en ésta un tanto innecesaria, cuando el único efecto de la acción impugnatoria es la defensa contra el desahucio por necesidad propia del adquirente, como veremos; porque al inquilino que va a obtener la propiedad de la vivienda por ejercicio del retracto, ¿para qué la impugnación?, y si ha ejercitado el derecho de tanteo, ¿qué transmisión va a impugnar?

Además, si llevamos a sus últimas consecuencias esta norma, es muy peligrosa para el inquilino e insuficiente para su contrario. En efecto, si se hace requisito de la admisibilidad de la demanda de impugnación la prueba de no haberse presentado la de retracto, se deja indefenso al inquilino que en justicia mereciese sentencia estimatoria en cuanto a la impugnación y desestimatoria en cuanto al retracto, cosa que creemos que puede ocurrir con mucha frecuencia. Y si es que con plena conciencia y por un criterio restrictivo de ambas acciones se ha querido que el inquilino piense y medite bien cuál de las dos acciones puede y prefiere ejercitar, porque iniciada la de retracto no le va a quedar la tabla salvadora de la impugnación, aunque en la de retracto fracase, el precepto es insuficiente, porque para esto debía haberse dicho que presentada la de impugnación habría de ser rechazada la posterior de retracto.

II) LOS SUPUESTOS DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DEL INQUILINO.

Como ya hemos dicho, creemos que son tres y sólo tres los supuestos en que esta acción procede, conforme a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, que son:

Primero: *La acción impugnatoria por causa de precio excesivo.*

Es el caso originario o tradicional de esta acción impugnatoria, y está regulado en el art. 53, 1, 2.º, ya transcrito.

Podemos llamarla por causa de precio excesivo o injusto, con las naturales reservas, pues entre ella y la antigua rescisión por lesión «ultra dimidium» nada hay de común; pero no cabe duda que esta acción se ha concedido pensando en que, para el inquilino, y desde su punto de vista y privilegiada situación, el piso tiene un precio justo y tasado en función de su renta, también tasada por virtud del mecanismo de la prórroga forzosa y demás preceptos legales. Una venta por precio superior al tasado o justo, desde el punto de vista del inquilino, le hace injustamente gravoso el ejercicio del retracto, y entonces se ha optado por respetar la libertad de tráfico por encima de ese precio justo (73), pero dejando a salvo el interés más apremiante del arrendatario: evitar la denegación de la prórroga.

La Ley ha fijado este precio justo a través de la capitalización de la renta anual a los siguientes tipos:

Al 3 por 100, en las viviendas ocupadas por primera vez antes de 1942.

Al 4,5 por 100, en las ocupadas con posterioridad.

Los tipos son, pues, los mismos que en la Ley anterior; pero ha variado la renta anual base de la capitalización. Antes era la pactada por el piso, sin ningún aumento; ni siquiera los incrementos del art. 118 de aquella Ley, a pesar de que éstos formaban lo que el mismo artículo llamaba renta legal. Ahora es la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino, o sea incluyendo, sin duda alguna, todos los incrementos que el arrendador viniere percibiendo (74).

El inquilino podrá impugnar la transmisión cuando el precio

(73) Sin perjuicio de la acción de simulación relativa cuando se trate de precio aparente que encubra o disimule otro inferior.

(74) La duda consiste en si han de incluirse también los aumentos por razón de diferencias en el coste de los servicios o suministros, que el art. 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no considera renta legal, sino cantidades asimiladas a la renta, que deberán figurar separadamente en los recibos. Pero el art. 53 habla sólo de renta anual que se pague, sin decir renta legal y sin hacer la salvedad del art. 95 en cuanto a dichos aumentos. En la duda cabe defender que donde la Ley no distingue no debemos distinguir que tales aumentos forman parte de la renta en sentido propio (precio o merced que el arrendatario debe pagar al arrendador) y como módulo estimativo y valorativo del arrendamiento y, consiguientemente, de la vivienda, aunque por la posible variabilidad de dichos aumentos haya querido la Ley que figuren separadamente en los recibos, y para ello los ha considerado cantidades asimiladas a la renta que no tendrán la consideración de renta legal.

(75), incluido, en su caso, el importe de las cargas (76), exceda de la cantidad obtenida como precio justo por la referida capitalización.

Segundo.—*La acción impugnatoria por causa de especulación.*

Este segundo supuesto es nuevo y resulta del art. 53, 1, 1.º, que ya transcribimos, y del art. 52.

Artículo 52.—El adquirente por actos (sic) «inter vivos» de una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna.

Este artículo parece que ha venido a introducir una nueva prohibición temporal de disponer, si atendemos a los términos que emplea. Esto sería verdaderamente grave y perturbador; pero, afortunadamente, estamos ante un caso más de la petulante y constantemente prohibitiva terminología de las leyes modernas y no es difícil llegar al convencimiento de que se trata de una pseudo-prohibición de enajenar, de muy modestos efectos.

El fundamento de este precepto está en la intención de cortar la especulación o agio de viviendas, en tanto subsista la actual escasez. Pero como este agio no descansa en una creciente demanda de quienes desean ser propietarios de pisos sin más, sino de quienes desean ser propietarios de pisos como medio de conseguir vivienda,

(75) La S. de 6 de julio de 1954 ha dicho que como tal debe entenderse el que se haga constar en el documento, sea real o simulado. De esta resolución resulta la imposibilidad del ejercicio combinado de la acción impugnatoria y de la acción de simulación relativa. De todas maneras es necesario que la Jurisprudencia coordine en este punto la acción de retracto y la acción impugnatoria. Será injusto que se niegue al inquilino el retracto por el precio bajo escriturado, por haber sido el real muy superior, y se le niegue la acción impugnatoria por tener que atenerse sólo al figurado en la escritura, que es inferior al resultante de la capitalización.

(76) Este párrafo del art. 53 no distingue entre los diversos supuestos de reflejo de las cargas en la cláusula de precio. Pero no creemos que el importe de la carga sólo haya de sumarse al precio cuando haya asunción del débito; será suficiente que en el precio se hayan descontado las cargas aun sin asunción expresa del débito.

En cuanto a la inclusión o suma de otros abonos del adquirente hechos por cuenta del vendedor (gastos del contrato, impuestos de plus valía, etc.), ver la S. de 12 de mayo de 1956. También es interesante la de 20 de diciembre de 1955.

previo desalojo del inquilino por necesidad propia, será suficiente para cortar la especulación impedir el desalojo del inquilino.

No nos ofrece duda que la única consecuencia de vulnerarse la prohibición del art. 52 es proporcionar al inquilino la acción impugnatoria del art. 53. Se ha estimado que el único perjudicado por tal especulación de viviendas es el inquilino, y el legislador no ha pensado en que la enajenación del piso o departamento como finca independiente sea nula ni anulable ni ilícita, sino solamente impugnabile con los requisitos y efectos del art. 53. Por ello habría sido más correcto incluir todo el contenido del art. 52 en el art. 53, 1, 1.º, con la debida adaptación de su sintaxis y desapareciendo, por tanto, su tono de prohibición de disponer.

Pero aunque interpretemos el art. 52 en estos sus justos límites, todavía lo encontramos peligroso, porque puede llevarnos a consecuencias injustas. El legislador, pretendiendo cortar la especulación, ha querido salir al paso a todo posible fraude de Ley por simulación, y por eso ha usado términos excesivos para su finalidad, y habla de adquirente por acto «inter vivos» refiriéndose al de la finca total, y de enajenar, sin distinguir, refiriéndose al piso como finca independiente, cuando solamente las reventas permiten la especulación (77).

Este excesivo criterio de presunción «juris et de jure» de simulación y especulación llevará a injustas consecuencias cuando, por ejemplo, se trate de auténticas donaciones que no encubran ventas especuladoras (78).

Por esto creemos que debe propugnarse por una interpretación restrictiva en cuanto a los títulos transmisivos originantes de este supuesto de acción impugnatoria, reduciéndolos a los de los otros supuestos de tanteo y retracto, y también en cuanto al título antecedente.

(77) «Quando rem, quam causa lucrandi emit, postea inmutatam revendit, dicitur proprie negotiatio seu mercatura» (Scaccia). «... dando lucrator ille est mercator qui de Templo Dei ejicetur» (Decreto de Graciano).

(78) No es justo que un hijo que adquiera una casa por donación de su padre no pueda venderla por pisos igual que si la recibiera por herencia (los inquilinos abusarán de su posición de privilegio, obligando a venderles a precio inferior al resultante de la capitalización de la renta). También es sangrantemente injusto que si un padre dona un piso a su hijo que se va a casar, éste no pueda reclamarle por necesidad propia, sólo por la circunstancia de que hiciese menos de cuatro años que el padre había comprado la casa, cuando el mismo padre pudo denegar la próroga para su hijo casadero antes de la donación.

Y esto si no es posible dar pronto por existentes las circunstancias necesarias para que el Gobierno pueda dejar sin efecto la acción impugnatoria, conforme a la disposición adicional quinta de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que indudablemente es también aplicable a este supuesto con más razón que a ninguno.

Tercero.—*La acción impugnatoria del inquilino preferente.*

El art 54 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha conservado la pseudo-prohibición relativa de enajenar del antiguo art. 68.

Artículo 54.—1. En las ventas por pisos, a que se refiere este capítulo, deberá respetarse el orden de prelación que establece el artículo 64, en cuantos casos hubiere en la finca pisos de características análogas, entendiéndose que la analogía existe cuando el inmueble contare con dos o más pisos de renta, superficie, orientación y altura semejantes o parecidas.

2. Del mismo modo, cuando la transmisión de vivienda se cause por donación, deberá respetarse lo dispuesto en el párrafo anterior.

Este artículo ha corregido y aumentado el precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior.

— La corrección consiste en limitar la remisión al art. 64, único que ahora se dedica a establecer el orden de prelación que ha de tener en cuenta el arrendador propietario al denegar la prórroga por necesidad propia (o de sus ascendientes o descendientes) (79).

— El aumento ha consistido en la adición del párrafo segundo (80). Por ello, en este tercer supuesto de acción impugnatoria hay que rendirse a la evidencia de que la donación está también expuesta a la impugnación. Y cabe emplear este párrafo como argu-

(79) El orden de preferencia del art. 64 es: Viviendas habitualmente deshabitadas; viviendas que no sirvan de hogar familiar; viviendas ocupadas por familia menos numerosa; y en último lugar, viviendas correspondientes a funcionarios públicos con deber de residencia, o clero; viviendas correspondientes a pensionistas con hijos menores de edad, y viviendas de quien, además de vivir en ellas, ejerzan en las mismas profesión u oficio por el que satisfagan contribución.

Los casos de igualdad se resolverán en favor del inquilino más antiguo.
(80) Fué introducido por el Pleno de la Comisión de Justicia de las Cortes.

mento para defender que, a «sensu contrario», en los demás no lo está.

El art. 54, como el 68 de la Ley anterior, nos deja en la duda sobre las consecuencias y efectos de su vulneración. Aunque aquí el texto literal no fuerza a ello, la doctrina anterior no dudó en lanzarse por el cómodo camino de la prohibición relativa de disponer y de la consiguiente nulidad absoluta (tesis de GARCÍA ROYO) o relativa (tesis de SERRANO). No creemos que fuese ésta la intención del legislador, sino solamente proteger al inquilino preferente contra la causa primera de imprórroga, evitando que su preferencia quede o resulte burlada a través de una enajenación del piso a persona que, por no afectarles ya el orden de preferencia, deje ésta inoperante.

Por ello creemos que, a pesar de la laguna de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la única consecuencia que produce la violación del art. 54 es dar al inquilino acción para impugnar la transmisión, con idénticas consecuencias que en los dos casos de acción impugnatoria expresamente contemplados por el art. 53.

Entendido así el mecanismo del art. 54, se comprende mejor colocándose en el ámbito de los arts. 63 a 69 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El art. 54 tiene por única finalidad el que la preferencia del art. 64 no resulte burlada mediante la enajenación del piso, sino que subsista después de la venta del mismo, cuando realmente ya no se dan las circunstancias para que actúe dicho artículo, sino el 69, del cual viene a ser una excepción el 54 (81).

Ahora bien, por esta dirección de ver en el art. 54 una excepción del art. 69, cabe que el legislador haya querido seguir uno de estos dos caminos:

Uno, el de considerar que el propietario de una sola vivienda no pueda ejercitar el derecho de denegación de prórroga sino cuando se den las circunstancias necesarias para que pudiese hacer tal denegación el dueño de la finca que vendió a aquél como finca independiente el piso-vivienda de que se trate.

Otro, el estimar que la venta del piso, sin tener en cuenta el or-

(81) El art. 69 dice: «El arrendador que sea propietario de una sola vivienda podrá ejercitar el derecho de denegación de prórroga con sujeción a las normas establecidas en los anteriores artículos». Pero es claro que no tendrá que sujetarse al orden de preferencia del art. 64.

den del art. 64, vicie la titularidad del comprador de tal modo que nunca pueda ya ejercitar la denegación de prórroga.

Por otra parte, cabe considerar que una u otra consecuencia se produzca «ipso jure», o sólo cuando el inquilino haya ejercitado con éxito la acción impugnatoria del art. 53, adaptada a este supuesto del art. 54.

La doctrina deberá decidirse. Todas las soluciones pueden defenderse. El primer camino le encontramos más razonable y justo. Y la tesis de que las consecuencias se produzcan «ipso jure» la encontramos tan peligrosa y perturbadora del tráfico, que creemos que debe optarse por ver aquí un caso más de la acción impugnatoria del artículo 53, a pesar de que la Ley de Arrendamientos Urbanos se haya olvidado de conectar estos dos artículos (82). De esta manera, y aunque la Ley se ha olvidado de extender el requisito de la notificación al caso de donación, la acción impugnatoria habrá de ejercitarse dentro de los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación para retracto, transcurridos los cuales caducará y dejará de ser causa en que pueda fundar el arrendatario su oposición al requerimiento de denegación de prórroga por parte del adquirente el que al adquirir se hayan vulnerado los arts. 54 y 64.

Será una cuestión de hecho a apreciar por el Juzgado o Tribunal si los pisos son de características análogas por consecuencia de ser semejantes o parecidas su renta, superficie, orientación y altura (83).

III) EFECTOS DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

La nueva Ley dice que, caso de prosperar la acción impugnatoria, no podrá el adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del art. 62.

Creemos innecesaria y contraproducente toda referencia al antiguo art. 67 y a las desgraciadas construcciones doctrinales que se edificaron sobre el mismo. La Sentencia de 31 de enero de 1953 vino a desautorizar la tesis más peligrosa, que venía a configurar un sú-

(82) Esta opinión está confirmada por la autoridad de CASTÁN y CALVILLO, que por lo demás no hacen aclaración ninguna.

(83) Creemos un tanto bizantina la discusión sobre si la palabra altura se refiere a la de los techos o a la del piso sobre el nivel de la calle; además, ambas alturas suelen ser inversamente proporcionales, por lo que dará igual aplicar un sentido u otro.

per-retracto por el precio resultante de la capitalización de la renta. Esta Sentencia resolvió que la acción impugnatoria no producía más consecuencia que la anulación del contrato transmisorio. La nueva Ley ha venido a afirmar claramente que tampoco esa consecuencia debe producirse (84).

Ha bastado plantearse con serenidad cuál era la finalidad verdadera y exclusiva de la norma legal para adecuar ésta a aquélla (85). Para proteger al inquilino contra la competencia de quien pueda y esté dispuesto a pagar lo que le pidan por el piso, y para cortar la especulación de viviendas, basta con privar al adquirente del derecho de denegación de la prórroga para que automáticamente las ofertas bajen a cifras razonables, en las que el retracto sea lo justo y suficiente para proteger los intereses del inquilino (con o sin ayuda de préstamos administrativos a los económicamente débiles). Y esto es lo que la Ley ha hecho con indudable acierto (86).

No cabe ya duda ninguna. El único efecto de la Sentencia estimatoria de la acción de impugnación de la transmisión es la que recoge el número 3 del art. 53. Es inadmisibile cualquier cavilación sobre el término impugnación que la Ley de Arrendamientos Urbanos emplea; bien mirado, ni siquiera es incorrecto para designar este derecho potestativo del inquilino, cuyo ejercicio no produce nulidad, anulabilidad, rescisión ni revocación de la transmisión impugnada, y además, de alguna manera había que llamarla. Pero lo único que

(84) El Proyecto del Gobierno decía que de prosperar la acción de impugnación, no produciría efecto alguno la transmisión en perjuicio del inquilino impugnante. La Exposición de Motivos de la Ley refleja aún este amplio e impreciso tecnicismo; pero su articulado aclara suficientemente que lo único que no puede perjudicarle es la denegación de la prórroga por el adquirente; en todo lo demás habrá de pasar por la plena validez de la transmisión.

(85) De momento no era posible la solución simplista de dar la razón a REQUENA, que criticó el art. 67 antiguo diciendo que ninguna de las razones alegadas para justificarle eran suficientes. Cuando el mismo se pregunta (*Revista Crítica*, mayo 1948, pág. 300): «¿Para qué ha servido al inquilino seguir un juicio costoso?» Y se contesta que, sencillamente, para darse el placer de no cambiar de casero, nos demuestra que no ha querido ver la finalidad del precepto.

(86) La nueva Ley ha restringido la acción impugnatoria y los derechos que ella concedía al inquilino en dos sentidos: en cuanto se concede el derecho de impugnación, solamente cuando no se haya ejercitado el derecho de tanteo y retracto, y además, en cuanto reduce la acción impugnatoria al propósito originario del legislador al crear los derechos de retracto e impugnación: proteger al inquilino frente a la denegación de prórroga, por necesidad propia, de un comprador del piso.

persigue la acción impugnatoria es una declaración judicial por virtud de la cual el adquirente no podrá negar la prórroga del contrato de arrendamiento al inquilino impugnante en el caso del art. 62, 1.^a. Excepto esta tara o reserva, la transmisión es válida y continúa completamente válida y eficaz después de la Sentencia, «inter partes, erga omnes», e incluso respecto del inquilino en todo lo demás.

Y así como criticábamos el no haberse reglamentado el ejercicio extrajudicial del tanteo y retracto, encontramos acertado el que se haya exigido una previa declaración judicial, provocada por una acción sometida a un corto plazo de caducidad, para que el adquirente quede desprovisto de la facultad de denegar la prórroga, pues esto es una exigencia mínima de la seguridad del tráfico.

Como dicen CASTÁN y CALVILLO, el demandado en la acción de impugnación es única y exclusivamente el adquirente en la transmisión impugnada. Como veremos en el capítulo segundo, no cabe hablar de efectos respecto de tercero de la acción de impugnación. El tercer adquirente sólo deberá sufrir la nueva acción impugnatoria resultante de su respectiva adquisición, si procede. Ahora bien, una impugnación ejercitada en plazo, siempre que prospere, surtirá efecto incluso respecto de una denegación de prórroga iniciada antes de la presentación de la demanda de impugnación. La duda está en si surtirá efectos respecto de ella si el inquilino no alegase su derecho de impugnación como causa de oposición en la contestación fehaciente al requerimiento de denegación de prórroga. Ha faltado en la Ley de Arrendamientos Urbanos una coordinación del art. 53, 3, con el artículo 65, 3, pues lo que desde luego no admitimos es que la Sentencia dictada en la demanda de impugnación haya de ser previa al requerimiento de denegación de prórroga para que ésta quede excluída.

Aunque el art. 53 es digno de alabanza, como representa una enojosa traba a la libertad de tráfico, aún lo es más la disposición adicional quinta de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que autoriza al Gobierno para derogarle cuando considere que las circunstancias lo aconsejan.

Esta disposición adicional habla de la acción impugnatoria regulada en el párrafo último del art. 53; pero sería artificial y especiosa cualquier duda que se quisiera plantear sobre esto. El Gobierno está autorizado para suprimir toda la acción impugnatoria con todos sus supuestos; es decir, para derogar los arts. 52, 53 y 54 de la Ley de

Arrendamientos Urbanos. Precisamente, la disposición adicional quinta es una prueba de que en el párrafo último del art. 53, al determinarse su efecto único, está toda la sustancia normativa referente a la acción de impugnación del inquilino. Empleando conceptos de BIERLING, podemos decir que en este párrafo está la norma autónoma o completa (87); los restantes párrafos del art. 53, todo el artículo 52 y todo el art. 54, son normas no autónomas.

Quiera Dios que se den pronto las circunstancias necesarias para la derogación prevista por la Disposición Adicional, que nos libre de dos pseudo-prohibiciones legales de disponer.

IV) EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN POR EL ARRENDATARIO.

Como reconoce el apartado primero del art. 53, la acción impugnatoria del inquilino es independiente de la acción de simulación que todo arrendatario, como cualquier tercero perjudicado, podrá ejercitar en todo caso de transmisión simulada por cualquier título que sea.

La acción de simulación se concede, pues, tanto al inquilino como al arrendatario de locales de negocio y desborda, naturalmente, el ámbito de las acciones de tanteo, retracto e impugnación, en lo relativo a sus elementos personales, reales y títulos originantes. Respecto de la acción de simulación, habrá que estar a las normas generales de las acciones de nulidad absoluta por inexistencia o de simulación relativa, que no produce nulidad en todos los casos.

Aunque el arrendatario podrá ejercitar tanto la acción de simulación absoluta como la de simulación relativa, el caso normal y frecuente será el de esta última, referida al montante del precio. Esta acción de simulación viene a confluir con la impugnatoria por causa de precio excesivo del art. 53, 1, 2.º; ambas son la defensa del inquilino contra un precio que hiciese excesivamente gravoso el ejercicio del retracto; pero la de simulación es extraordinariamente más dificultosa que la otra por lo difícil que resulta siempre la prueba de la simulación, generalmente limitada a la conjetural, que necesi-

(87) Ver FERRARA: *Trattato* I, 1921, pág. 26.

tará ser fortísima para desvirtuar la contraria, basada en documento público.

El problema interesante en materia de acción de simulación relativa, en cuanto al montante del precio, y ejercitada por el inquilino o arrendatario, es el de su coordinación con la acción de retracto. Conforme a la doctrina moderna, dicha acción no produce la nulidad de la venta, sino su transformación en otra verificada al precio realmente cruzado. La Ley de Arrendamientos Urbanos, refiriéndose al precio en cuanto a la acción de retracto, ya vimos que habla del precio efectivo (arts 48 y 53). Si hubiese posibilidad procesal para simultanear ambas acciones, no habría problema, porque se ejercitaría la acción de retracto por el precio realmente cruzado, unida a la acción de simulación, encaminada a que previamente al pronunciamiento de retracto se hiciese el pronunciamiento sobre ser tal precio el realmente cruzado.

De no ser posible tal simultaneidad (por el distinto trámite de cada acción), cabe defender el criterio de que la Sentencia estimatoria de la acción de simulación del precio abre un nuevo plazo de retraer; la notificación de dicha Sentencia al arrendatario funciona como verdadera notificación para retracto (la que se le hizo ha resultado simulada y sin efecto), y empieza a contarse nuevo plazo para retraer por el verdadero precio. Trataremos en el capítulo segundo de qué efectos frente a terceros podrá tener este renacimiento de la acción de retracto por virtud de la sentencia de precio simulado. Aquí y allí nos hemos de mover a través de meras hipótesis, pues desconocemos jurisprudencia que resuelva esta cuestión.

También es de esperar que la Jurisprudencia, a la vista de la nueva reglamentación del retracto y de la acción impugnatoria, estudie a fondo el caso de la simulación relativa del precio escriturado inferior al real, problema no totalmente planteado y resuelto en las Sentencias a las que hicimos referencia al tratar del precio para retracto en el epígrafe de «Ejercicio del derecho de retracto».

TIRSO CARRETERO

Registrador de la Propiedad

Consideraciones en torno al artículo 38 de la Ley Hipotecaria

Dice el párrafo segundo de este precepto que «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero».

FUNDAMENTO DE LA NORMA

Exige el precepto esta pretensión antecedente de cancelación o nulidad para mantener el adecuado paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

Si, como consecuencia del ejercicio de una acción contradictoria de un derecho real inscrito, se produce una resolución favorable al actor, el derecho que detentaba el demandado deviene ineficaz en la realidad jurídica.

Por ello, si paralelamente no se ha solicitado la extinción registral de ese derecho, podría ocurrir que se originase un divorcio entre el mundo tabular y el extrarregistral, por figurar en los libros como inscrito un derecho real extinguido en la realidad, en virtud de la declaración judicial de su inexistencia.

LA ACCIÓN CONFESORIA ANTE EL RÉGIMEN DEL ART. 38

Contra la autorizada opinión de ROCA SASTRE, nos atrevemos a confesar que, a nuestro juicio, la acción que tiende al reconocimiento de servidumbres no debe sujetarse a las exigencias de este precepto, por cuanto no es contradictoria del dominio de los derechos reales inscritos.

Si el titular del predio dominante se dirige contra el dueño del sirviente, ejercitando frente a este último una acción confesoria, no sólo no se opone a su dominio, sino que se apoya en la existencia del mismo.

Presupuesto necesario para las servidumbres prediales es la existencia de una finca sobre la cual estén impuestas, cuyo dueño haya de soportar el gravamen. Sin predio sirviente no puede darse una servidumbre.

Y así como quien ejercita una acción reivindicatoria niega el dominio del demandado, basándose en que es un simple poseedor no propietario y con título endeble, quien entabla una acción confesoria parte del hecho de que el demandado es dueño del predio sirviente y se dirige contra él con la pretensión de que soporte el gravamen.

Las servidumbres son derechos reales limitativos del dominio. Por tanto, para subsistir necesitan de su existencia y reconocimiento.

EL DOMINIO DE INMUEBLES O DERECHOS REALES INSCRITOS

Tal vez fuese más correcto emplear la expresión «acción contradictoria del dominio o de los derechos reales inscritos» en lugar de la frase redundante «dominio de los inmuebles», pues ya se sabe que el dominio, para ser registrable, ha de recaer sobre bienes inmuebles.

Además, el artículo incurre en la distinción poco científica entre el dominio y los demás derechos reales inscritos, como si la propiedad no fuera un derecho real.

A NOMBRE DE PERSONA O ENTIDAD DETERMINADA

Parece ser ésta una frase innecesaria. Todo derecho ha de estar registrado a favor de una persona natural o jurídica, pues así lo exige el art. 9.º de la Ley, desarrollado por el 51 del Reglamento Hipotecario.

En el supuesto de los derechos subjetivamente reales establecidos en beneficio de un fundo, el titular de los mismos lo es quien en cada momento sea dueño del predio dominante, sin que sea necesario constatar en la inscripción, que figurará en el folio del predio sirviente, el nombre y apellidos o la razón social de cada uno de los sucesivos titulares. El sujeto aparece determinado por la relación con la finca, no por su identificación personal.

Podemos preguntarnos: ¿Si el derecho no está inscrito a nombre de persona o entidad determinada, como ocurre en el supuesto de los derechos subjetivamente reales, no es necesario cumplir lo exigido por el art. 38 de la Ley?

Es decir, que quien ejercita una acción negatoria de una servidumbre predial inscrita, ¿no necesita demandar la nulidad o cancelación del asiento correspondiente?

A una contestación afirmativa, contraria a la opinión de ROCA SASTRE, conduce la interpretación literal del precepto.

Y ello es así, porque la norma que comentamos está mal situada. El legislador ha querido encajarla en el art. 38, definidor del principio de legitimación. Y como en el mismo se protege al titular registral, tal vez con objeto de que resaltase claramente el propósito de tutelar al sujeto del asiento, se habla de «derechos inscritos a nombre de persona o entidad determinada».

LA DEMANDA DE NULIDAD O CANCELACIÓN DE LA
INSCRIPCIÓN CORRESPONDIENTE

Indudablemente, la nulidad de la inscripción a que se refiere el precepto es la nulidad material, basada a su vez en la del título que causó aquélla. Esto es lógico. Por cuanto que la demanda de nulidad se entabla como consecuencia de una acción que pone reparos

y quiere enervar un dominio o derecho real inscrito. Y si se tratase de pedir la nulidad formal del asiento, por error o defecto sustancial del mismo, esta pretensión justificaría suficientemente la demanda con abstracción del derecho registrado que pudiera vivir perfectamente formado extrarregistralmente.

Sin preocupaciones hipotecarias y con el pensamiento puesto en la realidad civil, ya el Tribunal Supremo, en Sentencias de 22 de junio de 1880, 25 de enero de 1945, 2 de enero de 1946 y otras varias, había exigido para el éxito de una acción reivindicatoria, en el caso de que contrariase a un detentador con título, que se obtuviese previamente la declaración de nulidad del título en que el demandado fundase su derecho.

A nuestro entender, únicamente debería pretenderse la cancelación de la inscripción, pues nos parece excesivo exigir indiferenciadamente la nulidad o cancelación. La nulidad material de una inscripción justifica por sí misma la existencia de un procedimiento específico, y por el contrario, la purga tabular, de que nos ocupamos, se solicita como consecuencia de haberse ejercitado una acción contradictoria del dominio o derechos reales inscritos.

Nuestra afirmación podemos refrendarla suponiendo inscrita en el Registro la enajenación de un inmueble parafernial, realizada por mujer casada sin licencia marital, constando en los libros, en cumplimiento del art. 94 del Reglamento Hipotecario, la falta de consentimiento del marido.

Para destruir la titularidad del adquirente cabe ejercitar una acción de nulidad, basada en el defecto de capacidad civil del transferente.

Legitimado activamente para el ejercicio de esta acción es el marido o sus herederos (art. 65 del Código civil). Según el Tribunal Supremo, no puede intentarla la mujer, aunque pretendiera ampararse en la circunstancia de tener en la época de la reclamación judicial distinta personalidad jurídica.

Pero esta acción, que ni siquiera se ejercita por el transferente de los bienes, no vulnera directamente el dominio inscrito, ya que su objetivo propio es atacar el contrato, en virtud del cual se transfirió la finca.

Es decir, que nos situamos ante una acción personal derivada estrictamente del contrato.

Por tanto, esta acción, si bien caso de prosperar pudiera dar base a la nulidad del título y consiguientemente a la de la inscripción, sin embargo no es contradictoria del dominio inscrito, porque el contrato que generó esta acción personal era un simple título para el establecimiento del derecho real.

La acción ejercitada por el marido no contradice el dominio del adquirente, sino su título o contrato (que es uno de los presupuestos para alcanzar la titularidad dominical).

Prueba de ello es que si concurriesen las circunstancias necesarias para el ejercicio de una acción reivindicatoria, que es la que verdaderamente se opone al dominio inscrito, ésta habría de entablarse por la misma mujer vendedora, como verdadera dueña de los bienes, si bien refrendada su deficiente capacidad procesal con la licencia marital (art. 60 del Código civil).

Cuando ante un Tribunal se pretende la declaración de nulidad de una inscripción, lo que se contradice es un título y no una situación dominical registrada.

Pudiera parecer que el argumento pierde eficacia si nos fijamos en el principio de la tradición instrumental. Con el otorgamiento de una escritura pública se concentran, para engendrar el dominio en el adquirente, el título y el modo.

En las adquisiciones verificadas en virtud de documento privado se advierte claramente la separación entre el título y el modo de adquirir. La acción de nulidad atacaría al título por vicios o defectos del mismo. Se opondría a una causa jurídica de la adquisición, pero no contradiría una situación verdaderamente real. Pero como el art. 38 se refiere a las «acciones contradictorias del dominio inscrito» y las adquisiciones realizadas en virtud de documento privado no son consignables en el Registro, no insistimos en el argumento.

Sin embargo, además de los instrumentos notariales, pueden servir de vehículos para inscribir una finca o un derecho real otros documentos públicos, judiciales o administrativos, con respecto a los cuales no rige el art. 1.462 del Código civil.

La Sentencia de 26 de junio de 1946 declara que, salvo casos especiales, no es de aplicación este precepto tratándose de ejecuciones y ventas de bienes muebles subastados.

Por otra parte, la Ley Hipotecaria, reguladora de las inscripcio-

nes, es una Ley de aplicación general a toda España. Y ROCA SASTRE entiende que en Cataluña y Navarra, por vigencia del Derecho romano, no actuará si no se pacta aquella tradición instrumental del artículo 1.462, y, por consiguiente, deberá resultar claramente del propio título presentado que la «traditio» ha sido cumplida en cualquiera de las formas admitidas en aquel Derecho (*constitutum possessorium, traditio brevi manu*, acuerdo). Así se expresa en la página 170 del tomo I del Derecho Hipotecario.

En todos estos supuestos se necesita del complemento de la entrega para que la adquisición dominical o del derecho real se produzca.

El art. 38 no debería alternar disyuntivamente el ejercicio de demandas de nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes. Porque, como acabamos de ver, las demandas de nulidad de las inscripciones (al tener que basarse en la nulidad del título que las motivó) no discurren coordinadas a las acciones contradictorias de los derechos inscritos, sino inordenadas con respecto a ellas. Por desplazamiento lógico de la nulidad de la inscripción a la del título causante, una pretensión que el legislador concibió con cariz hipotecario se trueca en esencialmente civil, con lo que se desnaturaliza la construcción legal, que era esencialmente registral (no se olvide que con el art. 38 se pudo haber conseguido la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica). Con el sistema del art. 38 sólo se consigue amalgamar dos acciones claramente civiles, atacante la una del derecho real perfectamente constituido y la otra del título que le dió nacimiento, siendo así que bastaría con la proposición de cualquiera de ellas por separado para conseguir en su día el efecto cancelatorio apetecido.

De conseguir sentencias favorables a la pretensión del actor sólo se habría logrado la redundancia de dos posibilidades cancelatorias. Según el número 3.º del art. 79 de la Ley Hipotecaria, deberá ordenarse la cancelación de las inscripciones cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho. Dicha cancelación deberá ordenarse en la propia Sentencia en que se declare la nulidad de la inscripción.

Según el número 2.º del propio precepto, procede esta cancelación cuando se extinga por completo el derecho inscrito o anotado.

Supongamos que alguien ejercita una acción negatoria de servidumbre inscrita. Si prospera su pretensión, se producirá una extinción

ción del derecho inscrito y, por aplicación del art. 79, procederá la práctica de una cancelación.

El art. 38 fuerza al actor a demandar la nulidad del título que sirvió para adquirir la servidumbre contradicha. Declarada tal nulidad, se ordenará cancelar la inscripción de la servidumbre. Como vemos, se fuerza al actor a realizar dos ofensivas procesales para la consecución de un resultado, que a fuer de ser único resulta reiterativo.

No otro es el sentido de la jurisprudencia. En varias Sentencias se estableció que si el poseedor contra quien se dirige la acción tiene un título, es preciso obtener previamente la nulidad del mismo. Pero la Sentencia de 20 de marzo de 1897 determinó que no es aplicable esta doctrina cuando la acción de dominio no se funda en la nulidad del acto o contrato. Con la vista puesta en el art. 38 sostenemos que esta doctrina puede trasplantarse perfectamente al terreno hipotecario.

Bastaría con obligar a la demanda de cancelación de la inscripción, sin excederse a entrar en cuestiones de nulidad.

La conveniencia de la demanda de cancelación es obvia. La Sentencia que contradice el dominio o los derechos inscritos, ninguna alteración tangiblemente tabular produce. Para conseguir una modificación de la titularidad inscrita es necesario que se produzca la cancelación correspondiente, sirviendo para producirla, cuando no consintiere en ella aquel a quien perjudique, una Sentencia ordenándola, contra la cual no se halle pendiente recurso de casación (artículo 82 de la Ley).

Para que el Registro vaya acorde con la realidad jurídica, en la cual, si triunfa la pretensión del actor, se llegará al reconocimiento de un nuevo dueño, es necesario practicar la cancelación del asiento contradictorio. La simple declaración de extinción de un derecho precisa del complemento materializado y escriturado de la oportuna cancelación.

ESPECIALIDADES DE LA DEMANDA DE NULIDAD CUANDO HAYA DE PERJUDICAR A TERCERO

El último inciso del párrafo que comentamos del art. 38 dispone que la demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que establece esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero.

Esta norma se le antoja inexplicable a ROCA SASTRE, pues cree el ilustre hipotecarista que la demanda de nulidad nunca puede perjudicar a tercero, protegido por la fe pública registral.

Ello es cierto. Pero debe tenerse presente que el precepto comentado habla de «perjudicar a tercero». Y cuando al tercero hipotecario no le cubre el manto protector de la presunción de exactitud registral, tales demandas pueden indudablemente serle perniciosas.

Bastará para ello con que la causa de nulidad del título conste claramente en el Registro. Es el caso (aparte de otros muchos ejemplos que pudieran ofrecerse) del art. 94 del Reglamento Hipotecario, a que antes nos referíamos, referente a los actos otorgados por mujer casada sin licencia marital, cuando se hace constar en los libros la carencia de la venia varonil como advertencia para los terceros de hallarse pendiente una acción de nulidad.

En estos casos, como el tercero no puede alegar desconocimiento del contenido de los libros, no se hallará inmune, sino en posición vulnerable, en el caso de que, por demandarse la nulidad del acto inscrito, se derrumbe la titularidad del adquirente en virtud de la transmisión anulada.

Por ello estimamos correcto, en parte, el inciso final del art. 38 al permitir que la demanda de nulidad pueda perjudicar a tercero.

Lo que ya nos parece más heterodoxo es el hecho de aludir a «las causas establecidas por esta Ley».

En primer lugar, no deberían hacerse discriminaciones entre terceros y contratantes directos, ya que si para pedir la nulidad se establece un «numerus clausus» de motivos, el que inste la nulidad de un asiento habrá de escudarse en alguna de las causas preestablecidas, abstracción hecha de la condición de parte o extraño que, con respecto al título impugnado, concorra en el demandado.

Establece la Ley Hipotecaria, en algún precepto específico, cau-

sas de nulidad de las inscripciones por razón del título que las motivó?

Sólo extravasando el ámbito enunciativo y ejemplarizador del apartado d) del art. 40 de la Ley Hipotecaria, según el cual «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento..., la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». Pudiera advenirse en la trilogía literal que encauza el precepto una exposición exhaustiva de causas de nulidad de los asientos.

Pero es muy probable que la alusión a «las causas que establece esta Ley» sea debida a la confusa igualación entre nulidad y cancelación que establece este precepto. En este supuesto, habría que tener presente si la demanda dirigida contra el tercero encajaba en los artículos 79 y 80 de la Ley.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECA, YA TRANSCURRIDO EL PLAZO RECONSTITUTIVO DEL REGISTRO, SOBRE INMUEBLE INSCRITO A FAVOR DE TERCERA PERSONA, QUE LO HABÍA ADQUIRIDO POR TÍTULO ONEROSO.

Resolución de 14 de febrero de 1957 (B. O. de 2 de abril.)

Por escritura pública autorizada el 22 de enero de 1935 por el Notario de Lérida don Pedro Abizanda Planas, la Asociación Centre Republica D'Esquerra Catalana Maciá, de Granadella, reconoció adeudar a don José Vidal Cabré la cantidad de 25.000 pesetas, en garantía de cuyo pago, que tendría lugar dentro del plazo de cinco años intereses y costas, constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad sita en la indicada población, consistente actualmente, en virtud de obras, en un edificio compuesto de dos cuerpos que se comunican interiormente; la referida hipoteca fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas al tomo etc.

Don José Vidal Cabré falleció el 24 de mayo de 1936 bajo testamento abierto, en el que instituyó heredera universal a doña Josefina Vidal Escolá, y legó a la recurrente, doña Isabel Vidal Escolá, el crédito que ostentaba contra el expresado Centro Republicano; el 26 de abril de 1954 se otorgó la escritura de partición y adjudicación de la herencia del causante, y por haber sido destruído el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas durante la dominación

marxista, fué presentada para su reinscripción la escritura de préstamo hipotecario indicada, y devuelta previa manifestación verbal del Registrador de que la finca a que se refería figuraba inscrita a nombre de la Delegación Nacional de Sindicatos como edificio incautado por el Estado, por lo que no procedía la reinscripción del gravamen. Solicitado el reconocimiento del mismo a la Delegación de Sindicatos de Lérida, se contestó que la referida hipoteca quedaba sin efecto, vista la negativa del Registrador a efectuar su reinscripción ; posteriormente, y con el fin de ejercitar las acciones procedentes, fué nuevamente presentada en el Registro la referida escritura de hipoteca, siendo calificada con nota del tenor literal siguiente : «Denegada la reinscripción del precedente documento por aparecer reinscrita la finca hipotecada a nombre de la Delegación Nacional de Sindicatos, persona distinta de la entidad hipotecante», y doña Isabel Vidal Escolá interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, que fué resuelto por esta Dirección General el 3 de marzo de 1956, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

Notificada la citada Resolución a la interesada, presentó de nuevo, para su reinscripción en el Registro, la aludida escritura de préstamo hipotecario, y el Registrador puso en ella la siguiente nota : «Presentado el precedente documento, acompañado de Resolución de fecha 3 de marzo del corriente año, dictada en virtud de recurso interpuesto con posterioridad a la caducidad del asiento de presentación que motivó la nota recurrida, por lo que no fué extendida la nota marginal a que se refiere el art. 66 de la Ley Hipotecaria, como se comunicó oportunamente al excelentísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial, se deniega la reinscripción del mismo por aparecer la finca hipotecada inscrita a favor del Casino de Grana-della (Centro de Recreo), persona distinta de la entidad hipotecante y de aquella a favor de la que constaba inscrita al interponer el recurso.»

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

Que la cuestión planteada en este recurso es la misma que ya fué decidida por este Centro en Resolución de 3 de marzo de 1956,

sin que la circunstancia alegada por el Registrador de que haya sido objeto de varias transmisiones la finca afectada por la hipoteca, cuya reinscripción se pretende altere los términos del problema, ni justifique las dudas para la recta interpretación y ejecución de lo acordado en la Resolución aludida, que por tener carácter definitivo debe ser cumplida en sus propios términos.

Alegó el Registrador que el caso discutido no es el mismo de la Resolución de 3 de marzo de 1956 (ver en REVISTA CRÍTICA, pág. 113, número enero-febrero 1957), ya que ésta se basa en que la inscripción a favor de la Delegación Nacional de Sindicatos fué practicada en virtud de una Ley especial y actualmente aparece inscrita la finca a favor de persona distinta en virtud de un título de compra.

La recurrente—sigue diciendo el Registrador—invoca los artículos 8.º y 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, pero sin relacionarlos con el art. 14, que restablece la vigencia de los arts. 17 y 20 de la Ley Hipotecaria una vez transcurrido el período de la reconstitución. Por tanto—continúa—, si los títulos anteriormente inscritos pudieran reinscribirse siempre sin obstáculo alguno, el art. 14 de dicha Ley, en vez de suspender los arts. 17, 20, 32 y 34 por un período de tiempo, *los suspendería sin limitación*.

En consecuencia—y como resumen, concluye el funcionario calificador—, «el Casino de Granadella adquirió de buena fe, por título de compra y libre de cargas de quien, según el Registro, tenía derecho a vender, por lo que el principio de fe pública registral debe mantener inatacable su adquisición».

¿Esta buena doctrina hipotecaria la contradice la Dirección?

Nos resistimos a admitirlo. A nuestro juicio, y cuando nuestro ilustre Centro dice «que no debe ser obstáculo para que un título que estuvo ya inscrito pueda de nuevo acogerse a los beneficios del sistema, porque conforme al art. 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, «transcurrido el plazo prefijado... podrán también ser inscritos o anotados de nuevo los títulos que anteriormente lo hubieran sido», *si bien los nuevos asientos no surtirán efecto contra tercero sino desde su fecha* (ver penúltimo considerando Resolución citada arriba, 3 de marzo de 1956), *interpreta literalmente* dicho precepto, y en consecuencia el titular de la hipoteca reinscrita, para hacerla efectiva, habrá de acudir previamente a los Tribunales de Justicia, porque, según el Registro y los términos también literales de ese

artículo 13, *al tercer adquirente a título oneroso del inmueble sobre que recae no puede perjudicarlo mientras aquéllos no lo declaren.*

No entender así la precedente Resolución supondría llevar la inseguridad a todos los Registros que fueron desvastados en la pasada contienda.

PRÓRROGA DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—NO ES POSIBLE UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO POR EL QUE SE CONSTITUYÓ Y EL DE LA PRÓRROGA ESTABLECIDA PARA LA MISMA EN EL ART. 86 DE LA LEY, DADA LA REDACCIÓN DEL PRECEPTO, PROLONGAR LA VIDA DEL ASIENTO HASTA QUE RECAIGA RESOLUCIÓN FIRME EN EL LITIGIO QUE DIÓ LUGAR A DICHA MEDIDA CAUTELAR.

Resolución de 7 de marzo de 1957 (B. O. de 17 de mayo).

Como consecuencia de juicio ordinario de mayor cuantía, se extendió anotación de embargo preventivo sobre una finca, cuya vigencia fué prorrogada por cuatro años más en virtud de mandamiento.

Conseguida por los demandantes sentencia favorable, confirmada por fallos de Tribunales superiores, se entró en período de ejecución de Sentencia, y, en previsión de que no pudieran haberse agotado las diligencias propias del trámite de apremio dentro de los cuatro años de la prórroga de la anotación preventiva, se solicitó del Juzgado nueva prórroga por otros cuatro años, librándose al efecto el oportuno mandamiento.

Presentado en el Registro el anterior documento, fué calificado con la siguiente nota: «Denegada la prórroga de anotación de embargo acordada según el mandamiento que precede, toda vez que, de acuerdo con el art. 86 de la Ley Hipotecaria, no cabe más que una prórroga, y ésta fué ya practicada a instancia de los demandantes en 6 de septiembre de 1951».

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia y la Dirección confirman la nota del Registrador, previo informe del Juez de Primera Instancia que expidió el mandamiento, que estimó correcta la actuación de aquél en su función calificadora, mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que las anotaciones de embargo creadas por el legislador de 1861 en sustitución de las hipotecas judiciales de nuestro antiguo Derecho tienen como finalidad específica «asegurar las consecuencias del juicio», como dice la Exposición de Motivos de la primitiva Ley, y evitar, como aclara la Resolución de este Centro de 29 de octubre de 1946, que el demandado pueda, mediante actos propios, eludir el cumplimiento de las decisiones judiciales, quedando de este modo cubierta con tal medida cautelar la etapa de peligro que media desde que se inicia la relación jurídico-procesal con la interposición de la demanda hasta que la «litis» queda definitivamente resuelta.

Que fundadas las anotaciones preventivas en la necesidad de tutelar derechos o situaciones jurídicas de naturaleza transitoria, los asientos de las mismas que se hagan en el Registro deberán ser provisionales, para evitar que queden perpetuados en los libros registrales, con menoscabo de la claridad y eficacia del sistema.

Que por este propósito legislativo de que el historial de las fincas aparezca en el Registro sólo con aquellos datos que sean indispensables para la publicidad de los derechos reales, se estableció el límite de duración de cuatro años para las anotaciones preventivas susceptible de ser prorrogado por otro plazo igual; pero dados los términos en que se halla redactado el art. 86 de la Ley Hipotecaria, no son admisibles nuevas ampliaciones, aunque en supuestos excepcionales se ponga de relieve la conveniencia de revisar dicho precepto, apreciándose nuevamente por el legislador los intereses en conflicto para impedir casos como el que motiva este expediente, en los que puede quedar incumplida la finalidad de garantía y desamparados los derechos que se juzgaron dignos de protección.

Como dice el Juez de 1.ª Instancia en el informe arriba citado, si bien es anómala desde el punto de vista de derecho constituyente la caducidad de un asiento que garantiza el resultado de un litigio antes de que éste termine, en derecho constituido, ante la claridad de los términos del art. 86 de la Ley Hipotecaria y la doctrina sentada por la Resolución de 9 de noviembre de 1955 (pág. 558, año 1956, esta Revista), es irrefutable el criterio del Registrador.

Por su parte adujo con destreza el recurrente que el art. 86 debatido sin antecedentes en la anterior legislación, establecido por la reforma de 1944, debía interpretarse de acuerdo con las razones jus-

tificativas del mismo contenidas en la Exposición de Motivos de dicha reforma, según las cuales su propósito fué que desaparecieran de los libros registrales aquellas cargas que inútilmente continuaban mencionándose en sus páginas, por lo que si la carga no significa una constancia inútil, sino que responde a la garantía de un derecho todavía vivo, la cancelación por el simple transcurso del tiempo no es justa ni debe producirse. Ya la doctrina viene haciéndose eco de esta perentoriedad y rigidez legal (baste citar para ejemplo el trabajo de MOUTAS MERAS, «El problema de la caducidad de las anotaciones preventivas de demanda», en Revista de Derecho Privado, página 154, año 1955); pero, como dice al final de esta Resolución nuestro ilustre Centro: «es el legislador el que, apreciando nuevamente los intereses en conflicto, quien podría impedir casos como el que motiva aquélla».

REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—

EL PRECEPTO ESTATUTARIO QUE EXIGE PARA LA TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES A TERCERA PERSONA EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LOS SOCIOS, SALVO EL CASO DE TRANSMITIRSE AL CÓNYUGE O A LOS HIJOS, CONTRADICE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL PÁRRAFO 3.º (IN FINE) DEL ART. 20 DE LA LEY ESPECIAL.

Resolución de 14 de marzo de 1957 (B. O. de 17 de mayo).

D. E. y D. F. otorgaron en Valencia, el 8 de octubre de 1954, ante el Notario don Modesto Díaz Palomo, escritura de constitución de la «Sociedad Limitada Tejidos Amor». El texto del art. 8.º de los Estatutos, que figura en la escritura, es del tenor siguiente: «Artículo 8.º Cesión.—«Los socios no podrán transferir a terceras personas sus respectivas participaciones sociales ni otorgar poderes para que los representen en la Sociedad, salvo que medie entre ambos casos la conformidad expresa de los mismos. Esta condición no tendrá aplicación cuando la transferencia que se trate de efectuar sea en la persona del cónyuge, si esto fuese legalmente posible, o hijos.»

Presentada en el Registro Mercantil de Valencia primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada que se constituye en el precedente documento, por observarse el siguiente defecto: Que el art. 8.º de sus Estatutos, al exigir para la transmisión de las participaciones sociales a tercera persona el consentimiento expreso de los socios, salvo el caso de transmitirse al cónyuge o a los hijos, contradice y deja sin efecto todo lo que sobre transmisión «inter vivos» de participaciones sociales dispone el art. 20 de la Ley sobre régimen jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada, defecto subsanable; no habiéndose tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección confirma la nota del Registrador mediante la razonada doctrina siguiente:

Que el único defecto señalado a la escritura plantea las siguientes cuestiones: 1.ª Si en escritura de Sociedad Limitada puede regularse la transmisión «inter vivos» de participaciones sociales con los pactos y condiciones que los socios estimen convenientes, sin que la autonomía de la voluntad halle en la Ley más limitaciones especiales que la de no ser en ningún caso válido «el pacto que prohíba totalmente las transmisiones», o si, debiendo, en todo caso, respetar el derecho de tanteo, puedan regularse únicamente sus condiciones, y en especial la evaluación de las participaciones sociales; 2.ª Si la invalidez del «pacto que prohíba totalmente las transmisiones» acarrea igualmente la de aquel que sólo las permita: a) Cuando medie la conformidad expresa de los socios; y b) Sin esta condición, cuando se transfieran las participaciones al cónyuge o hijos del socio.

Respecto de la primera cuestión, que en el art. 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se señalan con claridad dos sistemas en orden a la transmisión de las participaciones sociales: el voluntario, al que no se imponen más limitaciones especiales que la de declarar inválido el pacto mencionado, totalmente prohibitivo, y el supletorio, que de acuerdo con la especial naturaleza de esta clase de Sociedades, y conciliando las opuestas exigencias de no inmovilizar el capital por una parte, y salvaguardar por otra, el carácter, de hecho, personal de estas Sociedades con capital modesto,

permite la transmisión a extraños, aunque estableciendo un derecho de tanteo en favor de los socios y de la Sociedad; interpretación ésta que, como apunta el señor Notario, cuenta en su apoyo con fuertes razones: a) Los claros términos del párrafo tercero del citado artículo, y sobre todo los del párrafo cuarto, en donde, al sancionar con nulidad aquellas transmisiones que no se ajustan a las normas establecidas, señala el orden de preferencia, en primer lugar, la escritura social, y en su defecto, lo prevenido en el mismo artículo; b) El propio preámbulo de la Ley, según el cual «la Ley muestra, una vez más, su respeto por la voluntad de los socios al permitirles regular esta importante cuestión, tan ligada a sus íntimas preferencias»; c) La presencia, siempre viva en materia de Sociedades, del principio de autonomía de la voluntad, que induce a atribuir carácter meramente supletorio a los preceptos que las regulan cuando, como sucede con los que establecen el referido tanteo, ni sus términos ni su naturaleza ni finalidad apoyan su prevalencia sobre los intereses y determinación de los socios, los cuales, por tanto, podrán incluso establecer—como parece reconocer el mismo Registrador—un simple sistema de libre transmisibilidad, que no desconocido en las legislaciones, responde al principio de libre negociabilidad y se armoniza con el mayor tinte capitalista, que por lo demás, a partir de la nueva regulación y conforme a ella, puede afirmarse que tiene naturalmente la Sociedad Limitada desde el punto de vista jurídico.

En cuanto a la segunda cuestión, que la invalidez del pacto totalmente prohibitivo de las transmisiones incluyen la de aquél que las prohíbe, mientras los socios, es decir, las únicas personas a quienes la escritura vincula, no acuerden por unanimidad permitir las, y en este sentido el art. 8.º de la escritura de constitución parte realmente del principio de intransmisibilidad de las participaciones sociales a persona extraña y debe estimarse nulo, salvo que se entienda que en él no se han prohibido «totalmente» las transmisiones por autorizarse en favor del cónyuge o hijos.

En cuanto a este último extremo de la misma cuestión, que aunque se entienda que los pactos y condiciones de la escritura pueden referirse no sólo al mecanismo interno de la transmisión y al derecho de preferencia de los socios y de la Sociedad, sino también a las cualidades de los posibles adquirentes, hasta el extremo de prohibir «totalmente» las transmisiones a otras personas que no sean las es-

pecíficamente determinadas, en todo caso la defensa de la Ley exige negar virtualidad a un pacto como el escriturado, el cual, si bien puede entenderse que salve el literalismo legal, se opone, desde luego, al restringir de tal manera las transmisiones, al fin de la norma, alcanzando resultados prohibidos por ésta y burlando la intención innovadora del legislador, en cuya crítica no cabe entrar.

Que, en efecto, las únicas transmisiones estatutariamente permitidas ofrecen graves dificultades jurídicas, como la prevista a favor del cónyuge, supuesto extraño que obliga al propio Notario a dudar de su normal posibilidad y, sobre todo, prácticas, por cuanto aun existiendo cónyuge e hijos, no llegan a formar el adecuado mercado mínimo en el que, conforme al «principio general de negociabilidad de los bienes característicos del Derecho moderno, e implícito en nuestros Códigos», los socios puedan obtener una justa compensación a su apartamiento de la Sociedad.

Dijo VALERIANO DE TENA («El proceso fundacional de las Sociedades de Responsabilidad Limitada...»), esta Revista, septiembre de 1954), que la Ley dejó a la libre voluntad de los interesados estipular los pactos y condiciones especiales que a bien tuvieran, con una sola prohibición: la de que no fuesen contrarias a la misma.

¿Y lo es en realidad el del precepto estatutario en cuestión? ¿Podría deducirse, en una interpretación objetiva, como lo hace el recurrente, «que el consentimiento conjunto para la validez de la transmisión es equiparable al tanteo que regula el art. 20 de la Ley de Limitadas? «Porque este tanteo no es tanto para los socios, sí que también para la Sociedad, en el caso de que aquéllos no lo ejerciten. Tanteo, además, supervalorado, desde el momento que el precio de venta en caso de discrepancia será fijado por peritos (2-20). Lo singular aquí es que la Limitada sólo la constituyen dos personas, y ante el supuesto queda inoperante el tanteo social, puesto que el socio no vendedor tendrá en su mano uno y otro tanteo: el individual y el social.

Pero y si por muerte de uno de los socios su participación recayesé, proindivisamente, claro (arts. 1 y 23, L. R. L.), en varias personas: ¿la solidaridad en las obligaciones implica también solidaridad en el derecho de tanteo que la participación lleva insita?

Porque a nuestro juicio, el principio clásico *favor debitoris* en este

caso singularísimo desplegaría su máxima elasticidad y, en consecuencia, la expresión del citado artículo 23 de que «siempre que una participación social pertenezca proindiviso a varias personas (1), éstas habrán de designar la que haya de ejercitar los derechos inherentes a esa participación», no podrá interpretarse en que todas de consuno hayan de ejercitar ese tanteo especial, sino que bastará la voluntad de un condómino, si los demás muestran pasividad o renuncian, para la efectividad por su parte de dicho tanteo, con lo cual el rígido del caso en cuestión se flexibilizaría al ser ya no una sino varias las personas que pudieran ejercitarlo, como también para el caso del tanteo social.

De todos modos, ese *consentimiento conjunto* para la validez de la transmisión es lo que deja inoperante cuanto pueda referirse «no sólo al mecanismo interno de la transmisión y al derecho de preferencia de los socios y de la Sociedad, sino también al fin de la norma, alcanzando resultados prohibidos por ésta y burlando la intención innovadora del legislador» (penúltimo considerando).

Finalmente, queremos destacar la afirmación de nuestro ilustre Centro, «de que a partir de la nueva regulación y conforme a ella, estas Sociedades Limitadas tienen mayor tinte capitalista desde el punto de vista jurídico».

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

(1) Esta oración: «pertenezca proindiviso a varias personas», referida a la participación, del artículo 23, aclara los términos en que está redactado el 21, de los que pudiera inducirse ser a un solo heredero o legatario del socio fallecido al que podría adjudicarse la participación y consiguiente condición social.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Como es sabido, los recursos de revisión interpuestos contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Territoriales en materia de arrendamientos rústicos se resuelven por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En esta Sección, dedicada a la Jurisprudencia Civil, no se viene dando cuenta de tales fallos, desligados ya, procesalmente al menos, del viejo tronco del Derecho Civil o Común. Sin embargo, estimamos que aún tiene mucho interés el llamado Derecho Agrario para los que dedican su atención preferente a las materias de aquél, o al Derecho Registral, en una palabra, para esta Sección de Jurisprudencia.

Por ello, vamos a resumir las Sentencias referentes a la materia de arrendamientos rústicos aparecidas en el pasado año 1956, que contienen, a nuestro juicio, doctrina que puede estimarse de interés o carácter general.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1956.—*Retracto instado por el arrendatario.—Completo conocimiento de las condiciones de venta.—Pago aplazado.—Los Juzgados Municipales son incompetentes para admitir la consignación del precio en acto de conciliación.—Los asientos del Registro implican una notificación «erga omnes».*

A) Condiciones de la notificación.—Para que los arrendatarios de finca rústica transmitida a título oneroso puedan ejercitar el derecho de retracto legal es absolutamente preciso que conozcan las condiciones en que la transmisión se efectuó, y a ello tiende el párrafo 3.º del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, imponiendo al comprador la obligación de notificar al arrendatario la compra de la finca o fincas arrendadas, debiendo ejercitarse por éste el derecho de retracto dentro del plazo de tres meses, a contar desde la fecha de la notificación: y aunque el precepto legal no

especifica las condiciones que ha de reunir, la doctrina y la jurisprudencia han venido perfilando los requisitos de la notificación, llegando a concluir que el conocimiento de las condiciones de la venta ha de ser pleno, cabal, cierto, completo, exacto, perfecto, de las condiciones esenciales y de las no esenciales, como dejó sentado el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de diciembre de 1952. En suma, ha de ser comprensivo de todas aquellas cláusulas necesarias para decidir con conocimiento de causa y sin necesidad de recurrir a otras averiguaciones sobre la conveniencia de retraer; siendo de significada influencia, para calcular en cada caso concreto, si es beneficiosa y asequible a sus disponibilidades económicas la subrogación para el arrendatario, el conocimiento no sólo del precio, sino también de las modalidades de pago, según declaró el Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de mayo de 1942 y de 17 de mayo de 1945, por la influencia y repercusiones que en el aspecto económico puede tener la forma y circunstancias en que, con arreglo a las estipulaciones contractuales, deba cumplirse aquella obligación, singularmente las relativas al aplazamiento de pago de parte del precio, por las poderosas razones consignadas en la Sentencia de 24 de noviembre de 1944, que se dan en esta Sentencia por reproducidas.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, es visto que al silenciarse por la compradora en su carta a los arrendatarios la convención contractual de que del precio de 600.000 pesetas se habían satisfecho en el acto del otorgamiento de la escritura 300.000 y que en cuanto a las restantes 300.000 se obligaba la compradora a satisfacerlas al vendedor dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que éste le dirigiera, sin devengo de interés por el aplazamiento, se omitió un extremo importantísimo que a los arrendatarios convenía conocer, pues implicaba una considerable facilidad en el pago que podía influir en su decisión de retraer, ya que si la subrogación ha de ser en las mismas condiciones en que la venta se realiza, tal beneficio debería alcanzar a los retrayentes por tener paridad de derechos y obligaciones que el adquirente, y la obligación de reembolsar, sólo alcanzaba en el momento de la notificación por carta a la suma hasta entonces realmente desembolsada y no a la totalidad del precio estipulado, pues que las condiciones no deben ser más onerosas para los retrayentes que para el comprador. Ha procedido con acierto el Tribunal «a quo» al declarar viciado el conocimiento e inválida la notificación, que ha de señalarse por nula y no hecha. No puede sostenerse, añade la Sentencia que resumimos, con probabilidades de éxito, que el pago no fué en parte aplazado porque quedaba al libre arbitrio del vendedor su exigibilidad, pues ello no es más que parcialmente cierto, desde el momento en que no podía compeler al comprador hasta pasados los treinta días siguientes al requerimiento; y «aplazar» tanto quiere decir como diferir, dilatar, retardar o suspender la ejecución de una cosa, que es lo que, en definitiva, se hizo respecto al pago de las 300.000 pesetas, que no fueron entregadas cuando se celebró el contrato.

B) Consignación.—La consignación del precio conocido o la prestación

de fianza suficiente, que exige el número 2.º del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tiende a garantizar que el comprador se reintegrará de lo desembolsado, no siendo necesario efectuarla en el acto de conciliación, cuando éste se celebra, cuestión que debe tenerse por resuelta en sentido negativo desde que esta Sala, dice la Sentencia, así lo declaró en Sentencias de 24 de septiembre de 1945 y 17 de diciembre de 1948, fundándose principalmente en que el precepto legal indicado impone el cumplimiento del requisito como presupuesto procesal para la admisión de las demandas de retracto, y no antes; y en que debe hacerse precisamente en el organismo jurisdiccional encargado de tramitarla, puesto que su omisión impide darle curso, y no ante los Juzgados Municipales, carentes de competencia para aceptarla, y, sobre todo, para calificar su suficiencia; aparte que, dado el limitado plazo de eficacia del acto conciliatorio, la consignación o la fianza caducaría si la acción de retracto no se ejercitaba dentro de aquél, habiendo resultado inútil y teniendo que reproducirla inexcusablemente al presentar la demanda.

C) Los asientos del Registro de la Propiedad implican una notificación «erga omnes».—Siendo nula la notificación que la compradora hizo por carta, resultó ineficaz para el arranque del cómputo del plazo de ejercicio de la acción retractual, y no constando que los demandantes tuviesen conocimiento del aplazamiento parcial del pago y de las demás condiciones de la venta, puesto que ni se les participó en la reunión celebrada en y no constando acreditado que los arrendatarios retrayentes tuvieran, por cualquier otro medio, el cabal conocimiento de la transmisión, se hace preciso admitir que la plenitud cognoscitiva del precio cierto, la forma de pago y demás importantes condiciones de la venta, no la alcanzaron hasta el día 13 de abril de 1955, fecha de presentación del escrito de contestación a la demanda con el que se aportó la copia de la escritura de compraventa; si bien pudieron saberlo en 25 de marzo del mismo año, en que fué inscrito el documento en el Registro de la Propiedad, fecha desde la que hay que partir para el cómputo del plazo de tres meses de vigencia de la acción retractual, *pues no es posible desconocer el efecto publicitario de la inscripción registral*, que es garantía jurídica de la verdad de sus asientos y una notificación «erga omnes» del contenido de los mismos, a falta de la que, en forma eficiente, debió haber hecho y no hizo el comprador, o de cualquier otro modo acreditar el conocimiento de la transmisión; por todo lo cual debe tenerse como válida y eficaz la consignación constituida por los demandantes en 14 de marzo en el Juzgado.

SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1956.—*Licitud del pacto que fija rentas dinerarias diferentes dentro del ciclo de vigencia del contrato.—Necesidad de la conversión de la renta pactada en dinero al patrón trigo.*

La intención de los contratantes fué establecer y fijar rentas dinerarias diferentes dentro del ciclo de vigencia del contrato, lo que no está prohibido por la Ley ni atenta a la moral o al orden público, único obstáculo que se opone a la libertad contractual, según advierte el artículo 1.255 de

la Ley sustantiva civil; queda, pues, patente la licitud de tal pacto arrendaticio, que por otra parte fué consecuencia del insistente deseo del arrendatario de continuar en la posesión del inmueble.

Sentado lo anterior, resalta la necesidad de la conversión de la renta pactada en dinero por su equivalente en el patrón trigo, sin que sea óbice para ello la variedad de rentas convenidas, por ser clara la compatibilidad entre los dos índices progresivos: de una parte, la merced fijada, y de otra, el distinto precio de aquel cereal en los diversos vencimientos, como acertadamente recoge el Juez de Instancia, mantenido por la sentencia recurrida. La conversión es preceptiva y obligada, dado el carácter de derecho necesario aplicable al caso, pues así lo impone el artículo 2.º del Decreto-ley de 15 de julio de 1949, y se reconoce por la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 4 de diciembre de 1945, 9 de junio de 1954, 28 de septiembre de 1955 y la muy reciente de 13 de abril de 1956, doctrina legal inspirada en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1956.—*La aparcería tiene un régimen propio diferenciado del correspondiente al arrendamiento. — Pago de contribuciones por el aparcerero.*

El apartado 5.º del artículo 12 de la Ley arrendaticia de 1935, que impone al arrendador el abono de las contribuciones e impuestos que recaigan sobre la propiedad de la finca arrendada y al arrendatario las repercusiones correspondientes, no es aplicable a la aparcería, pues la Ley tiene para ambos contratos —arrendamiento y aparcería— conceptos y régimen perfectamente diferenciados, lo que impide aplicar a uno de ellos lo estatuido para el otro. El claro texto del artículo 44 de la Ley del 35 revela que el régimen de aparcería es específico y propio, pues al establecer que su contenido obligacional se regirá por diversas fuentes, prescribe la subordinación de todas ellas, en su respectiva calidad principal o subsidiaria, sólo a las disposiciones del capítulo 8.º de la Ley, sin que dentro del mismo se diga nada relacionado con el pago de las contribuciones e impuestos, que restrinja la libre autonomía de la voluntad de las partes, establecida por el artículo 44 con carácter amplio, en cuanto no sea contraria a las normas de ese capítulo 8.º. Por ello, al no oponerse a las mismas el pacto comprensivo de que el aparcerero pague la contribución, hay que estimarlo permitido, y así lo resuelve ya la Sentencia de 27 de noviembre de 1953, que afirma puede pactarse libremente en las aparcerías la participación en el pago de la contribución e impuestos, aunque exceda de las repercusiones autorizadas por las disposiciones fiscales, siendo de obligado cumplimiento lo dispuesto en los artículos 1.089, 1.091 y 1.255 del C. c., sobre el respeto a lo pactado.

SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1956.—*En las aparcerías no rigen las prórrogas legales ni los avisos previos que exigen los arrendamientos.*

Del art. 49 de la Ley de Arrendamientos de 1935 se infiere que en las aparcerías no rigen las prórrogas legales, sino únicamente las que se esta-

blezcan por la voluntad expresa de las partes, como tampoco los avisos previos que exigen los arrendamientos de tipo clásico. Si del oficio del Jefe de Hermandad de Labradores y Ganaderos se deduce que es norma usual y corriente en la localidad el que los aparceros cesen en los compromisos contraídos a medida que se van recogiendo los frutos pendientes, es lógica la consecuencia de estimar vencido el plazo contractual, prescindiendo de otras pruebas que señalan el término de un año, porque dado el destino a que se dedica la finca—cultivo de verduras—, no precisa para la recolección del fruto un plazo superior al indicado.

Cuando el propietario de una finca rústica ejercita en circunstancias legales la facultad de poner fin a la aparcería, por extinción del plazo concertado o legal, hace uso de un derecho al que no puede negarse el consiguiente de desahuciar al aparcerero que, demandado de lanzamiento, esgrime para impedirlo el derecho de opción que regula el art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, establecido a favor de los cultivadores del fundo. Hemos de advertir que en el caso de autos nada aparece en ellos referente a haberse intentado ese propósito antes del momento procesal del resumen de prueba, sino en este momento, por lo que tal manifestación es extemporánea y ningún efecto puede producir. Si a ella se le dieran en el juicio sumario de desahucio consecuencias diferentes a su específica finalidad, se decidirían cuestiones impropias, que no caben en ese proceso, y, al mismo resultado se llegaría si a la referida manifestación se le hubiera dado o tuviera el carácter de excepción. Ejercitado el derecho de opción a su debido tiempo, y en vigor el contrato de aparcería, la consecuencia habría sido muy diferente.

SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1956.—*La negativa del propietario a continuar la aparcería ha de notificarse al aparcerero durante la vigencia del contrato.—Derecho de opción de éste para continuar como arrendatario en parte.—Cuando no se fija plazo de duración por las partes, se entiende válido el convenio mientras uno u otro no manifieste su voluntad contraria.*

Son antecedentes en esta Sentencia los siguientes: A) Que en el contrato verbal de aparcería no se fijó plazo alguno de duración; B) Que la rotación de cultivo en las fincas de regadío dura sólo un año, plazo aplicable en las aparcerías que no tienen señalado otro expreso por convenio de los contratantes; C) Que los contratos de aparcería análogos al que fué objeto de litigio se rigen por los usos locales, que fijan el día 1.º de noviembre de cada año, festividad de Todos los Santos, como término de cada rotación de cultivo; D) Que la demanda inicial fué admitida a trámite el día 26 de febrero de 1955, en la que se afirmaba que antes de la terminación del último año agrícola se había hecho saber al demandado que los demandantes daban por terminada la aparcería, afirmación no sólo no probada, sino desmentida por una de las propias demandantes, que manifestó que hasta la iniciación del juicio nada habían dicho respecto a la aparcería al demandado.

Sobre tales antecedentes se sienta la siguiente doctrina: 1) Que la dicción literal del art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 impone al propietario, en armonía con las más elementales exigencias de la lógica, que su negativa a continuar la aparcería se manifieste durante la vigencia del contrato; 2) Que esta doctrina ha sido confirmada en múltiples Resoluciones, entre ellas la de 6 de marzo de 1951, en la cual se manifiesta que el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, si bien conserva la libertad del aparcerero propietario para no continuar en aparcería, creó a favor del cultivador un nuevo derecho de opción entre el abandono del cultivo de la finca o la continuación en ella como arrendatario de la parte proporcional a su participación, estando tan íntima y sustancialmente unidos y relacionados ambos derechos que el del cultivador no es más que una consecuencia y derivación del propietario, hasta el punto de que sólo al expresar éste de un modo formal y eficaz su voluntad de terminar la aparcería, es cuando nace el derecho del cultivador a seguir en la finca como arrendatario, por lo que la demanda de desahucio o de resolución del contrato, fundada en la terminación del plazo contractual o legal, sin que el cultivador haya tenido posibilidad de hacer uso de su derecho a seguir como arrendatario, no puede legalmente prosperar, porque ello sería hacer ilusorio aquel derecho de opción, cuya finalidad es evitar tal lanzamiento por la sola voluntad del propietario de la aparcería; 3) Que cuando en el contrato no se fija plazo alguno de duración por las partes, la intención de los contratantes, revelada en sus actos coetáneos y posteriores, es la de conceder validez al convenio mientras uno u otro no manifieste su voluntad contraria, por lo que todas las prórrogas del plazo mínimo señalado en el art. 49 de la Ley de 1935 quedan autorizadas expresamente desde el principio y no pueden ser calificadas de prórrogas tácitas, prohibidas por el legislador, como el fallo recurrido entiende, 4) Que, además, el Tribunal Supremo tiene establecido en sus Sentencias de 12 de marzo de 1952 y 23 de febrero de 1955 que no puede estimarse tampoco prórroga tácita, sino expresa, la continuación de la aparcería, cuando pasado su término las partes continúan su relación contractual cultivando, haciendo las aportaciones pactadas, distribuyéndose los productos, etc., con lo que revelan su voluntad de prorrogar tan auténticamente como si la hubieren consignado en documento, y, por lo tanto, no puede tenerse por extinguida, «ope legis», la aparcería ni su subsistencia considerarse tácita; 5) Que no es aplicable en los contratos de aparcería lo dispuesto en los capítulos segundo, tercero y séptimo de la Ley de 15 de marzo de 1935, según dispone el art. 49, y, finalmente, que la declaración de voluntad contraria a la continuación de la aparcería habrá de referirse siempre al momento final del tiempo estipulado o al ciclo de cultivo entonces pendiente, y dentro de ese mismo período, plazo o término, es cuando el aparcerero cultivador puede ejercitar eficazmente su derecho de opción, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1956.—*Arrendamiento que se transforma en aparcería por convenio posterior referente a la renta.—Al nuevo régimen de aparcería no le afectan las cláusulas pactadas para el arrendamiento.*

Se pactó un contrato de arrendamiento de finca rústica por un precio de 1.600 pesetas anuales y se sometieron las partes a los Juzgados y Tribunales de Málaga. Con posterioridad fué modificada la cláusula relativa a la renta en el sentido de que el cultivador había de entregar a la propiedad la mitad de los frutos que produjeran los olivos, almendros y algarrobos de la finca y una cantidad en metálico por el disfrute del resto de ella.

Sobre tales antecedentes, se sienta la siguiente doctrina: Se da la novación objetiva, conforme al art. 1.261 del Código civil, cuando la segunda obligación modifica la primera de una manera tan sustancial que la existencia de las dos resulta incompatible, por serlo alguno de sus elementos constitutivos; y en el presente caso hay que estimar que la nueva modalidad en el pago de la merced que, respecto al aprovechamiento de los olivos, almendros y algarrobos fué convenida por las partes, alteraba sustancialmente lo que en relación al abono de la renta de toda la finca aparece concertado por la cláusula 5.ª del contrato arrendaticio, pues no hay que olvidar que si bien el precio del contrato de arrendamiento puede consistir tanto en el pago de una cantidad en metálico como en la entrega de frutos, es siempre que éstos lo sean en cantidades fijas y no como parte alícuota de los que produzca la finca objeto del disfrute, ya que en este caso no pueden constituir el precio cierto que, como requisito indispensable para su validez, exige el arrendamiento, siendo precisamente lo aleatorio en la percepción de frutos lo que caracteriza el régimen aparcerero y la diferencia del arrendaticio. Por ello, el cambio producido al pactarse la nueva forma en el pago de la renta correspondiente al aprovechamiento del arbolado había de impedir la subsistencia del primitivo régimen arrendaticio y dar lugar a la creación, por la voluntad de las partes, de un nuevo convenio, que dadas sus características tiene que ser calificado de aparcería. Por ser independiente del anterior, no puede afectarle la cláusula sumisoria contenida en éste.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de abril de 1956.

ENAJENADOS EN ESCRITURA PÚBLICA CIERTOS PERMISOS DE INVESTIGACIÓN, JUNTO CON LA CONCESIÓN DE UNA MINA, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MINAS, Y DENEGADA POSTERIORMENTE ESTA AUTORIZACIÓN, NO PROCEDE LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO LIQUIDADADO Y EL CASO ESTÁ FUERA DE LO PREVISTO EN EL ARTICULO 58 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO.

Antecedentes: Por medio de escritura pública, D.^a María A. I. vendió a D. José Luis M. diversos permisos de investigación minera por precio recibido de 11.500 pesetas, le cedió los derechos que tenía sobre otros y le vendió, en nombre de su marido, una mina por el precio de 4.500 pesetas, haciendo constar, además, que el comprador y cesionario se sometían a las condiciones establecidas o que se establezcan en el otorgamiento de los referidos permisos de investigación, así como al desarrollo de los proyectos aprobados para los mismos.

La A. del E. giró las consiguientes liquidaciones, consentidas e ingresadas por el adquirente, quien, meses después, se dirigió al Delegado de Hacienda pidiendo la devolución del importe total de las liquidaciones al amparo del art.º 58 del Reglamento del Impuesto y en razón de que había sido denegada por la Dirección General de

Minas y Combustibles la autorización para llevar a cabo la cesión, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 y su Reglamento de 9 de agosto de 1946, con fundamento en que el posible comprador no había acreditado tener los requisitos legales y en que una de las minas no figuraba en el Registro Minero a nombre del posible vendedor, sino a nombre de otra persona.

Esta declaración de la Dirección General implicaba, a juicio del reclamante, la nulidad del contrato de una manera absoluta sin necesidad de resolución expresa judicial o administrativa; siendo más ostensible por lo que se refiere a la mina «Angelita» que no figuraba en la Jefatura del Distrito Minero a nombre del cedente. Justificó sus asertos con la escritura dicha y cartas de pago del impuesto, junto con el traslado del acuerdo de la Dirección General referida.

La Delegación de Hacienda, previo informe del A. del E., acordó denegar la devolución, invocando los arts. 67 y 119 del Reglamento de Minas y los arts. 41 y 58 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, toda vez que siendo correctas las liquidaciones practicadas, resultaba que ni judicial ni administrativamente se había declarado la nulidad del contrato que las produjo, ni de la escritura que le dió vida, puesto que lo ocurrido fué que los contratantes, con manifiesta inexactitud, y acaso con mala fe, con posterioridad al otorgamiento de la escritura solicitaron la autorización legal para la transferencia de los derechos en cuestión, remitiendo al efecto un proyecto de contrato cuando éste, en realidad, ya estaba perfeccionado y consumado; y la Dirección General, en uso de sus facultades, denegó la autorización, denegación que podría servir de base para instar ante la jurisdicción ordinaria la declaración de nulidad o resolución del contrato.

En su consecuencia, en tanto en cuanto no se dicte con firmeza tal sentencia, no es posible acceder a la pretendida devolución, en estricta aplicación del art. 58 del Reglamento del Impuesto.

Interpuesta reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, fué desestimada, porque la devolución de cuotas de que se trata, apoyada en la nulidad del contrato como generadora del derecho, ha de tener carácter expreso con arreglo al citado artículo 58, cosa que no sucede en este caso, puesto que, aparte de no haberse sometido a la aprobación de la Dirección General de Minas el contrato de que se trata, sino un simple proyecto, la anulación de la

escritura, dada su virtualidad y eficacia formal, requiere un pronunciamiento expreso en tal sentido de la propia Dirección General o de los Tribunales ordinarios, y por lo tanto, el derecho a la devolución no pudo nacer sin tales requisitos, en armonía con lo dispuesto en los artículos 41 y 58 del Reglam. del Impuesto; sin que sea de desdeñar, desde otro punto de vista, la consideración de que no puede afirmarse con verdadero sentido jurídico que el contrato no haya producido efectos lucrativos, puesto que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.462 del Código civil, tuvo lugar la entrega o tradición de la cosa vendida.

Ante el Tribunal Central se insistió en la devolución, alegando que la nulidad no obedece a incumplimiento de las obligaciones del recurrente; que los requisitos formales de la Ley de Minas debe cumplirlos el transmitente, y que el contrato no produjo efectos lucrativos.

El Tribunal Central empieza por sentar que el problema está en determinar el alcance de la resolución de la Dirección General de Minas al denegar la autorización para la transferencia de la concesión minera y permisos de investigación a que se refiere la escritura liquidada, en el sentido de precisar si tal declaración es suficiente para producir, a efectos fiscales, la nulidad del contrato contenido en dicha escritura, o si, por el contrario, es indispensable, una resolución judicial o administrativa firme, declaratoria de nulidad del indicado instrumento público.

Esto supuesto, de los arts. 9.º y 35 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, y de los arts. 67 y 119 del Reglamento de 9 de agosto de 1946, claramente se desprende, añade la Resolución combatida, que la autorización administrativa que, con carácter esencial, se requiere para la transferencia de las concesiones mineras y de los permisos de investigación, exige como trámite previo la instrucción de un expediente encabezado por un proyecto de contrato de cesión o transferencia de los bienes o derechos de que se trate; de donde se desprende que los efectos de la resolución administrativa del expediente de autorización previa no alcanzan de un modo absoluto y necesario al contrato formalizado y perfeccionado sin conocimiento previo de dicha Dirección General, la cual, por lo mismo, no ha podido pronunciarse sobre él.

En su consecuencia, la carencia de autorización administrativa en semejantes contratos, aunque contengan defectos legales, no impide la exacción de la liquidación correspondiente, de acuerdo con el

artículo 41 del Reglamento y sin perjuicio de la devolución que proceda a tenor de los arts. 58 y 208 del Reglamento, si se cumplen los requisitos que en ellos se previenen.

Añade después la Resolución analizada que aunque el acuerdo denegatorio de la Dirección de Minas fuera considerado como declaración definitiva de nulidad del contrato, tampoco cabría la devolución del impuesto, a tenor del apartado segundo del repetido art. 58, porque dicho acuerdo no se pronuncia sobre las prestaciones recíprocas del art. 1.295 del Código civil, y aquél, por tanto, produjo efectos lucrativos, con la consiguiente consecuencia de no ser procedente la devolución de las cuotas liquidadas.

Finalmente, el Tribunal dice que, aun dada la anterior hipótesis sobre el acuerdo de la Dirección de Minas, tampoco sería factible la pretendida devolución, dado lo previsto en el apartado 4) de dicho artículo 58 al prohibir la devolución, aun no existiendo efectos lucrativos, cuando la rescisión o resolución sea motivada por incumplimiento de las obligaciones del fiscalmente obligado al pago, cosa que ocurrió con el adquirente al no presentar oportunamente en el Registro Minero la escritura de venta.

Comentarios: El caso, aunque no es de creer que se repita con facilidad, los merece realmente, dado el criterio estrecho y estricto con que el Tribunal Central aplica el contenido del art. 58, tantas veces citado.

Efectivamente, al menos a primera vista, ¿qué diferencia hay entre el caso en que una resolución firme, judicial o administrativa, declara la nulidad, rescisión o resolución de un acto cualquiera, y aquel otro en que una transmisión de un permiso de investigación minera no es autorizada, como reglamentariamente tiene que serlo, por la Dirección General de Minas y Combustibles, quedando así prácticamente sin efecto el contrato por ministerio de la Ley?

Hay que partir, al enjuiciar el tema y el acierto de la Resolución impugnada, de dos realidades: una, que la transmisión de que se trata fué escriturada por los interesados con plena autonomía y por sí y ante sí y sin conocimiento, ni menos aprobación, de la Jefatura del Distrito Minero y de la Dirección General, hasta tal extremo que las gestiones conducentes a obtener la autorización reglamentaria fueron posteriores al otorgamiento de la escritura en que

se perfeccionó y consumó el acto de la cesión; y la otra realidad es que los artículos citados de la Ley de Minas y su Reglamento, particularmente el art. 119 del segundo, expresamente previenen que la transmisión de concesiones mineras y permiso de investigación requieren «la correspondiente autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles por intermedio de la Jefatura del Distrito Minero, en la que se entregará la oportuna instancia y proyecto de contrato a realizar...»; y añade que una vez que la Dirección General dicte la orden correspondiente, «la trasladará a la Jefatura, acompañada de uno de los ejemplares de dicho proyecto en que figure la diligencia, haciendo constar la autorización, si ésta hubiere sido concedida». «La Jefatura comunicará la orden de la Dirección General al interesado, que sólo entonces, y en caso de su autorización, podrá formalizar el contrato de un modo válido.»

Están, pues, claras dos cosas, a saber: que la escritura en cuestión y el contrato en ella contenido se llevaron a cabo sin intervención alguna del Centro directivo, y que, por tanto, sobre el segundo no pudo existir pronunciamiento de la Dirección, aunque sí lo hubo indirecto al negar *a posteriori* la aprobación a la copia del mismo enviada después de celebrado y consumado.

De todo ello deducimos que, ateniéndose estrictamente al texto del repetido art. 58 del Reglamento, tiene sin duda razón la Resolución combatida, puesto que, a tenor de la letra de su apartado 1), la devolución de las cuotas liquidadas solamente tendrá lugar cuando, por resolución firme, judicial o administrativa, se declare la nulidad, rescisión o resolución del acto o contrato; declaración que el caso no tuvo ni pudo tener lugar, dada la trayectoria que el asunto siguió; pero mirado el asunto desde un punto de vista más elevado que el que permiten los términos literales de la prescripción reglamentaria, ¿qué diferencia hay, jurídicamente hablando, entre que la Dirección General niegue su aprobación al contrato una vez celebrado, o que la negativa recaiga sobre el proyecto del mismo contrato?

Sustancialmente no es fácil encontrar tal diferencia, porque en el peor de los casos, y en el primer supuesto, el contrato, de hecho, está sometido a una verdadera condición resolutoria nacida por ministerio de la Ley y consistente en quedar aquél pendiente de la superior aprobación y, por consiguiente, cuando esa aprobación sea denegada,

el contrato, el vínculo jurídico, queda automáticamente resuelto y sin validez. Y esta deducción se refuerza con plena lógica si se tiene en cuenta el texto literal que acabamos de transcribir del Reglamento Minero, al decir que solamente cuando la autorización se conceda, se «podrá formalizar el contrato de un modo válido»; lo cual, «a sensu contrario», implica que si el proyecto de contrato sin la aprobación superior no pasa de proyecto, tampoco el contrato pudo llegar a su definitiva perfección; o sea, como dice el art. 1.194 del Código civil, que la resolución o pérdida de los derechos adquiridos quedó pendiente del acontecimiento constituido por la condición de dicha aprobación.

Esta conclusión se confirma con la consideración de que el reiterado art. 58 requiere una decisión *firme*, judicial o administrativa, cuya firmeza aquí se da, porque del texto reglamentario minero resulta claro que la negativa de la Dirección de Minas es firme y no recurrible gubernativamente.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de abril de 1956.

LA TASACIÓN PERICIAL DADA A UNOS BIENES EN UN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO, MUY INFERIOR A LA CANTIDAD EN QUE FUERON ADJUDICADOS EN LA SUBASTA JUDICIAL, NO ES MEDIO REGLAMENTARIO DE COMPROBACIÓN COMPRENDIDO EN EL ART. 81 DEL REGLAMENTO, NI MENOS ASIMILABLE LA VALORACIÓN ASÍ FIJADA AL VALOR DADO POR LAS PARTES.

Antecedentes: En un procedimiento ejecutivo judicial se tasaron pericialmente los bienes muebles objeto del mismo en dos millones y medio de pesetas, y ello no obstante, en la posterior subasta, fueron adjudicados al mejor postor en 250.000 pesetas. La Oficina Liquidadora tomó como base aquella cifra al liquidar, y la liquidación fué objeto de recurso con fundamento en la improcedencia de conceder a la mencionada tasación pericial la misma eficacia que si hubiera sido hecha con arreglo a las prescripciones prevenidas en el Reglamento del Impuesto, obteniendo así una valoración de los bienes diez veces superior a la cantidad en que realmente fueron adju-

dicados en la subasta al mejor postor. Ello implica, dice la Entidad, la nulidad de semejante procedimiento comprobatorio.

El Tribunal Provincial entendió que la tasación pericial practicada en el procedimiento ejecutivo es medio reglamentario de comprobación, según el art. 81, la cual, al ser aceptada por las partes, se convierte en valor declarado, asimilable al voluntariamente fijado por ellas en el contrato.

El Central, en contra de tal interpretación, dice que si bien el artículo 61 del Reglamento previene que en las transmisiones a título oneroso, incluso en las realizadas mediante subasta judicial, la base liquidable será el valor declarado por los interesados, o el de adjudicación en su caso, sin perjuicio del derecho de la Administración a practicar la oportuna comprobación, de tal declaración no se deduce que el valor declarado en las transmisiones realizadas mediante subasta se circunscriba con exclusividad al precio de tasación, ya que, en tales casos, la determinación concreta del valor o precio de los bienes se realiza expresamente al aceptar el transmitente o el Juzgado en su caso la cantidad ofrecida como precio por el postor o adjudicatario, y por lo mismo es intrascendente, a efectos fiscales, la valoración resultante del tipo inicial de licitación, salvo en los casos previstos en los arts. 80 y 85 del Reglamento. O sea, en definitiva, que la tasación del juicio ejecutivo no responde a la conformidad expresa de las partes, que es el requisito inexcusable exigido por el Reglamento para poder atribuir a la valoración el carácter de valor fiscal declarado; sin que esta conclusión se desvirtúe por la circunstancia de la identidad del adquirente y el acreedor demandante en el procedimiento ejecutivo.

En conclusión, añade el Tribunal Central, la Oficina Liquidadora debió recurrir a los medios comprobatorios ordinarios del art. 80 del Reglamento, o, en su caso, al extraordinario de la tasación pericial regulada en dicho Reglamento, y no debió conceder eficacia fiscal a la valoración fijada en el procedimiento judicial por los peritos, y discorde con la ofrecida por el licitador que resultó mejor postor.

Comentarios: El caso nos parece muy claro y muy atinada la conclusión a que llega la Resolución que comentamos. Es incuestionable que la tasación dada en el procedimiento judicial no puede vincular a los contendientes con tal valoración, ni aun en el caso de que el ejecutante sea uno de los que concurren a la subasta de los

bienes y, en definitiva, el mejor postor y adjudicatario de ellos.

A primera vista, ese supuesto guarda cierto parecido con la valoración que acreedor y deudor dan a la finca hipotecada, a los efectos del procedimiento sumario del art. 130 de la Ley Hipotecaria, cuya valoración, como es sabido, es inatacable por el acreedor, a tenor del art. 85 del Reglamento, cuando es él quien, en definitiva, resulta ser el adquirente de la finca hipotecada después de seguido el correspondiente procedimiento; pero tal semejanza es más aparente que real. Hay, efectivamente, entre ambos casos, la sustancial diferencia de que la valoración, a efectos del mencionado procedimiento sumario, es producto directo de la voluntad de acreedor y deudor, con vistas precisamente a la subasta de los mismos bienes, si a tal trance se llega, mientras que en el caso controvertido no se da esa concurrencia de voluntades y sí solamente el criterio de los peritos; todo lo cual quiere decir, en conclusión, que la tasación pericial de que se trata no puede tener los efectos fiscales que el Reglamento prevé para ese medio reglamentario de comprobación, cuando la Oficina Liquidadora estima oportuno aplicarlo.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de abril de 1956.

EL ARBOLADO EXISTENTE EN CIERTOS MONTES TRANSMITIDOS POR HERENCIA NO SE PUEDE CONSIDERAR COMO BIENES MUEBLES AUNQUE AQUÉL SE HAYA ENAJENADO DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE, ANTES DE SER LIQUIDADADA LA HERENCIA, PREVIA LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN DEL SERVICIO FORESTAL.

Antecedentes: Presentada la herencia a liquidación, entre los bienes de la misma figuraban unos montes de cuantioso valor por estar abundantemente arbolados.

Con posterioridad al fallecimiento del causante fueron vendidos en sucesivas cortas, autorizadas oficialmente por el Servicio Forestal, dichos árboles, o una gran parte de ellos, si bien sin que la corta respondiese a un plan de ordenación y aprovechamiento de los montes dispuesto por el citado Servicio.

Al practicar la liquidación de la herencia, se apreció la existencia

de deudas en cuantía muy considerable, y como no existiesen ni metálico ni otros bienes muebles en cuantía suficiente para ser adjudicados en el concepto fiscal de adjudicación para pago de aquéllas, la Oficina Liquidadora estimó que la adjudicación resultante tenía que hacerse como de bienes inmuebles.

Los interesados no se conformaron con semejante criterio y lo consideraron improcedente, porque entre los bienes heredados existían bienes muebles suficientes para atender al pago de las deudas de la herencia, cuales eran, a su juicio, los árboles maderables de que estaban poblados los montes, cuya corta había sido realizada con la oportuna autorización del Distrito Forestal, según justificaban con la correspondiente certificación.

Ante ese hecho de la venta, siquiera hubiese sido hecho con posterioridad al fallecimiento del causante, estimaban los accionantes que era de aplicación el apartado 8) del art. 16 del Reglamento, que dice que el contrato de venta de árboles para su corta o la venta de maderas se reputará y liquidará como transmisión de bienes muebles, siempre que no se trate de aprovechamientos forestales, que, con arreglo al mismo apartado, no tengan la naturaleza de arrendamientos, cosa de la que, efectivamente, no se trataba en los aludidos contratos.

El Tribunal Provincial, primero, y el Central, en segunda instancia, desecharon tal criterio y argumentación, fundados en que, si bien es exacto el contenido del texto reglamentario, es de evidente inaplicación al caso de que se trata, ya que lo transmitido al producirse el óbito del causante no fué simplemente un conjunto de árboles, sino unos montes con su correspondiente arbolado adherido a ellos, lo cual no permite calificar separadamente al terreno como inmuebles y al arbolado como muebles.

Comentarios: Es, en verdad, excusado hacerlos, dada la claridad de la cuestión. Una cosa es que la simple venta de los árboles de un monte o de las maderas del mismo la repunte el antedicho precepto como transmisión de bienes muebles, y otra completamente distinta que la transmisión del conjunto del suelo y del vuelo haya de ser considerada como adquisición o enajenación de un bien inmueble. En definitiva, basta recordar la clasificación que de los bienes nos da el art. 334 del Código civil: «Son bienes inmuebles, nos dice en su número 2.º, los árboles y plantas y los frutos pendientes, mien-

tras estuvieren unidos a la tierra o formen parte integrante de un inmueble»; y en el número 3.º añade que dentro del concepto se comprende «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto».

Con cualquiera de esos preceptos a la vista, y especialmente el primero, la tesis de los recurrentes cae por su base, máxime si no se olvida que la venta de los árboles tuvo lugar bastante después del fallecimiento del causante; todo ello, en definitiva, aparte de que el invocado precepto del apartado 8.º del art. 16 del Reglamento del Impuesto, si guarda alguna relación con el caso es remotísima, porque en él no se trata de diferenciar los bienes muebles de los inmuebles, sino de dilucidar cuándo una transmisión de los árboles o maderas de un monte constituye un arrendamiento y cuándo ha de calificarse de bienes muebles.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de abril de 1956.

EN LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS Y DE SUMINISTRO DE MATERIALES, SI EL CONTRATISTA ES AFORADO, SE DA LA EXENCIÓN DEL ART. 2.º DEL REGLAMENTO. AUNQUE EL ADQUIRENTE SEA EL ESTADO, Y AUNQUE EL ART. 59 DEL MISMO APARTADO 2) DIGA QUE EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y EN LOS MIXTOS DE SUMINISTRO CON EJECUCIÓN DE OBRAS O CON PRESTACIÓN DE SERVICIOS, SATISFARÁ EL IMPUESTO EL CONTRATISTA.

Antecedentes: El contratista del edificio destinado a Alto Estado Mayor, con vecindad en Navarra, celebró el consiguiente contrato mixto de arrendamiento de servicios con suministro de materiales, y como consecuencia de tal convención, se giraron a su cargo las pertinentes liquidaciones, no obstante su condición de vecindado navarro.

Ante ello, invocó la disposición 4.ª de la Ley mencionada de 8 de noviembre de 1841, en relación con el art. 2.º del Reglamento del Impuesto y con el art. 15 del Código civil, y pidió la aplicación de la exención y la anulación de la liquidación.

El Tribunal Central accede a la reclamación y declara la exen-

ción. Dice que en el contrato de arrendamiento de servicios, integrante del de ejecución de obras, el objeto lo constituye la prestación a que se obliga el arrendador, o sea el trabajo a realizar. Y como éste es un bien mueble—art. 336 del Código civil—, y asimismo son bienes muebles los materiales que el contratista ha de poner en la obra, es claro que, a tenor de la disposición 4.^a, regla 2.^a, del Concierto Económico con Navarra, reproducida en la regla 2.^a del apartado 1), en relación con el apartado 2), ambos del art. 2.^o del Reglamento del Impuesto, la norma que rige no es el lugar de situación de los bienes, sino la vecindad de que goce el adquirente.

Eso supuesto, como esa norma establece que los bienes muebles continuarán exceptuados cuando el adquirente sea aforado, es necesario precisar quién sea en el caso el adquirente; y en el caso examinado no ofrece duda, sigue diciendo el Tribunal, que lo es el Estado, porque, conforme al art. 1.546 del Código civil, el ejecutor de la obra es el arrendador, y el adquirente de la misma el arrendatario, o sea que en nuestro supuesto, y siguiendo la regla general, el Estado como adquirente sería el obligado al pago del impuesto. Pero como, por excepción, a tenor del apartado 2) del art. 59 del Reglamento, en los contratos de ejecución de obras y en los mixtos, la obligación de pago pesa sobre el contratista, resultaría gravada una persona de régimen exento, en una transmisión de bienes muebles, en contra de lo dispuesto en el mencionado art. 2.^o del Reglamento; y para evitar semejante anomalía—termina diciendo la Resolución—, debe considerarse como adquirente, a los efectos del tributo, la persona a quien la Ley impone la obligación de satisfacerlo, y, por consiguiente, estimar que no era procedente la exacción del impuesto.

Comentarios: Ante un caso como el estudiado, ciertamente original, diremos solamente—aplaudiendo la solución—que implica una manifiesta pugna entre la letra de dos preceptos reglamentarios. Es evidente que, ante ellos, el sujeto de la obligación de pago se esfuma, porque el verdaderamente obligado en principio al pago—el Estado como adquirente—no tiene tal obligación, ya que la Ley le releva de ella y la traslada al transmitente, y éste, a su vez, también se ampara en la misma Ley para no pagar. Por consiguiente, nos encontramos ante un caso híbrido que, en puridad, no es exento, sino sujeto, pero sin sujeto pasivo sobre el que recaiga la obligación de satisfacer el impuesto. — JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL.