

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Septiembre 1951

Núm. 280

## El Derecho Inmobiliario Español

### LOS MODOS DE ADQUIRIR Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD<sup>(1)</sup>

#### S U M A R I O

**Preámbulo.**—Derecho romano.—Derecho germánico.—Derecho francés.—Inconvenientes de los Derechos romano y francés.—Derecho español: Dos categorías de formas de adquirir.—Dos categorías de principios inmobiliarios.—Problema técnico.—La opinión de Castán.—La opinión de Sanz.—La opinión de Núñez Lagos.—La opinión de Roca Sastre.—La opinión de La Rica.—Causas de la desorientación de la doctrina.—El principio de publicidad.—Amplitud del principio de publicidad.—La acción reivindicadora.—Lo que se inscribe en el Registro: registro de Derechos reales, no de títulos.—El dueño civil.—Epílogo.

#### PREÁMBULO

Siendo estas conferencias para dar a la juventud estudiosa, estudiantes de Derecho y opositores a Registros y Notarías, una idea elemental y clara acerca del Derecho inmobiliario, tan fundamental en los estudios de Derecho, hemos procurado al escribirla ser lo más claros posible en la exposición de ideas e instituciones. Para ello sacrificaremos, en cuanto sea posible, el tecnicismo propio de esta disciplina, y procuraremos dar una explicación inmediata de aquellas palabras o términos de que no hayamos podido prescindir,

(1) Fué escrito este trabajo para una conferencia a estudiantes de Derecho y opositores a Notarías y Registros, que fué suspendida, y estimamos conveniente su publicación por si puede servir de alguna utilidad en su preparación a los referidos estudiantes y opositores.

y al mismo tiempo procuraremos simplificar los problemas para hacerlos más comprensibles.

El vigente Derecho español sobre los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales es una mezcla, en distintas dosis, del Derecho romano, el alemán y el francés. Por esta causa, para comprender el vigente Derecho español es preciso tener una idea clara acerca de los modos de adquirir en esas tres legislaciones.

#### DERECHO ROMANO

A veces conceptos que hoy resultan elementales han sido objeto de una larga evolución histórica difícil de aquilatar. Las mismas palabras que expresan esos conceptos han sido muchas veces objeto de una evolución paralela a la de los respectivos conceptos. Esto ocurre con la palabra dominio, hoy tan clara en su significado y concepto.

En el primitivo Derecho romano no existía esa palabra ni ese concepto. El señorío, poder del hombre sobre el mundo exterior, cosas o personas, se significaba con la expresión *in manu habere* (tener en la mano) o por la de *hac res mea est ex jure Quiritium* (esto es mío, según la ley de los Romanos). Igual empleaban la expresión *in manu habere* para significar el poder del paterfamilias sobre las cosas que sobre las personas que les estaban sometidos, como la mujer y los hijos. Todas sus expresiones se refieren al poder de hecho protegido por la Ley: *mancipatio* (coger con la mano), *manumissio* (soltar de la mano), etc.

Más tarde surge la palabra dominio. *Domus* es la casa particular, el domicilio, y *dominium*, el poder que el jefe, paterfamilias, tiene en su domicilio. Ese mismo poder que el paterfamilias tiene en su domicilio lo tiene también sobre las cosas que le pertenecen. Y a ese poder se le llamará *dominium*. Así nace la palabra y así nace el concepto.

Ese poder que el paterfamilias tiene en su domicilio es un poder absoluto. Es al mismo tiempo jefe familiar, jefe religioso y jefe político. Por eso el dominio romano, calcado sobre ese poder del paterfamilias en su domicilio, es un dominio absoluto. No hubieran comprendido los romanos la limitación de Alfonso el Sabio: «Según Dios y según fuero». Es un poder despótico. Dispone de la vida o

muerte de su mujer y sus hijos, sin más limitaciones que las que le imponga su conciencia. Así es también el dominio romano.

Pero el Estado romano sólo protege al ciudadano romano. El extranjero no tiene protección alguna de aquel Estado exclusivista. Es un *hostis*, que igual significa huésped que enemigo; doble significado éste que se mantiene en nuestra lengua, pues tiene el mismo origen etimológico hospitalidad que hostilidades. Los extranjeros, o mejor aún, los que no son ciudadanos romanos, podrán tener el uso exclusivo de cosas, pero ese uso exclusivo no está protegido por la Ley. Con el tiempo habrá que proteger ese uso exclusivo de los no ciudadanos romanos sobre las cosas, pues sometido parte, primero, y después, todo el mundo conocido al poder de Roma, la vida de los pueblos sometidos sería imposible si la autoridad del Estado romano no protegiera ese señorío exclusivo sobre las cosas de los no ciudadanos romanos. Pero no se le llamará dominio, privilegio exclusivo de los ciudadanos romanos, sino *in bonis habere* (tener entre los bienes), expresión similar a la primitiva del Derecho romano *in manu habere*. Ese uso exclusivo de las cosas, protegido por el Estado, es un verdadero dominio según el concepto moderno, pero los romanos no le darán nunca ese nombre. Fué JUSTINIANO quien le dió el nombre de dominio al hacer la unificación y reforma del Derecho romano. Los glosadores le llamarán después dominio bonitario.

Al existir en Roma y su Imperio dos clases de dominio, aunque sólo se diera esa denominación a una de ellas, tenía que haber necesariamente dos clases de normas para regularlo y dos formas también para adquirirlo y transmitirlo. A las primeras se les llamará *jus civile* (Derecho de la ciudad), y es formal y rígido, y al segundo, *jus gentium* (Derecho de los forasteros), y se rige por la libertad de forma y la buena fe.

La forma de adquirir y transmitir el dominio en el *jus civile* era la *mancipatio* o *mancipiūm*, venta solemne, con entrega inmediata de la cosa y el precio. Se celebraba ante cinco testigos, que representaban a las cinco tribus de Roma, y el *librepens*, o portabalanizas, que antes del uso de la moneda pesaba el metal dado en cambio de la cosa. Es el único modo que reconoce el *jus civile* para enajenar la propiedad por un acto privado de libre disposición (SOHM, *Tratado de Derecho Privado Romano*, pág. 42).

En el *jus gentium* no hay dominio, luego no puede haber medios o modos de adquirirlo y transmitirlo. Sólo se reconoce la posesión, y sólo ésta puede transmitirse. La posesión es el poder físico sobre una cosa, y sólo se puede transmitir entregando ese poder físico sobre ella. Así surge una importantísima institución romana: la tradición, que es la entrega de una cosa a otra persona. Pero la entrega o tradición tiene un carácter ambiguo. Igual se puede entregar una cosa para transmitir la misma cosa, es decir, el poder exclusivo sobre ella a perpetuidad que para un uso temporal, como en arrendamiento, en precario o en depósito. Por eso requiere un segundo elemento: el ánimo o intención de transmitir la cosa, no su uso temporal. Se requerirá, por tanto, para adquirir una cosa, según el *jus gentium*, la entrega o tradición acompañada de la voluntad de transmitirla y adquirirla. Con el tiempo esa posesión del *jus gentium* irá adquiriendo los caracteres legales de dominio, según el propio Derecho romano, hasta que JUSTINIANO termina la evolución dándola el nombre de dominio, al mismo tiempo que aceptaba ese modo de adquirir del *jus gentium*, consistente en la tradición unido al consentimiento.

De aquí los célebres aforismos latinos: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut alia justa causa precesserit propter quam dominium trasferetur* (no basta la simple tradición para transmitir el dominio, sino que es preciso el consentimiento de transmitente y adquirente expresado en un contrato de compraventa o en otra forma suficiente para que el dominio se transmita). *Traditionibus et usucaptionibus dominia rerum trasferuntur, non nudis pactis* (No basta el simple consentimiento para transmitir el dominio, sino que hace falta, además, la entrega de la cosa). Hemos hecho una traducción libre, pero creemos que exacta, de esas frases tan conocidas. Hemos traducido las palabras *venditio aut alia justa causa* por «el consentimiento del transmitente y adquirente expresado en un contrato de compraventa o en otra forma suficiente». Para don JERÓNIMO GONZÁLEZ era un problema gravísimo el determinar lo que es *justa causa*, literalmente «justa causa», o más propiamente, «causa legal», hasta el punto de que, en su opinión, la discusión «dura ya desde hace dos mil años» (DÍAZ PASTOR, *Acotaciones a una conferencia de don Jerónimo González*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, pág. 186).

Podrá discutirse si el consentimiento necesario para que, unido a la tradición, transmita el dominio ha de ser causal o basta que sea abstracto, y aun esto sólo depende del Derecho positivo de cada Estado, pues teóricamente cualquiera de los dos es suficiente; pero lo que creemos que no puede discutirse es que esa justa causa es el consentimiento, pues ese requisito esencial al concepto de dominio, que comprende en sí mismo el *jus disponendi* (derecho de disponer) de la persona que lo tiene, y que se ejercita consintiendo la transmisión. Dos son, por tanto, los requisitos para que el dominio se transmita en el *jus gentium*, recogidos por JUSTINIANO en su reforma, y que han pasado a los Derechos modernos: el consentimiento y la tradición.

#### DERECHO GERMÁNICO

Hemos explicado cómo nace en Roma el concepto de dominio. Pero nos falta por explicar una cosa importante. El ciudadano romano en los tiempos primitivos es no sólo dueño de las cosas y personas que le están sometidas; sino también su soberano, es decir, que sobre ellas, personas y cosas, tiene el dominio y la soberanía. Por eso tiene el derecho de matar a su mujer y a sus hijos. El patriarcado es un asociado a la comunidad romana, pero no tiene por qué permitir intromisiones de ningún género de la Ciudad en las cosas que le pertenecen. Y es la posesión lo que primero se separa de ese dominio-soberanía.

Algo parecido ocurre en el Derecho germánico. En un principio están confundidos en un solo concepto la posesión, el dominio y la soberanía. Pero con una diferencia importante. Ese poder unitario —posesión, dominio y soberanía— no es entre los germanos individual, como en Roma, sino colectivo. El territorio en que se asienta una tribu germánica para el pastoreo o para el cultivo agrícola es de toda la tribu y a ella colectivamente pertenece. Y es también la posesión lo que primero se separa de ese poder unitario. Al asentarse fijamente sobre una comarca por las necesidades del cultivo agrícola, los jefes de tribu asignan a cada familia un pequeño espacio de terreno para que en él construyan su choza o casa, y les daban sobre ese terreno la *gewere*, es decir, la posesión. El que hubiera obtenido la *gewere*, posesión entre los germanos, tenía derecho

a poseer. La posesión no era sólo un hecho, como entre los romanos, sino también un derecho. Con el tiempo esa posesión iría tomando los caracteres de dominio, pero no todos los caracteres de éste según el concepto romano y moderno. La tribu conservaría, no sólo la soberanía, sino también muchas de las facultades del dominio. En los pueblos germánicos nacería el feudalismo, y el señor feudal continuaría siendo dueño y soberano absoluto de todo el territorio. Los poseedores —semidueños— podrán transmitir los bienes inmuebles, pero necesitarán el consentimiento del señor feudal, auténtico dueño de toda la propiedad inmueble.

Una reminiscencia de este estado de la propiedad puede verse en la enfiteusis, institución típicamente feudal. Nace con los arrendamientos a largo plazo, y el enfiteuta no es más que un arrendatario, con un derecho personal, pero sin derecho real alguno sobre la finca. Con el tiempo, estos arrendamientos se hacen perpetuos, y el derecho del enfiteuta es un verdadero derecho real sobre la finca, con verdaderos caracteres de dominio, aunque incompleto, por lo que se le da la denominación de dominio útil. Al primitivo dueño, por contraposición, se le da la de dueño directo, y tiene el derecho a cobrar una cantidad, cuando el enfiteuta enajena su derecho, por prestarse a dar su consentimiento a la enajenación (laudemio).

Estos caracteres de la propiedad germánica no desaparecerán hasta la época moderna. El señor feudal tomará notas de las autorizaciones concedidas, para saber quiénes son los que llevan las fincas y poder cobrarles las rentas, notas que se irán perfeccionando con el tiempo, y en las cuales se contiene el consentimiento del señor para la transmisión, consentimiento éste que es lo que ha producido la transmisión. El razonamiento es bien sencillo y fácil de comprender: el señor feudal da su consentimiento para la transmisión porque él es el dueño, y lo expresa en unas notas o anotaciones, luego esas notas o anotaciones, que contienen el consentimiento del señor o dueño, son las que producen la transmisión. Por eso, esos asientos o notas son constitutivos o creadores del derecho real.

Se produce un nuevo hecho importante: Se empieza a llevar la historia de las fincas abriendo un folio a cada una, y se toma nota de las transmisiones a continuación del primer asiento, como si se abriera, en frase de NÚÑEZ LAGOS (*El Registro de la Propiedad*

*Español, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1949, pág. 142), una cuenta corriente a cada finca.*

Eso es el folio real, de *res*, que significa cosa, que quiere decir el folio de cada cosa o cada finca. En ese folio se anotaban las sucesivas transmisiones, de modo que en él estaba la historia o biografía de cada finca.

En las transmisiones hereditarias no se precisaba el consentimiento del señor para que la transmisión se produjera, pues estaba previsto por la Ley el orden de suceder en las herencias, pero el señor debía declarar que la sucesión se había producido y quiénes eran los herederos, y por eso esos asientos eran declarativos.

Los hechos no se produjeron en todos los Estados alemanes en la misma forma. Unos, los más próximos a las naciones latinas, se dejaron influir por el Derecho romano, y otros llegaron a verdaderos absurdos en el rigorismo formalista.

Luego veremos cómo se transforma en el moderno Registro.

#### DERECHO FRANCÉS

El Derecho francés es simplemente una desviación del Derecho romano, que adquiere su perfección con el Código de Napoleón.

El Derecho romano no admitió excepción alguna al principio de tradición como medio de transmitir el dominio, pero contenía en sí el germen de lo que habría de ser el Derecho francés vigente.

El Derecho romano aceptó formas de tradición simbólicas. En la Edad Media esas formas simbólicas se van espiritualizando de tal forma, que se llega a entender hecha la tradición por consignarlo así en la escritura de venta. Esta forma de tradición llega a sobreentenderse, y con ello aparece la nueva forma de transmitir, que es el simple consentimiento sin tradición alguna, ni real, ni fingida. Y culmina la evolución en el Código de Napoleón diciendo que el dominio y demás derechos reales se transmiten por las obligaciones. Por los contratos quiso decir. Y éste es el sistema francés: el dominio y demás derechos reales se transmiten por los contratos sin necesidad de tradición.

## INCONVENIENTES DE LOS SISTEMAS ROMANO Y FRANCÉS

Hemos visto los dos requisitos que el Derecho romano exige para la validez de las transmisiones: consentimiento y tradición. Pero el Derecho romano exige otro requisito más, que parece que desconoce la mayor parte de los autores: la existencia del derecho en el patrimonio del transmitente. El Derecho romano tenía este principio, que no admitía excepción alguna: *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir más derechos que los que él tiene), o este otro: *nemo dat quod non habet* (nadie da lo que no tiene). Y consecuencia de ese principio de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente era este otro: *Prior tempore potior jure* (el primero en el tiempo es el primero en el derecho, o principio de prioridad), que quiere decir que si una persona transmite un derecho a dos o más, sólo lo adquiere la primera. Los dos principios, el de preexistencia y el de prioridad, son de una total evidencia dentro del sistema romano. Estos dos principios, y especialmente el primero, habían de dar origen a graves inconvenientes. Nadie puede garantizar la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente. La posesión no supone necesariamente la pertenencia. El que posee puede poseer en concepto de dueño, o en el de arrendatario, depositario, etc. Se generalizan, además, en la Edad Media derechos reales no susceptibles de posesión, como la hipoteca y otras cargas ocultas. Las fórmulas de tradición se espiritualizan, hasta desaparecer totalmente en el Derecho francés. Los fraudes se generalizan. Se venden como libres fincas gravadas con hipotecas y otras cargas ocultas. Se venden fincas que estaban vendidas. Especialmente surge el conflicto por las numerosísimas cargas ocultas que tiene la propiedad. Y empiezan a dictarse disposiciones para dar publicidad a los derechos reales sobre inmuebles, siempre, en España, a petición de las Cortes, que ven la necesidad en que se encuentran pueblos y ciudades de dar publicidad a los derechos reales sobre inmuebles.

Todo inútil, y el problema queda sin resolver, hasta el punto de que el R. D. de 8 de agosto de 1855 y la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pudieron decir con verdad: «Pocas reformas, en el orden civil y económico, son de más interés y ur-

gentes que las de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y la opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, etc.» Las Leyes anteriores a la de 1861 necesariamente tenían que fracasar, pues se limitaron a dar publicidad a las hipotecas, censos, mayorazgos y otros gravámenes, con exclusión del dominio, fundamento y base de todos los derechos reales, y es inútil pretender dar seguridad a los pisos altos de un edificio sin sentar sobre sólidas bases los cimientos del mismo.

Mientras tanto, el Derecho alemán había resuelto el problema. Hemos visto que los señores feudales, por una confusión entre el dominio y la soberanía, exigían su consentimiento para que tuviera lugar la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, lo que anotaban en sus libros de contabilidad. Con la recepción del Derecho romano, e instauradas las Monarquías absolutas y abolido el feudalismo, desaparece toda confusión entre el dominio y la soberanía, pero se seguirán llevando los mismos libros, abriendo un folio a cada finca, en que se harán constar todas las transmisiones realizadas. Ya no se llevan esos libros por una confusión entre el dominio y la soberanía. Ahora se exige para dar seguridad al comercio sobre inmuebles. Si la transmisión o gravamen de una finca no es válida hasta que se haga constar en el folio correspondiente a la misma finca, resultará que para saber quién es el dueño en un momento dado y las cargas a que esté afecta bastará examinar el folio correspondiente a la misma. En otras palabras: el que deseé adquirir el dominio u otro derecho real cualquiera sobre una finca sabrá quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre ella con sólo examinar el folio correspondiente a la historia de cada finca. No caben confusiones ni gravámenes ocultos, puesto que no son válidas las transmisiones ni los gravámenes que no consten anotados en el folio correspondiente a la misma. La existencia del derecho en el patrimonio del transmitente queda totalmente asegurada. Este es el principio de publicidad, descubrimiento tan importante en el Derecho inmobiliario como puedan serlo el de Arquímedes en Física, la regla de tres en Aritmética, la ecua-

ción de primer grado en Algebra, etc., y tan fácil de comprender como cualquiera de esos principios o reglas. Este principio en nuestra Patria tiene una modalidad distinta que en el Derecho alemán, pero en esencia es lo mismo, como luego veremos.

Al exigir ese requisito de la inscripción en el Registro para que la transmisión se realice, no se priva al dueño de su propiedad ni se le limita su facultad de disponer, como no se priva a nadie de su libertad para contraer matrimonio porque la Iglesia exija que se celebre ante el Párroco y el Código civil ante el Juez. El individuo puede o no libremente celebrar el matrimonio, pero se le exigen ciertas formalidades en garantía de los propios contrayentes, de los hijos y de la sociedad. El dueño puede enajenar o gravar libremente su finca, pero el Estado le exige una formalidad, la inscripción en el Registro, en interés de los futuros adquirentes y del dueño mismo, que no verá depreciada su propiedad por el temor del adquirente de que no sea suya la finca o de que esté gravada con cargas ocultas.

#### DERECHO ESPAÑOL: DOS CATEGORÍAS DE FORMAS DE ADQUIRIR

El vigente Derecho español es una mezcla, como hemos dicho, en distintas proporciones, del Derecho romano, el alemán y el francés.

En las adquisiciones originarias y en las sucesiones *mortis causa* nuestro Derecho sigue, como todos los modernos, al Derecho romano. Donde existe diversidad legislativa es en las adquisiciones derivativas *intervivos*, y por eso a ellas especialmente nos referiremos.

El sistema romano es la regla general en nuestro Derecho, y lo establece así el artículo 609 del Código civil al disponer que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. El Derecho francés está recogido en el artículo 1.462, que dice que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», y en el artículo 1.463, que dice que la entrega de bienes muebles

se efectuará «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta». El Código civil reduce estos casos a la regla general con la ficción de que el otorgamiento de la escritura pública o el simple acuerdo implica la tradición, pero es prescindir de la tradición y sancionar el sistema francés de la transmisión del derecho real por el simple contrato (2). Otras influencias del Derecho francés hay en esta materia, pero nos llevaría demasiado lejos su examen.

El Derecho alemán está representado por la Ley Hipotecaria y varios artículos del Código civil, en especial los 605-608, ambos inclusive. Obsérvese que la Ley Hipotecaria es veintisiete años anterior al Código civil. Y es que la reforma de nuestras Leyes Hipotecarias era entonces tan apremiante, que no se pudo esperar hasta la publicación del Código civil, cuyos trabajos se habían iniciado hacía algunos años.

Como el Código civil reduce las normas del Derecho francés a una tradición ficticia, los sistemas que se entrelazan sustancialmente en nuestro Derecho son dos: el romano y el alemán.

Conforme al Derecho romano, rigen el principio de *nemo dat quod non habet*, o de preexistencia, y el de *prior tempore potior jure*, o de prioridad. Estos principios en Derecho romano no tenían excepción alguna. En nuestro Derecho tampoco la tienen si no entra en juego el principio de publicidad. El instrumento del principio de publicidad es el Registro de la Propiedad, y cuando una finca o derecho está inscrito a favor de una persona, las transmisiones que realiza a título oneroso, una vez inscritas, son válidas, aunque el transmitente no fuera dueño y aunque la transmisión inscrita sea posterior a la no inscrita. Rige el principio de publicidad en forma absoluta, y deroga esos otros dos principios en cuanto se pone en juego contra ellos. Ese principio de publicidad rige en nuestra Patria con la misma eficacia que en Derecho alemán y no admite excepción alguna. La especialidad del Derecho español consiste en

(2) En rigor histórico y científico no se puede decir que el sistema español, de origen medioeval, de la tradición instrumental, sea idéntico al francés de la transmisión del derecho real por el simple contrato. Pero ambos son el resultado de un mismo proceso histórico en que el sistema francés es la evolución más espiritualista. En todo caso el estudio de esta materia no se puede hacer en una nota que excedería del fin de este trabajo.

que, mientras en el alemán las transmisiones *inter vivos* no son válidas hasta que se inscriben, en el español son válidas en tanto no estén en contradicción con una transmisión inscrita. Sólo hay un derecho real en nuestra Patria que no puede existir sin la inscripción en el Registro, y es la hipoteca. Los demás pueden existir sin estar inscritos. Pero en cuanto se ponen en pugna los principios romanos de preexistencia y prioridad con el germánico de publicidad, triunfa siempre éste.

Obsérvese que el Cuerpo de Registradores de la Propiedad tiene como lema un principio cierto en Derecho romano, pero que no figura en nuestro Derecho vigente: *prior tempore potior jure* (el primero en el tiempo es el primero en el derecho). No es cierto esto. El primero en el derecho es el que inscribe en el Registro, aunque sea posterior en el tiempo. Habría, por tanto, que ir pensando en cambiar ese lema por este otro: *Non prior tempore potior jure, sed inscribente* (el primero en el tiempo no es el primero en el derecho, sino el que inscribe).

Hay, por tanto, en nuestro Derecho dos formas de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles: la forma romana —contrato, tradición y preexistencia— y la forma germánica —contrato e inscripción en el Registro. (La inscripción requiere un contrato previo en que conste el consentimiento del transmitente y adquirente para la transmisión.) Son dos formas, y al mismo tiempo, dos categorías de maneras de adquirir. Sólo vale la primera cuando no entra en juego la segunda. Entrando en juego esta última —el principio de publicidad—, prevalece siempre (3).

#### DOS CATEGORÍAS DE PRINCIPIOS INMOBILIARIOS

No sólo hay dos categorías de formas de adquirir, sino también dos categorías de principios inmobiliarios.

Hasta ahora se han estudiado en nuestra Patria los principios inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad, siguiendo con ello el Derecho alemán en que se inspira. Pero en la forma de

(3) Llamamos principio de publicidad a lo que otros llaman principio de fe pública. Estimamos más cómodo la primera denominación, pues la expresión de fe pública tiene más adecuado uso y más general empleo en la función notarial.

adquirir del principio de tradición rigen todos esos principios, que hasta ahora se han llamado hipotecarios, con excepción del de publicidad, aunque con una modalidad distinta que en el juego del Registro de la Propiedad. Así el principio de consentimiento, el de trácto sucesivo o de preexistencia, el de prioridad y el de legitimación. Estos principios en el sistema de tradición pueden enunciarse en la siguiente forma: El de consentimiento: para que se produzca la transmisión de un derecho real mediante tradición, deberá ser consentida en contrato por la persona a quien pertenezca el derecho o por su representante legal o voluntario. El de trácto sucesivo o preexistencia: para que se produzca la transmisión de un derecho real mediante tradición, el derecho transmitido deberá pertenecer al transmitente. El de prioridad: En el caso de que un mismo derecho real hubiere sido transmitido a varios adquirentes, el derecho pertenecerá al que primero haya obtenido la tradición, no habiendo inscripción en el Registro (4). Una aplicación de este principio son los párrafos primero y tercero del artículo 1.473 del Código civil: «Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión.» El principio de legitimación: el poseedor de un derecho real en concepto de dueño se presume que es dueño en tanto no se pruebe lo contrario (artículo 448 del Código civil (5)). Los principios inmobiliarios del sistema de tradición sólo rigen en tanto no entre en juego el principio de publicidad registral, es decir, en tanto no entre en juego la forma de adquirir de superior categoría y los principios que rigen en esa categoría de formas de adquirir. Así, el principio de legitimación del artículo 448 del Código civil rige en tanto no entre en juego la

(4) Para no complicar más el problema no entramos en la distinción tan acertadamente hecha por el Tribunal Supremo entre tradición real y fingida o presunta.

(5) El principio legitimador de la posesión se ha visto siempre en el artículo 464 del Código civil en cuanto a los bienes muebles. A nuestro entender el principio legitimador de la posesión está contenido en el artículo 448 del Código civil, que establece una presunción *juris tantum* de pertenencia. El artículo 464 establece una presunción *juris et de jure* de dominio, con las excepciones que el mismo establece. Claro que las excepciones son tan importantes que casi anulan la regla general.

legitimación de superior categoría, que es la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Sólo hay un principio hipotecario que no puede existir en el sistema de tradición, que es el de publicidad. Ni cabe un precepto similar al del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues la tradición no convalida nunca la transmisión de los derechos reales. El principio de publicidad es el único hipotecario propiamente dicho (6). Los demás principios hipotecarios son principios inmobiliarios jugando en el sistema de Registro.

Los principios hipotecarios e inmobiliarios no rigen, por tanto, en nuestro Derecho de una manera absoluta, sino en la forma limitada del sistema. Así, el principio *prior tempore potior jure* no rige en nuestra Patria, pero sí rige enunciado en cualquiera de estas formas: en tanto no intervenga el principio de publicidad, el primero en el tiempo es el primero en el derecho, o el primero en el derecho es el que primero inscribe en el Registro. El principio *nemo dat quod non habet* tampoco rige, pero sí rige si se enuncia como principio de trato sucesivo registral (7) o si se exceptúa en su enunciado el principio de publicidad.

Hay, por tanto, dos categorías de principios inmobiliarios, lo mismo que hay dos categorías de modos de adquirir.

#### PROBLEMA TÉCNICO

Nadie discute en nuestra Patria que entre dos adquisiciones, una amparada en el principio de publicidad y otra no amparada en él, goza de absoluta preferencia la primera. Pero, en cambio, se discute si ésa, la amparada en el principio de publicidad, es o no un

(6) El principio de especialidad es una consecuencia del principio de publicidad y por eso no se alude a él en el texto. El llamado principio de inscripción en nuestro Derecho no es más que un requisito formal para que entre en juego el principio de publicidad y el sistema de Registro. El principio de rogación no parece tampoco que sea un principio. Con esa expresión se quiere significar que la inscripción es voluntaria; pero dentro del régimen registral no produce ningún efecto, puesto que el principio de publicidad y todos los efectos de la inscripción igual se producirían aunque el Registrador practicara la inscripción sin ser solicitada.

(7) SANZ («Instituciones», pág. 156) y GONZÁLEZ PALOMINO («Conferencia de Santander», pág. 939) opinan que el trato sucesivo no es principio, pero seguramente no han tenido en cuenta que el trato sucesivo es el mismo principio de preexistencia adoptado al sistema de Registro.

modo de adquirir o si la inscripción en que se funda es o no constitutiva del derecho real.

Expondremos, como de las más destacadas de entre ellas, las opiniones de CASTÁN, SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE.

#### LA OPINIÓN DE CASTÁN

CASTÁN (*Notarías*, tomo II, pág. 206, séptima edición) dice lo siguiente: «La Ley Hipotecaria no pudo dar al traste con la necesidad de la tradición.. SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO señalan como prueba legal de la integridad actual de la doctrina de la tradición y de que ésta, y no la inscripción, es la causa eficiente del dominio y demás derechos reales, la excepción contenida en el tercer párrafo del antiguo artículo 396 de la Ley Hipotecaria (hoy 315), que acredita la posibilidad legal de que el verdadero adquirente, en virtud de tradición, que no inscribió su título, pueda, justificando su adquisición, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento contrario a aquélla. No obstante, la Ley Hipotecaria, al regular los efectos, con relación a terceros, de los derechos reales inscritos, concede a la inscripción una preponderancia que parece absorber los efectos propios y normales de la tradición.»

Es evidente que la Ley Hipotecaria no intentó dar al traste con la tradición. Lo que intentó e hizo fué introducir un sistema nuevo, superponiéndole al antiguo y dándole una categoría superior. Carece totalmente de valor el argumento de que, conforme al artículo 315 de la Ley, el titular no inscrito, que ha obtenido la tradición, puede obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación del asiento. Efectivamente, hay casos en que se puede obtener esa declaración y consiguiente cancelación de algún asiento. En las inscripciones primera, o de inmatriculación, siempre (8), puesto que en ellas no juega el principio de publicidad, y en las segundas y posteriores, cuando no entre en juego ese principio por ser una adquisición a título lucrativo o demostrarse la mala fe del adquirente. Sólo en estos casos puede obtenerse la declaración de nulidad y

(8) Para mayor brevedad prescindimos del problema a que dan origen las inscripciones de inmatriculación en relación con el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código civil. Por eso la palabra de *«siempre»* del texto debe interpretarse en un sentido relativo.

coniguiente cancelación de un asiento en favor del titular no inscrito que obtuvo la tradición. También se puede obtener la declaración de nulidad de algunas escrituras públicas, pero eso no quiere decir que todas las escrituras públicas puedan ser anuladas. Entreviniendo el principio de publicidad, la causa eficiente de la transmisión del dominio y demás derechos reales es ese principio, es decir, la inscripción en el Registro. No rige, por tanto, íntegramente la doctrina de la tradición, sino únicamente cuando no entre en juego el principio de publicidad, pues este principio tiene categoría superior y preferente a aquélla. Por eso la Ley Hipotecaria y el Código civil, al regular los efectos de la inscripción con relación a terceros, es decir, cuando interviene el principio de publicidad, conceden a la inscripción una preponderancia, no que parezca absorber los efectos propios y normales de la tradición, sino que los absorbe totalmente. Es una doctrina completamente clara e indiscutible.

Nunca en mejor ocasión podemos recordar la conocida frase de Horacio: *Alicuando dormitat Homerus*, que traduciremos en la siguiente forma: «Alguna vez se equivoca hasta CASTÁN.»

#### LA OPINIÓN DE SANZ

SANZ ve con claridad un problema: Que no basta, para que la transmisión se produzca, el contrato y tradición, o título y modo de adquirir, y que hace falta que el derecho que se intenta transmitir esté en el patrimonio del transmitente. En esto ha visto con más claridad que la generalidad de los autores españoles. Se podían estudiar la mayor parte de ellos sin enterarse apenas de que para la transmisión del dominio y demás derechos reales no basta el título y tradición, y hace falta, además, la existencia del derecho en el patrimonio del transmitente. Solamente se solía hacer referencia a este requisito en la constitución del censo y la hipoteca por exigirlo expresamente el Código civil y la Ley Hipotecaria. SÁNCHEZ ROMÁN había visto con claridad el problema, y exigía ese requisito para que la transmisión del derecho real tuviera lugar. Pero le combate don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con toda su autoridad, diciendo que lo importante (*Estudios*, tomo I, pág. 325) no es la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, sino el poder dispo-

sitivo de éste, sea o no dueño. Efectivamente, es una técnica más depurada el hablar del poder dispositivo que de la preexistencia del Derecho en el patrimonio del transmitente (9). Pero lo importante del principio de publicidad consiste en que las transmisiones hechas a su amparo son válidas aunque el transmitente no sea dueño ni tenga poder de disposición. Le basta con tener el derecho inscrito a su nombre para que la transmisión se realice. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ rechazaba la teoría de SÁNCHEZ ROMÁN sin sustituirla por otra mejor. SANZ, por el contrario, hace la aplicación adecuada al Registro de la Propiedad, diciendo que el Registro garantiza la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente (10). Creemos más exacto decir que no rige ese principio de preexistencia, sino el de publicidad. La preexistencia está asegurada normalmente en el Derecho alemán, pero no en el español. Para el que adquiere al amparo del principio de publicidad no rige el principio romano de la preexistencia, y adquiere el derecho esté o no en el patrimonio del transmitente.

Pero, después de haber visto con tanta claridad este problema, recurre a una teoría artificiosa para demostrar que rige siempre la teoría del título y el modo aún en el caso de que entre en juego el principio de publicidad.

«El modo de adquirir —dice— se encuentra, de acuerdo con el artículo 609 del Código civil, en la tradición, y el medio de asegurar y consolidar la adquisición practicada se encuentra, conforme a la legislación hipotecaria, en la inscripción» (*Instituciones*, página 250). Y añade: «La Ley Hipotecaria de 1861 no introdujo nin-

(9) Suelen citarse como casos de enajenaciones válidas, sin que las haga el propietario, las de cosas hipotecadas o pignoradas, las hechas por representante legal o voluntario y las hechas como resultado de un procedimiento judicial. Las enajenaciones hechas por representante legal o voluntario no son propiamente excepciones al principio general *nemo dat quod non habet*, pues ésta obra en nombre del dueño. Por la misma causa no se deben considerar como tales excepciones las enajenaciones hechas como resultado de un procedimiento judicial, y, además, porque el Juez obra en virtud de una norma de Derecho público. Las excepciones propiamente dichas son las del acreedor hipotecario o pignoraticio. En esto consiste la especialidad de estos derechos, y por eso son derechos reales la prenda y la hipoteca, porque conceden al acreedor una facultad de disposición sobre la cosa, con preferencia a la del propio dueño, para poderse hacer pago, con el importe de la venta, de determinada cantidad.

Sin duda olvidan esto los publicistas que sostienen que la hipoteca no es un derecho real.

(10) Insinúa esta misma idea ROCA SASTRE (*«Registros»*, tomo II, página 225).

guna modificación en el sistema vigente sobre la adquisición del dominio y de los derechos reales... No se trató nunca de sustituir la tradición por la inscripción, eliminando aquélla, sino que se adicionó a los dos requisitos tradicionales la inscripción en el Registro de la Propiedad» (pág. 243). Es evidente que la Ley Hipotecaria no intentó sustituir la tradición por la inscripción, eliminando aquélla. Lo que intentó e hizo, como hemos dicho, fué introducir un sistema nuevo, superponiéndole al antiguo y dándole una categoría superior.

Y explica así el juego del principio de publicidad y de la tradición: «La tradición, para que surta plenos efectos reales en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere, de manera indispensable, que el *tradens* sea previamente dueño de la cosa, que pueda transferir el dominio. Mas precisamente ese vicio del título, esa falta de preexistencia del derecho en el transferente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública: la tradición, que no podía producir sus efectos translativos, por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función convalidante del Registro» (pág. 431). Finalmente, dice que si se elimina la necesidad de la tradición en todo caso, «se desplaza la fe pública, que en nuestro Derecho aparece planteada como un problema de colisión de títulos (art. 32) o de subsanación de los mismos (arts. 34 y 37) a un problema de colisión de modos de adquirir, no admitido ni directa ni indirectamente en ningún precepto de nuestro Derecho positivo» (pág. 432).

Hay que rechazar estos argumentos. No se trata de una colisión de títulos ni de una colisión de modos de adquirir. Se trata de una colisión de adquisiciones, reales o aparentes, y triunfa siempre la inscrita al amparo del principio de publicidad. A veces la Ley habla de que el título no inscrito no perjudica al inscrito (art. 32), pero otras veces habla de adquisiciones (art. 34 de la L. H. y 1.473 del Código civil), y en otras, de derechos reales (art. 13 de la L. H.). Y aun cuando diga que el título no inscrito no perjudica al inscrito, se refiere también a las adquisiciones contenidas en esos títulos.

La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33) ni subsana el defecto de éstos, y si la tradición es nula, seguirá siéndolo después de inscrito el título exactamente igual que lo era antes de la inscripción. Lo que conva-

Toda la inscripción es *exclusivamente* la transmisión del derecho real, pero de ninguna forma y en ningún caso el título ni la tradición, pues el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no admite excepción alguna.

La consecuencia lógica de su razonamiento debería ser que no se pudieran inscribir en el Registro los títulos en que no constase haberse hecho la tradición, real o fingida; pero, muy acertadamente, rechaza esa consecuencia diciendo que «nuestras Leyes Hipotecarias se inhiben totalmente del problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil» (pág. 251).

El artículo 1.473 del Código civil hace una aplicación del principio de publicidad al caso de doble venta y dice que la propiedad pertenecerá al adquirente que haya inscrito en el Registro. En las dos ventas ha podido haber tradición, y entonces no hay problema, y sólo vale la inscrita. Pero ¿y si en la venta inscrita no ha habido tradición? El Código civil dice que la propiedad la adquiere el que haya inscrito. No exige que haya habido tradición, luego no se precisa.

Obsérvese que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria no incluye entre las causas de oposición la de que el titular inscrito no haya obtenido la tradición, y de ser cierta esa tesis, debería haberla incluido. No se comprende que se conceda una acción a quien se niega un derecho.

La interpretación que hace SANZ de las expresiones de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley no es tampoco aceptable. No dudamos que la intención de los redactores de la reforma de 1944 fuera resolver la discusión que, fundada en la redacción anterior de ese artículo, había en esta materia. Pero esos serían los propósitos y otra ha sido la realidad. El artículo 34 no se refiere a los que *hayan adquirido*, sino al que *adquiera*. Esta palabra *adquiera* no puede interpretarse en el sentido de que la aplicación de ese artículo suponga la existencia de una adquisición hecha anteriormente. Basta, para que sea aplicable, el que haya una apariencia de adquisición. Supone una adquisición hecha anteriormente en el caso de resolución o anulabilidad en la adquisición del transmitente, puesto que la resolución o la anulabilidad no implica la inexistencia de la transmisión. Pero en el caso de que en la adquisición del transmitente hubiera habido nulidad o inexistencia, la

transmisión a su favor no se habría realizado, y el inscribiente no adquiere hasta el momento de la inscripción. Tampoco puede admitirse la interpretación del artículo 1.473 del Código civil (11). Efectivamente, este artículo dice que la propiedad pertenecerá al *adquirente* que haya inscrito. Pero no quiere decir que necesariamente haya tenido que haber dos adquisiciones. Puede haber una sola, aunque siempre tiene que haber dos apariencias de adquisición, y eso es lo que resuelve el Código civil diciendo que la propiedad pertenecerá al que haya inscrito. Para que sea aplicable este precepto basta la existencia de dos contratos de compraventa, aunque no haya habido tradición en ninguno, puesto que no le exige el Código civil. Añádase a esto lo siguiente: El último párrafo del artículo 1.473 del Código civil dice: «Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión.» Luego la posesión sólo determina la preferencia en el caso de que no haya inscripción en el Registro. Y continúa: «Y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya habido buena fe.» Si no ha habido posesión en ninguna de las dos ventas, pero sí inscripción en una de ellas, ¿cuál decide la preferencia entre las dos, la fecha o la inscripción en el Registro? Creemos que no será necesario contestar a esta pregunta.

MARIANO HERMIDA LINARES.

Registrador de la Propiedad

(Concluirá.)

---

(11) Roca da la misma interpretación («Instituciones», tomo I, pág. 168).

## Cancelación de inscripciones que requieren edictos

La Resolución del Centro Directivo de 5 del pasado enero recordó que se debe de proceder con toda diligencia a la cancelación de oficio de los asientos caducados a causa de no haberse acreditado la publicación de edictos, en exacto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 298 del vigente Reglamento Hipotecario y de su antecedente, el 87 del anterior, so pena de incurrir los Registradores en falta, por ser morosos o negligentes en el cumplimiento de sus deberes oficiales.

El acuerdo, como no podía menos, es obligado y procedente. Normalmente, su ejecución, o mejor, la de los preceptos que invoca, no tropieza con ninguna dificultad, ni ocasiona duda o cuestión alguna que tengamos que meditar antes de actuar. Tal sucede cuando la inscripción que se practicó al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley anterior, o del 205 de la vigente, continúa como única o sin otra ulterior con más de tres meses de fecha y sin la constancia marginal o la presentación en el Diario de la publicación del edicto, si es que no hubo liberación de este requisito, conforme al artículo 90 del anterior Reglamento o al indicado 298 del vigente.

Estas creaciones del sistema, con una primera etapa de existencia tan feble, algo desentonan del mismo; tanto más cuanto que en él se contienen asientos específicamente provisionales, cual las anotaciones preventivas, cuya forma, y no la de inscripciones, debió de adoptar inicialmente en estos casos, dada la precariedad de ellas.

También se hubiera evitado esta posible caducidad si, a semejanza de otros sistemas, la publicación hubiera sido no de inmatriculaciones ya realizadas, sino previa o de inmatriculación a practicar. Dentro del procedimiento adoptado no hubieran estado tampoco de más exigencias más explícitas y taxativas sobre la constancia en la inscripción y en la nota del título de que tales inscripciones quedarían nulas y sin efecto si en el plazo de tres meses no se acreditaba la publicación del edicto; pues obsérvese que tanto los preceptos legales como reglamentarios vigentes y antecedentes, e incluso los modelos anexos, con la nota que complementa al IV, en realidad no prescriben que se haga constar en el cuerpo de la inscripción y nota del documento que si no se acredita la publicación del edicto quedará aquélla caducada.

Sin dicha advertencia, y máxime si con práctica no recomendable se entregaba el documento como ultimado, sin esperar a la publicación del edicto, no exigiendo después su nueva presentación, no es de extrañar la despreocupación de buena fe de los interesados sobre el particular; la confianza que tenían de estar amparados por una inscripción viva, y lo que es aún peor, la buena fe y confianza que pueden transmitir a los que con ellos contraten.

En otros casos, por fortuna no abundantes, pero existentes, la no constancia de publicación de edictos obedeció a errónea interpretación de los preceptos legales, eximiendo de tal requisito a inscripciones que con toda evidencia no tenían tal privilegio. Así sucedió cuando se interpretó el segundo párrafo del artículo 90 del anterior Reglamento en el sentido de que bastaba que el antetítulo en él reseñado fuera anterior a la vigencia de la Ley de 1.<sup>o</sup> de Enero de 1932 para que no se precisara el edicto. Opinión nada acorde con la Ley, pues era el título que en realidad se inscribía, y no el anterior en él reseñado, el que tenía que ser de fecha más antigua que tal vigencia.

\* \* \*

Un segundo supuesto, todavía dentro de la normalidad, es el de que tras una inscripción primera necesitada de edicto, sin constancia de su publicación, pero dentro del plazo para acreditarla, se hubieran practicado otros asientos.

Por ser la inscripción primera un asiento provisional, mientras

no se acredeite registralmente la publicación del edicto dentro de su plazo, necesariamente tienen que ser igualmente provisionales las segundas y posteriores que se hayan practicado dentro de tal plazo, pendiente la publicación. Por tanto, suprimido, al cancelar por caducidad, el cimiento o basamento que supone la primera, lógicamente se derrumban y quedan inexistentes las posteriores elevadas sobre base tan deleznable. La cuestión es igualmente clara y sin problema. No sólo hay que cancelar la primera, sino que también todas las demás, aunque en la letra del último párrafo de la Regla tercera del artículo 87 del anterior Reglamento y en el equivalente del vigente no se autorice expresamente esto.

Si se hubiere prohibido que mientras la inscripción primera no fuera definitiva se practicaran asientos posteriores, o que si se practicaban fueran de los provisionales, o sea anotaciones, se evitarían las indeseables consecuencias de tener que cancelar segundas y posteriores inscripciones, además de la primera. Consecuencias que aun pueden traer mayores complicaciones, como atinadamente observa DE LA RICA Y ARENAL (*Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario*, parte II, pág. 69), cuando una de las fincas así inmatriculadas pasa a integrar una agrupación.

Pero como hasta aquí analizamos situaciones sencillas, todos los inconvenientes que hemos apuntado, y para cuya atenuación hacemos modestas sugerencias, tienen su clara normación en los preceptos reglamentarios que se ocupan de este procedimiento inmatriculador. Por tanto, con cancelar los asientos que haya que cancelar está todo resuelto y no hay preocupación de ningún género, pues la legalidad y la doctrina son diáfanas.

\* \* \*

Mas no sucede lo mismo cuando tropezamos, como ocurrir puede con un estado registral anormal originado en cualquiera de los imponderables: error, descuido, falsa interpretación legal, etc., posibles y humanos. Ello acontecerá cuando sobre la base de una inscripción primera, necesitada de edicto y fuera del plazo marcado para la acreditación del mismo sin haber procedido a su obligada cancelación, se hayan practicado segundas y posteriores inscripciones. Como conocemos algunos casos de estos, nuestras reflexiones no son para entelequias más o menos imaginativas y posibles.

Aquí ya no juega el sencillo mecanismo legal antes indicado. El caso salió de la exclusiva atribución del Registrador, por la que, en cumplimiento de un precepto, por sí solo cancelaba un asiento que en realidad antes de ello dejó automáticamente de existir. Ahora tenemos que conjugar el caso con algunos de los principios básicos del régimen hipotecario y de sus preceptos, en aplicación exacta o analógica, totalitaria o parcial.

Nos encontraremos, ante todo, con esa situación registral que, según copiosísima doctrina de la Dirección, cristalizada, primero, en el artículo 51 del anterior Reglamento, y después, en el párrafo tercero del artículo 1.<sup>º</sup> de la vigente Ley, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, según la locución moderna, antes nulidad. Por ello, cuando el Registrador, en función calificadora de títulos que hayan de apoyarse en esos asientos segundos o posteriores, los examine, tendrá que admitirlos como obligadamente existentes y extender otros nuevos, aureolados *prima facie* con el principio de legalidad subsiguiente a la calificación y apoyados en el de publicidad.

Ciertamente que cuando dejó de acreditarse en su plazo la publicación del edicto, la inscripción primera, como hemos dicho, automáticamente dejó de existir, y que sobre la nada, nada pudo edificarse. Podríamos decir, con un símil, que nos encontraríamos ante el cadáver insepulto (pues el sepelio sería la nota marginal de caducidad) de tal inscripción primera. Pero sin acudir a la irreverencia de estimar que se operó después el milagro de la resurrección de Lázaro, si afirmamos que, con toda la enormidad que se crea, al producirse el hecho innegable de construir una inscripción segunda sobre aquella inerte se le infundió un espíritu de vida, todo lo vicioso y nulo que se quiera, pero con cuyo espíritu reencarnó, con una existencia, aunque precaria, real, que tránsmitió a su generación. Y esto por obra y gracia del juego de los principios hipotecarios de legalidad (secuela de calificación), publicidad y legitimación registral. ¿Acaso no se protegen con los mismos, por más o menos tiempo, otros asientos con origen aun más ilícito, por ejemplo, el de un delito? Ahí está el dicho párrafo tercero del artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley y el 38, que los sostiene por lo pronto.

En realidad, no nos interesa gran cosa aquí considerar la fun-

ción de la fe pública registral respecto a estos asientos, porque, como se ve, no es nuestro propósito defenderlos a ultranza, como si fueran impólitos e inatacables. Por el contrario, el que haya de pedir su inexactitud podrá alegar que les falta tan valiosa cobertura; pues no cabe duda que la serie de ellos implica un proceso evolutivo registral vicioso, en el que están diversamente afectadas sus distintas etapas. Así, la inscripción primera tuvo un momento en que, más que nula, fué inexistente; como en ese período se alumbró la segunda, el titular de ésta no podría invocar su cualidad de tercero protegido, pues aun reuniendo los demás requisitos al efecto, le faltaría el importante de haber adquirido de persona que apareciera en el Registro con facultades para transmitirle; los titulares posteriores podrían ser alcanzados por nulidad o resolución por causas que en realidad tenían constancia, aunque de signo negativo, en el Registro; y los adquirentes lucrativos, sin interpolación de un oneroso, estarían tan al aire como sus antecesores. Pero entre tanto ello se reconoce y declara, salvaguardan los Tribunales a estos asientos, en acatamiento y respeto a la legitimación registral.

Y puestos a concretar la naturaleza del vicio que afectase a estos asientos posteriores, no podemos en realidad hablar de la nulidad formal a que se refiere el artículo 30 de la Ley, ni de la material objeto del artículo 33, puesto que no se trata ni de una omisión de circunstancias esenciales en el texto o cuerpo de los mismos, ni tampoco amparan actos o contratos civilmente nulos. No obstante, sería la suya nulidad formal o *ad solemnitatem* y de continente, pero distinta de la corriente a que se contrae dicho artículo 30. Aquí, esa nulidad formal se aprecia, no analizando individualmente esos asientos posteriores, sino con el examen del folio registral considerado como unidad orgánica, del que se deduce que falta la solemnidad o requisito formal de una nota marginal oportuna, acreditativa de la publicación del edicto.

Ni que decir tiene que pueden haber, puesto fin a este estado vicioso, purificándolo, procesos distintos, como: el Expediente de dominio y Acta de Notoriedad en nuevas etapas registrales, o Resolución judicial, prescripción tabular y aun adecuada intervención de los interesados.

También, y no ya en el sentido de *ferre legem*, sino como pro-

blema de racional y justa aplicación analógica, abogaríamos porque aquellos de estos asientos practicados antes de 1.<sup>º</sup> de enero de 1945 y, por tanto, los que le sigan quedaran convalidados plenamente en cuanto al vicio que venimos tratando, de acuerdo con el caso primero del artículo 298 del Reglamento y la liberación que el mismo hace de la publicación para los que están en ese caso. Incluso se les podría computar los dos años del artículo 207 de la Ley, bien desde 1.<sup>º</sup> de Enero de 1945 o desde la vigencia del Reglamento; en ambos casos ya transcurrido.

\* \* \*

Veamos ahora cómo procede actuar para salir de esta situación anormal, si es que ya no dejó de serlo. El artículo 40 de la Ley nos da las normas para la rectificación del Registro en distintos supuestos, y entre ellos, el de que exista un derecho real erróneamente inscrito, que sería nuestro caso. Sin duda, el denominador común o presupuesto general del citado artículo 40 de la Ley es la inexactitud del Registro o discrepancia de su contenido con la realidad jurídica extraregistral. Se creerá que ese presupuesto no existe en el caso que comentamos, pues la realidad jurídica civil coincide en todo con lo escrito en el folio registral y ninguna tacha existió en los documentos que produjeron el contenido de ese folio. Pero en cuanto la situación registral no sea perfecta, sólida, inatacable y sin sombra de vicio y, por tanto, no constituya instrumento adecuado de defensa y protección en todo momento de aquella otra realidad, se ve que no tienen paralelismo, ecuación o exactitud. Esta nuestra inexactitud tenemos que encararla, bien en la norma *c)* de tal artículo o ya en la *d)*. Tanto la incluyamos en una o en otra, llegamos a la conclusión de que su rectificación hay que sustraerla, no ya de la facultad, sino aun de la iniciativa del Registrador. Así vemos que la norma *c)* hace remisión a lo que se determina en el Título VII de la Ley. Traslados allí, sentiríamos la perplejidad de que su articulado no nos aprovechase. En efecto, en tal Título VII se definen y tratan los errores materiales y de concepto, y vistas las sendas definiciones que, respectivamente, hacen los artículos 212 y 216, tenemos que concluir que en ninguno de ellos encajan éstos asientos, que son engendros de error. En su conse-

cuencia, y como también se prevé en la otra norma d) la rectificación, y en el ámbito de ésta entran, naturalmente, las cancelaciones de asientos erróneos, tendría que producirse: bien por una declaración judicial mediante sentencia firme dictada en juicio declarativo ordinario, cuya facultad de accionarlo sólo compete al titular del asiento erróneo o a las personas que resulten lesionadas por el mismo y causahabientes de ellos, según tal artículo 40; o bien por el consentimiento de dichos titulares y causahabientes, según el mismo y el artículo 82.

A nadie se le escapará que la rectificación a producir tendría que ser de la mayor envergadura y extensión, puesto que no se habría de limitar al último asiento vigente. La rectificación tiene que anular toda la historia de la finca o dejar como en blanco la hoja registral. Medida de tan grave trascendencia no podría producirse ordinariamente sino tras un proceso judicial contradictorio. Y por esa gran trascendencia de la rectificación, equivalente aquí a nulidad, podrían oponerse a ella los que habrían de padecerla, fueran o no terceros protegidos, según indicados preceptos y el sentido de otros, como los artículos 31 y 220 de la misma Ley.

MANUEL MORALES GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad.

# Despido de colonos

Sus causas.—La duración de los contratos.—La «necesidad» del propietario.  
El «preaviso».

## INTRODUCCION

Los contratos, y entre ellos el arrendamiento, son relaciones humanas, y, por tanto, finitas. Tienen un momento en el cual comienza su vigencia, y otro, a partir del cual se extinguen, desapareciendo.

Precisamente la nota distintiva del negocio agrícola es la irregularidad de sus rendimientos y la necesidad consiguiente de basar todos los cálculos, si han de ser prudentes, en el promedio de varias cosechas continuadas. «De estos consabidos principios —dice BENJUMEA (1)— se deduce la conveniencia de dar a los contratos de arrendamiento una duración prudencial que los ponga a cubierto de su propia condición aleatoria.» Justamente del riesgo que corre el colono de sufrir una mala cosecha, sin compensación, ha nacido el derecho de prórroga que algunas legislaciones reconocen al terminar los contratos, como después se verá, derecho que en la práctica se respeta bastante, reconociéndose en muchos contratos la tácita reconducción y respetándose muy generalmente el deseo de continuación del colono, tanto por el propietario como por los aspirantes a sustituirlo en el arriendo, en los términos que después se verán.

Efectivamente, uno de los caracteres o principios en que des-

---

(1) Esta tesis de prórroga forzosa de los arrendamientos ha sido incluso sustentada en Revistas del máximo prestigio. Cfr.

cansa la vigente legislación arrendaticia es el de la libertad contractual por lo que a la fijación del plazo especialmente se refiere, si bien dicho principio aparezca condicionado y limitado, como después indicamos, en diferentes direcciones por preceptos de la Ley dictados en aras del bien común. Los contratantes, por uso del principio de la autonomía individual, de tan rancio abolengo en nuestro Derecho, podrán libremente estipular, en principio, el plazo de duración que estimen oportuno, siempre que no sea contrario a los límites que la Ley establece.

Hora es ya, en consecuencia, de terminar con el verdadero lugar común de que los arrendamientos en los que no se hayan establecido de antemano plazo de duración no se extinguieren jamás, y en los que se haya establecido dicho plazo, se prorrogan tácitamente mientras el propietario no haga uso de su derecho oponiéndose a la continuación del contrato (2). En realidad, como sucede en las aparcerías (3), son múltiples las causas de extinción del contrato de arrendamiento, repartidas a través del articulado de la vigente legislación arrendaticia, especialmente contenida en las Leyes de 15 de marzo de 1935, 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942 y 18 de marzo de 1944; pero dada precisamente su extraordinaria amplitud, aquí sólo nos hemos de ocupar del despido de colonos, basado en la terminación del plazo, ya se trate del plazo fijado por las partes al contratar, ya del fijado con carácter supletorio por la Ley o costumbre, procurando aclarar con suficiencia los requisitos que han de cumplirse para que el propietario pueda disponer libremente del predio que cedió para el cultivo, con el consiguiente desalojo del colono o cultivador.

Por otra parte, debemos advertir que nuestro estudio sólo se habrá de referir a los llamados *arrendamientos protegidos* otorgados con posterioridad al 1.<sup>o</sup> de agosto de 1942 (4), que sólo ha de ser aplicable, en principio, a aquellos colonos que reúnan esta triple condición:

a) Que cultiven directa y personalmente la finca, o sea que las operaciones agrícolas se realicen materialmente por ellos o por

(2)<sup>1</sup> BENJUMEA: «El arrendamiento rústico en las modernas legislaciones». Madrid, 1935.

(3) Cfr. nuestro estudio «Despido de aparceros». Barcelona, 1951.

(4) Los otorgados con anterioridad, vigentes al promulgarse la Ley, son objeto de un nuevo estudio con el título «Despido de colonos».—II. «La finalización de los contratos protegidos.

sus familiares, en su más amplio sentido, que se encuentren en relación de convivencia bajo su dependencia económica.

b) Que dicha explotación la realice el arrendatario sin utilizar asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo, y sin que en ningún caso el número de obradas (debe entenderse en el sentido de jornada de trabajo) de dichos operarios exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca.

c) Que la finca o fincas que cultiva tenga establecida una renta anual que no exceda de la equivalencia de 40 quintales métricos de trigo (5).

**SUMARIO:** I. LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS.—A. *Plazos mínimos*: 1. Antecedentes. 2. Régimen.—B. *La "prórroga" legal*: 1. Concepto. 2. Fundamento. 3. Naturaleza. 4. Carácteres 5. Régimen.—C. *La "tacita reconducción"*: 1. Concepto. 2. Vigencia. 3. Conclusión.—II. *EL DESALOJO*.—A. *La "necesidad" del propietario*.—B. *El "procedimiento" en el despido*: 1. El «preaviso». 2. El «ejercicio de la acción».

## I

### LA DURACION DE LOS CONTRATOS

#### A) PLAZOS MÍNIMOS

1.—La duración de los contratos de arrendamientos de fundos rústicos era en el antiguo Derecho egipcio de un año (6). Solían pacitarse a últimos de agosto y duraban hasta mediados de noviembre, una vez recogida la cosecha más importante. En Roma, según la *Ley Coloniae GenitivaJuliae*, se prohibía arrendar por más de cinco años los campos coloniales. No obstante, los arrendamientos a largo plazo o a perpetuidad eran corrientes en el antiguo Lacio, especialmente por lo que se refiere a la *conductio vectigale*, hasta tal punto, que, como hace notar BRISAUD, los arrendamientos con término breve resultan así realmente excepcionales, sucediendo lo pro-

(5) Sobre concepto de cultivo directo y personal, p. v. árt. 4.<sup>º</sup>, Ley de 1942 y los Comentarios de BELLÓN, ARTAJO Y SALCEDO, HIDALGO, E., JUÁREZ, etc., y, especialmente, FERRÁN POCH: «Concepto positivo de "cultivo directo y personal" en la L. A. R.», en *Anuario de Derecho civil*, 1950, página 721 y ss.

(6) REVILLOUT: «*La location*», 1885.

pic en el Derecho griego, en que se solía dar las tierras a largos plazos, de cinco a veinte años, como ha puesto de relieve DITTEMBERGER (7). En Grecia y Roma se encuentran, por tanto, los antecedentes de los arrendamientos hereditarios o a perpetuidad, en los que se admite la posibilidad de transmisión en caso de muerte del titular.

Los textos antiguos españoles presentan diversidad de fechas de extinción del contrato de arrendamiento, según los cultivos y las fiestas de cada comarca. En el Fuero de Cereso se dice que: «*sy un onme da a otro tierra de lavor a otro onme e non dise "dotela por anno" puédelas tener el otro dos annos, si quisiere, magüer que mon cuya es la tierra, dando su derecho cada anno, al dueynno dc la tierra*» (8). La conclusión del contrato queda referida ordinariamente al incumplimiento de determinadas condiciones; así, por ejemplo, por no haber los trabajos que se dijese (*que faga lavoressabidas, si las no fiziere assi como lo puso, pueda gela tollar su dueño*, se dice en el Fuero de Soria (9) señalándose, además, las fechas en que puede ser desahuciado el arrendatario, teniendo en cuenta siempre el interés de los cultivos y los trabajos realizados por el mismo. Generalmente, el no cultivar adecuadamente el fundo o el necesitar el dueño fué causa de desahucio, así como la venta del fundo arrendado, sin necesidad de indemnizar al docductor y si éste abandonaba el fundo antes de transcurrir el término fijado, se estableció ordinariamente que debía pagarse completa la renta (10).

2.—Estas mismas normas informan, en general, el Derecho vigente, acentuándose, sin embargo, la protección hacia el cultivador directo y personal, que en íntimo contacto con la Madre Tierra la fecunda a golpes de su azada y le infunde el sello especial de su ser y de su personalidad.

Por otra parte, ya se dijo que la duración pueden determinarla la Ley o los contratantes. En el primer supuesto, no se trata, según se ha afirmado impropriamente, de un arrendamiento al que falta un elemento esencial o cuya duración sea indeterminada, porque,

(7) BRISSAUD: «Le régime des terres dans la société étatiste du Bas Empire»; DITTEMBERGER: «Sylloge», 114.

(8) «Libro de los Fueros», párr. 238.

(9) Párr. 396.

(10) Cfr. BENEYTO: «Estudios sobre la Historia del régimen agrario». Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1941.

en realidad, se estima que las partes se refieren al plazo establecido por la Ley. Ahora bien: las partes no podrán fijar libremente la duración contractual, sitio que establecen limitaciones por el legislador fundadas, como antes se apuntó, más en razones económicas que jurídicas. La Ley ha estimado que para que el rendimiento de una finca sea el máximo y para que el colono tenga la indispensable compensación y estabilidad se hace preciso el establecimiento de plazos mínimos en los contratos futuros y la permanencia durante cierto tiempo en las relaciones contractuales existentes.

El artículo 6.<sup>º</sup> de la vigente Ley de 1942 se remite a la duración ya establecida en el artículo 2.<sup>º</sup> de la Ley de 28 de junio de 1940, que dispone que cuando la renta no alcance la cifra de 5.000 pesetas, el plazo mínimo de duración será de tres años (11).

Ahora bien: una vez transcurrido el plazo mínimo legal, si el colono cultivador lo desea, puede continuar en la finca en virtud del beneficio de prórroga legal, cuyo concepto, requisitos y efectos se señalan a continuación.

#### B) LA PRÓRROGA LEGAL

1.—La prórroga legal es el derecho concedido al colono por ministerio de la Ley de continuar en el arrendamiento, impuesto con carácter forzoso para el arrendador.

2.—Aparte de los plazos mínimos de duración establecidos en la Ley, se estima por ésta que no debe concluir el arriendo por su mero transcurso, y se faculta al arrendatario para que lo prorrogue por su exclusiva voluntad (12). De aquí resulta que a la prórroga legal se diferencia especialmente de la tácita reconducción, cuyas características se han de ver más adelante, pues es notorio que en la prórroga falta la voluntad del arrendador, la cual en la tácita reconducción ha de presumirse. Luego ha de prescindirse para determinar los efectos jurídicos de la prórroga legal de la presunción de que las partes quieren continuar el contrato, porque dados los términos legales, la presunción más legítima respecto al arren-

(11) Para los casos de transmisión; vigente el plazo contractual, v. artículo 9, LAR, 1942.

(12) Análoga facultad se reconoce, en general, en las demás legislaciones, si bien, de ordinario, se señalan más breves plazos (tres o cinco años).

dador sería la contraria. Hablar, en caso de prórroga impuesta por el poder público, de contratos forzados, dictados o corregidos o de reconducción coactiva, significa, como dice BENJUMEA (13) una contradicción *in terminis*, puesto que la raíz de la obligación contractual es la libertad.

3.—En realidad, la prórroga, en los términos establecidos en la legislación vigente, no es la continuación de un contrato de arrendamiento, sino sólo su apariencia. No es que se repute prorrogado, como en el Código alemán, el contrato de arrendamiento existente, sino que se mantiene legalmente la vigencia de la relación jurídica creada por el contrato; pero esta relación jurídica no es ya de origen contractual, sino que tiene su fuerza en la Ley; no es un contrato, sino una relación jurídica calcada, salvo en lo referente a duración, en el contrato existente, y a la que vienen sujetas las partes por imperio de la Ley. En consecuencia, cuando se trate de la determinación de sus efectos jurídicos, ha de interpretarse, no la voluntad de las partes, sino la voluntad de la Ley. No obstante, puesto que esta situación jurídica reproduce el contenido de la voluntad contractual, serán válidos los pactos y las instituciones civiles, en cuanto no se opongan al fin perseguido por el poder público de mantener por más tiempo la relación contractual, sin mengua de su finalidad económica.

4.—Se pueden señalar como caracteres los siguientes:

a) Sólo se refiere a explotaciones agrícolas. Las explotaciones pecuarias se entienden, por lo general, concluidas al transcurrir el plazo de duración fijado en el contrato o el mínimo legal de tres anualidades.

No será obstáculo a la aplicación del mínimo de tres años el hecho de que el aprovechamiento pecuario de una finca sea de temporada siempre que tenga el carácter de principal y, además, en el contrato se comprenda la totalidad de los aprovechamientos ganaderos de que sea susceptible el predio (párr. 2.º, art. 6.º L. 1940).

b) Se otorga a todos los contratos de arrendamientos rústicos, cualquiera que sea la fecha de su perfección y régimen legal. No obstante, los arrendamientos anteriores al 1.º de agosto de 1942, en que empezó a regir la nueva Ley, tendrán un derecho condicionado

(13) *Loc. cit*

de prórroga, que debe considerar concluída para los contratos privilegiados en general el 30 de septiembre de 1954 (L. 4 mayo 1948).

c) Es por tiempo variable; según los diferentes sistemas de cultivo y cuantía de la renta..

d) Se establece en beneficio del arrendatario, y solamente él puede renunciar a la misma en el término de quince días siguientes al vencimiento del contrato. La presunción de la Ley en el caso de *arrendamientos protegidos* es la prórroga, disponiendo en ese sentido el artículo 8.<sup>o</sup> de la L. A. R. de 1942 que: «El arrendamiento cuya renta no exceda del equivalente de 40 quintales métricos de trigo y en los que el arrendatario sea cultivador directo y personal, éste no estará obligado a avisar al arrendador en caso de desear continuar en el arrendamiento, debiendo hacerlo cuando desee cesar en el mismo.»

De aquí que la prórroga es tácita y, en cambio, la renuncia ha de ser expresa, entendiéndose válido a estos efectos cualquier acto positivo de renuncia (el abandono de la finca, el anuncio verbal o escrito de abandono, etc.) efectuado en los quince días siguientes al vencimiento; pero pasado este tiempo, la prórroga se hace obligatoria también para el arrendatario, el cual, en caso de abandono de la finca, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Este término de quince días es, pues, todo el juego que se deja a la libertad de uno de los contratantes, y fuera de él la prórroga actúa automáticamente, sin que medie otra voluntad que la del legislador y la expresa del arrendatario.

5.—El régimen legal vigente referido a *arrendamientos protegidos* en materia de prórroga puede sintetizarse así:

A) *Requisitos*.—Como quedó indicado, la prórroga, en tal supuesto de contratos, automáticamente, sin que sea necesario el cumplimiento de requisito alguno por parte del arrendatario o del arrendador.

B) *Duración*.—El plazo mínimo de tres años se prorroga por cuatro períodos, o sea por un total de doce años naturales, al cabo de los cuales puede el propietario arrendar nuevamente la finca a quien tuviere por conveniente.

C) *Efectos*.—El efecto primordial de la prórroga es impedir durante los plazos antes señalados el desahucio por vencimiento del

plazo contractual o del mínimo señalado en la Ley, según los casos. Este es el único punto en que interviene la voluntad estatal, que, como manifestación del interés común, tiene primacía sobre la voluntad de los particulares, que no son sino expresión de intereses privados. Ahora bien: refiriéndose únicamente la prórroga legal al plazo de duración, es evidente que todos los pactos y todos los preceptos legales que no impidan este aplazamiento en el vencimiento del contrato subsisten válidamente. Cabe, por tanto, durante la prórroga el desahucio por cualquiera de las causas reconocidas en el artículo 2.<sup>º</sup> de la Ley de 1935, en relación con el 10 de la de 1942.

Por otra parte, terminados los períodos correspondientes de prórroga, el propietario arrendador podrá disponer de la finca en la forma que estime pertinente. No obstante, si el arrendatario continúa en su ocupación y no se aviene a dejarla seguidamente, una vez expirado el término contractual y las referidas prórrogas, deberá el propietario acudir ante los Tribunales para el ejercicio de sus derechos en un plazo máximo de quince días, pues en caso contrario podría operar la tácita reconducción, cuyo concepto, vigencia y requisito se señalan a continuación.

### C) LA «TÁCITA RECONDUCCIÓN»

1.—Por tal debe entenderse —en el caso que nos ocupa— el nuevo contrato, que la Ley supone existente, extinguido el primitivo plazo contractual o legal y las prórrogas legales, en su caso, entre el propietario y el colono, por el hecho de continuar éste en la posesión del fundo durante el plazo marcado por la Ley (14). Basta que transcurran quince días, sin necesidad de acto alguno por parte del arrendador o del arrendatario, para que se entienda celebrado nuevo contrato. La pasividad de los contratantes la origina.

2.—No está clara, sin embargo, su vigencia en el nuevo Derecho. En el Código civil, indudablemente, la tácita reconducción era aplicable a los arrendamientos, y al mismo resultado conduce en la actualidad el sentido general de la legislación arrendaticia: el fundamento de equidad en que se basa y la aplicación subsidiaria de

(14) Sobre concepto, requisitos y fundamento de la «tácita reconducción», en general, véase nuestro estudio «La tácita reconducción y el nuevo régimen legal arrendaticio», en *Justicia Municipal*, «Cuestiones varias procesales y arrendaticias», en colaboración con P. Aragónés. Madrid, 1949.

las normas del Código civil. No obstante, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de negar existencia legal a la institución de que se trata. Así, en Sentencia de 18 de septiembre de 1941, con referencia al artículo 3.<sup>º</sup> de la L. A. R. de 1935, se dice que «al entrarse, en virtud de la prórroga legal de que se trata; en el régimen nuevamente establecido por este derecho social, ya no es dable pensar en la tácita reconducción, como tal abolida, ni puede ser cuestión dudosa la duración contractual... Del propio modo, en la Sentencia de 23 de junio de 1942 se afirma que «este supuesto de prórroga tácita» posterior al indicado año de 1936 desaparece teniendo presente que aquéllos preceptos del Código civil —se refiere a los artículos 1.566 y 1.567— sustituyeron en la L. A. R. otros, como el contenido en el artículo 10 de la Ley de 1935, que hacía imposible el sistema del Cuerpo legal antes citados». No obstante, en otras sentencias el Tribunal Supremo, incidental, pero explícitamente, reconoce la existencia de la tácita. Así, el Considerando cuarto de la Sentencia de 1.<sup>º</sup> de julio de 1941 dice que «...si, a más de lo antes expuesto, se tiene en cuenta que el contrato celebrado en la fecha indicada tenía de duración exactamente un año y que fué prorrogado, según manifestaciones de las partes, por otro año, o sea hasta el 29 de septiembre de 1938, por tácita reconducción, no puede comprenderse en la excepción contenida en el párrafo tercero del artículo 49 de la citada Ley de Arrendamientos, ya que dicha duración no fué menor de un año...», y en el Considerando sexto vuelve a decir que se trata de un verdadero contrato de arrendamiento de la finca para todos los aprovechamientos de la misma por el período de su duración y el prorrogado después por tácita reconducción, de que no es susceptible la compraventa. Mas posteriormente parece insistir en el anterior criterio: «Por otra parte —dice la Sentencia de 19 de noviembre de 1945—, esta Sala —en repetidas sentencias, entre ellas las de 12 de abril de 1942— hizo ver que, aún tratándose de contratos anteriores a 1935, no puede actuar en ellos ni la tácita reconducción ni cualquier otra modalidad legislativa o contractual cuya aplicación impide la del régimen especial impuesto para el arrendamiento de fincas rústicas.» Y, por último, cerrando el ciclo de esta evolución, la Sentencia de 7 de febrero de 1946 dice taxativamente: «La doctrina de prórroga de arrendamientos rústicos por tácita recon-

ducción, contenida en el artículo 1.565 del Código civil, en relación con los en él citados, no subsiste en Derecho positivo después de la vigencia de los preceptos de la legislación especial sobre arrendamientos de fincas rústicas dicta sobre duración de contratos de tal índole.» La incompatibilidad de éstos y de aquél es evidente, y esta Sala repetidamente lo declaró así, entre otras, en S. S. de 18 de septiembre de 1941.

3.—Es absurda la posición de la doctrina y la del Tribunal Supremo. Amparándose en una interpretación que pretende ser rígida y formalista, el Tribunal Supremo mezcla y confunde dos instituciones completamente diferentes: la *prórroga legal* y la *tácita reconducción*. El legislador puede establecer las prórrogas que estime pertinentes a favor del arrendatario, pero no puede prohibir que propietario y colono se pongan de acuerdo otorgando una nueva convención, pudiéndose ésta manifestar lógicamente por cualquiera de los medios permitidos en Derecho. La permanencia del arrendatario en el fundo durante quince días con la aquiescencia del arrendador, una vez cumplido el plazo contractual y sus prórrogas, origina una nueva convención, por aplicación subsidiaria de las normas del Código civil. La diferencia entre ambas instituciones aparece expresamente recogida por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de febrero de 1949, donde se dice que «la distinción principal radica en que la primera (prórroga forzosa) supone prosecución del mismo (se refiere a contrato), mientras que la segunda implica nuevo nexo arrendatario, y no prolongación del anteriormente estatuido y terminado...». Es definitiva, pues la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo debe ser entendida en el sentido, no de negar la existencia de la institución de que se trata, sino de restringir la compatibilidad de su actuación con los supuestos de prórroga legal. No existiendo ésta, no hay razón alguna para negar su existencia en los términos fijados en Derecho común.

## II

## EL DESALOJO

Vencido el término contractual o el mínimo señalado por la Ley, el colono o cultivador tiene derecho a prórroga por su exclusiva y propia voluntad, como queda indicado, el contrato durante los plazos señalados con anterioridad, pero tal derecho queda sin efecto cuando el propietario *necesite* la finca para su cultivo personal. En definitiva, como dice la Sentencia de 9 de octubre de 1944, la protección que, en general, dispensa la Ley para el cultivador directo o directo y personal cede en favor del propietario o arrendador siempre que éste adquiera el compromiso legal de cultivar en una u otra forma, según los casos y por el tiempo prefijado, porque la Ley presupone que el interés en la buena marcha y máximo rendimiento de una explotación agrícola o ganadera sin detrimento de su naturaleza y sustancia radica, antes que en el arrendatario, en el dueño del fondo, y con ello la economía nacional no sólo no padecerá, sino que posiblemente mejorará...

Se impone, pues, en consecuencia un estudio de conjunto que ponga de relieve en qué supuestos y con qué requisitos puede el propietario *despedir* al colono, cultivador directo y personal, de tal forma que quede el predio a su libre y total disposición para el cultivo.

Para ello, lógicamente, se dividirá la materia en un doble apartado: A) La *necesidad* del propietario propiamente dicha, es decir, en qué supuestos puede solicitar el desalojo, y en segundo lugar, B) El *procedimiento* que ha de seguir a tal efecto, es decir, hasta que la finca quede en su definitiva posesión.

## A) LA «NECESIDAD» DEL PROPIETARIO

1.—En los arrendamientos protegidos queda sin efecto —como se ha dicho— el beneficio de prórroga que se concede al arrendatario cuando el propietario se proponga cultivar directa y personalmente el predio arrendado.

No basta, sin embargo, con el mero *propósito*, ya que éste, como acto interno, es muy difícil de probar, sino que tal deseo, para ser eficaz, ha de reunir determinados requisitos, que han ido perfiliéndose reiteradamente por la Ley y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales inferiores.

En primer término, se ha de tratar de un propósito: *racional*. Entiende GARCÍA ROYO (15) que se refiere esta exigencia a lo supra-legal, o sea que aun reuniendo el actor todas las circunstancias precisadas en este artículo, si los motivos que le inducen a promover el desahucio y cultivar las fincas no fuesen justificados —*extra o super legem*— frente al estado de hecho que pretende destruir, será improcedente aquél. Por la inexistencia de índice a conjugar en la apreciación de este requisito y ante su carácter esencialmente íntimo y personalísimo, es indudable que el Juez decidirá libérriamente esta cuestión, y siendo tan complejos y variados los móviles que pueden aconsejar *racionalmente* el recabamiento del cultivo de la finca, es imposible precisar *a priori* normas que lo régulen. Sólo, como indicaciones para intentar aclarar este oscuro ordenamiento, formula algunos ejemplos: «Si el demandado probase haber recibido propuesta del arrendador sobre elevación de rentas o cualquier otra exigencia que hubiese denegado, y aun sin ser amenazado de ello (en el supuesto contrario casi no cabe duda de que no existe *racionalidad*) se promoviese desahucio contra él, habrá de apreciarse con criterios rigoristas los propósitos que guían al actor. No basta al efecto la *comodidad* o *conveniencia* del arrendador: se precisa de la *necesidad* en los propósitos que le inducen a recabar la finca; por tanto, si un propietario acaudalado intentase el desahucio, también deberá usarse de aquel criterio rigórrista. La enemistad sobrevenida después de la celebración del contrato conduce a la utilización del mismo criterio: El deseo de obtener con el cultivo personal productos cuya adquisición es difícil a los no productores o de obtener mayor rendimiento de la finca sólo justificarán en contados casos el desahucio, y, desde luego, nos parece indudable que lo harán frente a propietarios que gocen de posición económica desahogada. En resumen: no hay normas definidas y concretas sobre este particular; el Juez aprecia con absoluta libertad

---

(15) «Tratado de Arrendamientos rústicos», 1.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1945, página 339.

la cuestión, y aun concurriendo todos los demás requisitos, podrá denegarse el desahucio si no se acredita la racionalidad (16).

Su existencia no puede ser objeto de prueba directa por tratarse de valoraciones y no de realidades; mas, constados en la demanda de dichos motivos, puede practicarse la que tienda a demostrar la certeza de los derechos en que se fundamentan o a impugnarla. No es indudable que el actor no está obligado a demostrar la racionalidad de sus propósitos y que será el Juez quien formará este *juicio* sobre sus móviles. Esta es la causa de que la Ley no personalice respecto a la parte que debe cargar con la prueba. «...se demuestre...», dice, y de que la exigencia comentada se sitúe fuera de las que expresamente se cargan sobre el actor para alegación y prueba. Recientemente vimos *formularios* sobre la Ley en estudio que omitían la expresión de los motivos porque se actuaban, tal demanda conduce irremisiblemente al fracaso, aunque al correr del proceso se pretenda suplir la omisión.

Por lo demás, el Tribunal Supremo tiene declarado a tal respecto que:

a) Basta el simple deseo de cultivar directa y personalmente la finca de que se trate: (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1942.)

b) No obstante, dicho propósito ha de ir acompañado del compromiso de cultivar la finca en tal forma durante el plazo mínimo marcado por la Ley, que es el de seis años (17), siendo oportuno el ofrecido en la demanda. (Sentencias de 28 de junio de 1943, 23 de mayo de 1946, etc.)

Por otra parte, el hecho de carecer el arrendador de los elementos necesarios para efectuar la explotación directa nada dice en contra de la realidad de su propósito, ya que es lógico que hasta que vaya a comenzar dicha explotación no se provea de tales elementos, como la de la adquisición del ganado; etc., que no podría sostener mientras no se contase con la finca que reclama. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1943). Por lo demás, la jurisprudencia tiene asimismo declarado que el compromiso puede contraerse por sí o mediante representante (Sentencia de 11 de febrero de 1944) y

(16) Ese mismo criterio de libre arbitrio judicial y de examen del caso concreto, lo sostiene la S. de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 27 de mayo y 19 de septiembre de 1950.

(17) Art. 6, L. A. R., 1942.

en cualquier tiempo, surtiendo efecto asimismo en cualquier forma en que figure contraída (Sentencia de 27 de noviembre de 1945)

#### B) EL «PROCEDIMIENTO» EN EL DESPIDO

Cuando el propietario *necesite* la finca conforme a las normas señaladas con anterioridad, puede despedir a su colono, bien al cumplimiento del plazo contractual o del mínimo señalado por la Ley o a la finalización de cualquiera de las prórrogas de tres años que la vigente legislación otorga. Mas para llegar a tal fin de, en definitiva, verse único poseedor del predio que cedió para el cultivo deberá seguir determinado *procedimiento*, no todo lo sencillo y claro que fuera menester, dado, en general, de un lado, la escasa cultura de los medios rurales y el pequeño interés económico de la cuestión a debatir, que no permite la consulta a verdaderos especialistas.

Un doble problema se plantea sobre el particular: 1.º, si es necesario el *preaviso* para el ejercicio de la acción, y 2.º, los requisitos que se han de cumplir en el ejercicio de la misma para que pueda prosperar se estudian separadamente.

##### 1.º *El «preaviso»*

1.—Etimológicamente, *preaviso* (de *pre*, antelación, y *aviso*, comunicar) significa dar noticia de alguna cosa con anticipación, y referido al punto que nos ocupa, la notificación realizada por el propietario o arrendador con suficiente antelación de la terminación del plazo contractual y su deseo de dar por finido el contrato.

2.—A tal respecto, si se ha fijado expresamente esta obligación por parte de cualquiera de los contratantes, es evidente que por la obligatoriedad propia de las convenciones a ello habrá de estarse, tanto por lo que al plazo se refiere como a la forma, modalidades, etcétera; doctrina ésta recogida reiteradamente por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 22 de enero de 1948, 9 de febrero de 1948 y 27 de mayo de 1949, aplicables por analogía. Como observación de tipo general, es evidente que las partes en uso del principio de autonomía de la voluntad, de tan rancio abolengo en nuestro Derecho, que restringe sin destruir la moderna legislación arren-

datoria (18), puedan en las cláusulas particulares del contrato, al determinar las condiciones del despido, modificar las normas legales, en tanto no impliquen renuncia de beneficios por el arrendatario, prohibida por el artículo 1.<sup>º</sup> de la L. A. R. de 1935, fijando, por ejemplo, determinados plazos, indemnización, etc., siempre que se respete, como queda dicho, el mínimo legal y no suponga abuso por parte del arrendador.

3.—No obstante, el problema se puede plantear cuando las partes no hayan previsto nada en el contrato sobre el particular. ¿Será preciso en tal caso el preaviso para la terminación de los arrendamientos? Son diversas las soluciones dadas por la doctrina y confusa la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4.—En tal sentido, GARCÍA ROVO (19) entiende que no existe ningún precepto legal que estatuya obligación de preavisar, y, por tanto, el arrendador no está obligado en tal sentido, y que si tal hubiese sido el deseo del legislador, lo hubiese expresamente consignado al señalar los requisitos para el desahucio por cultivo directo y personal en la Ley de 18 de marzo de 1944. Por el contrario, R. JURADO (20) sostiene que para que pueda usar de este derecho de despido es preciso que lo avise con un año de antelación al arrendatario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.<sup>º</sup> de la Ley de 1940, afirmando que de no dar con tiempo este aviso se produce automáticamente la prórroga por un período de tres años, sin necesidad de que el arrendatario tenga que avisar al arrendador la continuación en el arrendamiento; pues así lo dispone el artículo 8.<sup>º</sup> de la Ley de 1942. Con un criterio ecléctico, DURÁN CAÑAMERAS (21) entiende que normalmente termina el contrato al finalizar el plazo que se estipuló para su duración, y si éste no se fijó, si cualquiera de los contratantes desea su terminación, debe avisarlo a la otra parte en el tiempo acostumbrado en cada localidad, en lo que hay gran variedad de un pueblo a otro; pero, en general, es un tiempo algo anterior al en que suelen empezar las labores para la próxima co-

(18) Cfr. nuestro estudio «Los "actos propios" y la moderna legislación arrendataria», en *Justicia Municipal*, cit.

(19) *Loc. cit.*, pág. 156.

(20) «Comentarios a la legislación de arrendamientos de fincas rústicas», 2.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1943.

(21) «Manual práctico de arrendamientos rústicos». Barcelona, Bosch, 1951, pág. 76.

secha, o sea antes del 1.<sup>º</sup> de noviembre o en esta fecha al hacerse el pago de la renta.

5.—El Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad, que conozcamos, de pronunciarse de una manera concreta y clara sobre el particular. Sólo respecto a supuestos en que se accionaba al amparo de las adicionales 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de la L. A. R. de 1942 ha establecido en reiterada jurisprudencia no ser preceptivo el previo aviso, porque el plazo de terminación proviene de la Ley, que debe ser de todos conocida (22). No obstante, del propio modo en los arrendamientos *protegidos* otorgados con posterioridad a 1942 parece sostener asimismo de manera indirecta su innecesariedad al referirse al cumplimiento para la viabilidad de la acción de desalojo solamente de las cinco condiciones a que se contrae el artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley de 14 de marzo de 1944, y el mismo criterio aparece sustentado de manera categórica en Sentencia de la A. T. de Zaragoza de 7 de julio de 1950 al decir taxativamente que «no es necesario el preaviso que exija la Ley de 1940 y ha suprimido la de 1942».

6.—En definitiva, el artículo 5.<sup>º</sup> de la Ley de 1940, que exige el requisito del preaviso, se halla, a no dudar, vigente, pero el problema se plantea respecto a su aplicabilidad a los *arrendamientos protegidos*. El artículo 6.<sup>º</sup> de la Ley de 23 de julio de 1942 dispone simplemente que el derecho de prórroga quedará sin efecto cuando el propietario se comprometa a la explotación directa y permanente durante seis años, como mínimo. En definitiva, como el derecho al desalojo se basa en lo estatuido en el citado artículo 6.<sup>º</sup> y, por otra parte, la Ley de 1944, al señalar casuísticamente los requisitos para la viabilidad de la acción, no lo enumera, se puede sostener que legalmente no es requisito imprescindible para el éxito de la acción de desalojo. Sí lo será, no obstante, cuando su aplicabilidad resulta de pacto, siendo muy discutible, en cambio, su exigibilidad en caso de costumbre (aprobada), por tratarse, a no dudar, de un uso, según la Ley, al que niega fuerza de obligar el artículo 6.<sup>º</sup> del Código civil (23).

En caso de pacto, muy común en los típicos contratos campe-

(22) Sentencias de 9 de noviembre de 1944, 4 de julio de 1948, 23 de mayo de 1948, etc.

(23) Cfr. DE CASTRO: «Derecho civil de España», 1.<sup>a</sup> edic. Valladolid, 1942, pág. 302 y ss.

sinos, a él habrá de estarse en cuanto a modalidades, plazos, requisitos, etc., siendo aplicables con carácter subsidiario, por analogía, lo dispuesto en el artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de 1940 y 250 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 102 y ss. del vigente Reglamento Notarial (24).

No obstante, en la práctica es común y muy recomendable el ejercicio del *preaviso*, y así se viene haciendo en la generalidad de los supuestos. A tal efecto, en el lugar correspondiente se insertan los formularios de más corriente uso.

## 2.<sup>o</sup> El «ejercicio» de la acción

Si el colono, a pesar de cumplirse los requisitos señalados con anterioridad, persiste en su actitud de continuar en el fundo, el propietario se verá obligado al ejercicio ante los Tribunales de la correspondiente acción. Es, por tanto, preciso señalar sus caracteres y requisitos.

### 1.—ELEMENTOS.

A) *Personales*.—1.<sup>o</sup> *Sujeto activo* es el arrendador, sus herederos o causahabientes; conforme a las reglas generales:

2. *Legitimado pasivamente* está el arrendador, cultivador directo y personal.

B) *Reales*.—En orden a su contenido, para el ejercicio y viabilidad de la citada acción se requiere que se trate de arrendamientos protegidos, conforme al criterio apuntado con anterioridad, y que se halle vencido el plazo contractual o cualquiera de las prórrogas en curso. (art. 6.<sup>o</sup> L. A. R. de 1942).

C) *Formales*.—Para el éxito de la mentada acción restitutoria es preciso, además, que el propietario demandante alegue y pruebe (Ley de 18 de marzo de 1944):

a) Que las acciones por él ejercitadas contra cualquier número de arrendatarios sólo afectan a tierras cuya suma de rentas, según contrato, no exceda del equivalente a 40 quintales de trigo. (artículo 1.<sup>o</sup>).

---

(24) Cfr. Nuestro estudio «Los "actos propios..."», cit.

El arrendador que tenga uno o más hijos casados podrá, no obstante, ejercitar tantas acciones de desahucio que afectan cada una a tierras cuya renta, según contrato, no exceda a 40 quintales de trigo, cuantos sean el número de sus hijos casados, siempre que éstos cumplan todos los requisitos y condiciones que se han de seguir enumérando (25). No podrá, sin embargo, ejercitarse acción de desahucio para cultivo directo y personal a favor de aquellos hijos casados que convivan con el arrendador o que hubieren sido computados para determinar la capacidad familiar de trabajo a que se refiere el requisito siguiente (art. 2.º).

b) Que la parte actora b; si estuviese impedida, cualquiera de los hijos que con ella convivan tiene capacidad de labrador, y que aquélla, con los demás familiares que también convivan con la misma, poseen capacidad de trabajar para labrar directa y personalmente las fincas a que se contrae la demanda (26).

c) Que posee o se halla en condiciones de adquirir los medios adecuados para realizar el cultivo de las expresadas fincas (27).

d) Que reside en el término municipal donde radican las fincas o en cualquiera de los colindantes de aquél, o se compromete a residir en uno u otro desde que se haga cargo del cultivo directo y personal de las fincas (28).

e) El número, extensión y características de las fincas que cultiva directa y personalmente en cualquier lugar de España (29).

(25) El criterio de la Ley parece, en principio, restrictivo; no menciona a los padres, ni a los nietos, ni al cónyuge. Esto ha llevado a algún comentarista (V. GARCÍA ROVO) a entender que el arrendador no podría solicitar el recobro de la finca para sus nietos, por ej. El criterio es absurdo: basta con que el actor, con los demás familiares, (en su más amplio sentido) que convivan con él posean capacidad de trabajo para labrar directa y personalmente las fincas a que se contrae la demanda, como así es la Ley, para que la acción prospere. Cfr., art. 1.º, L. 14 marzo 1944.

(26) Como dice BELLÓN, la capacidad de labrador personal en el dueño o hijo cualquiera que convivan podrá obtenerse de la demostración del modo de vida familiar, habitual ocupación, condiciones físicas para el trabajo agrícola en cualquiera de sus faenas, sin pretender fuera completa, conocimientos prácticos del cultivo agrícola o pecuario, posición social o económica ordenada, etc., en fin, se ha de formar el conocimiento que se quiere y se puede ser agricultor personal.

(27) La posesión o posible adquisición de medios adecuados para realizar el cultivo se entiende referida a la capacidad económica suficiente, que no excluye el crédito de que se disfrute.

(28) Por tanto, no se precisa que a juicio se resida en el lugar donde está sita la finca.

(29) La afirmación de las fincas que lleve en la forma aludida, o de no

La jurisprudencia tiene declarado a este respecto que la racionalidad del propósito del cultivo directo y personal del arrendador requiere el cumplimiento de las cinco condiciones que enumeran los cinco apartados que comprende el artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley de 18 de marzo de 1944, requisitos que se han fijado para evitar simulaciones de propósitos, que han sido los que la Ley ha querido impedir (Sentencia de 12 de mayo de 1947); que es improcedente la forma alternativa o subsidiaria de pedir reclamando una finca para cultivo directo y personal por el nuevo dueño para sí o para su hija (Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona de 28 de noviembre de 1946) (30), tesis en cierto aspecto contradictoria con la sustentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1948, según la cual, es viable la acción aun en el supuesto de que el propósito de cultivo directo y personal se exteriorice a nombre de dos condueños y actúe sólo uno, pudiendo solicitar el desalojo, aun sin necesidad de previo aviso, el usufructuario, según Sentencia de 4 de noviembre de 1948 de dicho Alto Tribunal.

Respecto a los informes de la Jefatura Agronómica que con carácter facultativo para las partes señala el artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley de 1944, el mismo Tribunal Supremo ha sentado la interesantísima doctrina de que su admisión tiene carácter vinculante para el Tribunal solicitada que sea por las partes, teniendo el valor, en definitiva, de una prueba pericial cualificada de carácter oficial, sujeta, no obstante, en definitiva, al arbitrio del juzgador.

## 2.—PROCEDIMIENTO.

El procedimiento a seguir para el ejercicio de la acción es el fijado en la norma 1.<sup>º</sup> de la disposición transitoria 3.<sup>º</sup>, A), de la Ley de 28 de junio de 1940, que, a su vez, tiene remisión al trámite previsto en los artículos 1.589 y 1.590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (31).

llevar ninguna, podrá creerse bastante si no hubiere signo de su incertezza. (BELLÓN.)

(30) P. V. en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1950, pág. 47.

(31) Sobre procedimiento, en general, p., v. GONZALO SOTO: «El procedimiento judicial en los arrendamientos de predios rústicos», y CERRILLO: «Procedimiento judicial arrendatario rústico», publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal. Barcelona, 1951.

### 3.—EFECTOS.

A) El arrendador que recupere la posesión de la finca está obligado, en virtud de disposición legal, a cultivarla directa y personalmente durante el plazo de seis años. Se trata de una limitación del poder de disposición que no puede ser incumplido por el arrendador. Si durante el plazo mencionado el arrendador volviera a arrendar libremente la finca o la dejase sin explotar, tendrá derecho el arrendatario a recabar la posesión arrendaticia de la misma y a la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere sufrido (32).

B) En caso de venta, ésta se estima válida, ya que, según el Considerando 2.<sup>º</sup> de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1947, no existe disposición legal ninguna que impida al arrendador que ha reclamado la finca arrendada para su cultivo directo, y en tal propósito se ha fundado para desahuciar al arrendatario, enajenar la finca cuyo cultivo ha reclamado; antes al contrario, existen disposiciones de las que se deduce que puede realizar la enajenación antes de terminarse los seis años, como son los artículos 5.<sup>º</sup> de la Ley de 28 de junio de 1940 y 11 de la de 15 de marzo de 1935; mas en tal caso el adquirente de la finca, antes del transcurso del plazo forzoso de cultivo, no puede arrendar a otro ni dejarla improductiva, esto es, habrá de continuar en el cultivo directo a que se comprometió el arrendador al ejercitar la acción de desahucio, compromiso en el que se subrogó el comprador al adquirir la finca, y si faltase al mismo, el arrendatario desposeído tendrá acción para recuperar la posesión arrendaticia y para reclamar la indemnización de daños y perjuicios que hubiese sufrido, en el límite que la Ley señala.

C) La acción de recuperación, que en virtud de lo anterior corresponde al arrendatario, deberá ser ejercitada en el plazo de seis meses, contados desde el día que haya tenido conocimiento de los hechos que la motivan (párrafo último del art. 5.<sup>º</sup> de Ley 1940).

F. CERRILLO QUÍLEZ.

Juez Municipal núm. 10 de Barcelona;  
Secretario de Publicaciones del Instituto  
Español de Derecho Procesal.  
(Sección de Barcelona)

(32) Sobre sanciones por simulación en el propósito de cultivo directo y personal, art. 4, L. A. R., 1942 y 5.<sup>º</sup>, L. de 18 de marzo de 1944.

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

**REGISTRO CIVIL.—LA MUJER QUE POR MATRIMONIO CON EXTRANJERO PERDIÓ LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA, PUEDE RECUERPALARLA SI HA MEDIADO SENTENCIA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS.**

*Resolución de 26 de marzo de 1951:—(B. O. de 15 de junio.)*

Una señora acudió al Juzgado municipal solicitando la recuperación de la nacionalidad española que había perdido por haber contraído matrimonio con un súbdito alemán, quien habiendo quedado en Alemania después de la guerra mundial, siguió ante un Tribunal de dicho país juicio de divorcio, obteniendo sentencia de separación de matrimonio con arreglo a la legislación alemana.

Tras haber oído al Ministerio Fiscal, lo mismo el Juzgado municipal que el de Primera instancia, no accedieron a lo solicitado, pero interpuesta alzada por la solicitante la Dirección, sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer la sentencia de disolución dictada por los Tribunales alemanes, declara que la expresa señora puede readquirir su nacionalidad de origen, llenando los requisitos del artículo 21 del Código civil, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo Cuerpo legal, mediante la razonada doctrina siguiente:

Que de la letra del párrafo segundo del artículo 22 del Código civil resulta la posibilidad de la recuperación de la nacionalidad española por la esposa en aquellos casos en que se produzca la disolución del matrimonio, y si bien pudiera pensarse que en nuestro

Derecho tal supuesto sólo se produce en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que la nulidad implica más bien la no existencia del matrimonio que su disolución, es lo cierto que en principio, y para determinar las formas de disolverse un matrimonio, habrá que atenerse al estatuto personal que determina el artículo 9.<sup>º</sup> del Código civil, Ley que en la esposa que perdió la nacionalidad española por matrimonio será su nueva ley nacional, a menos que razones de orden público no impidan, según el artículo 11, apartado tercero, la aplicación de la misma.

Que la Resolución de este Centro de 10 de enero de 1949, referente a la disolución por divorcio, de un matrimonio civil admitía la posibilidad, teniendo en cuenta que si bien es cierto que la disolución del vínculo matrimonial es rechazada por nuestro Derecho, en el cual se considera justamente como de orden público su inadmisión, tal norma de indisolubilidad del matrimonio contra su fuerza es lo establecido en el artículo 51 del Código civil, o sea en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias; y, por otra parte, supuesto que el divorcio se ha dictado por Tribunales competentes según la Ley extranjera, y a súbditos extranjeros, resulta evidente que el efecto, al fin secundario, de habilitar para recobrar la nacionalidad española en nada reza con dicha norma de orden público, sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer, según las Leyes españolas, tal disolución.

Que la finalidad de la norma que establece la pérdida de la nacionalidad española por la mujer que casa con extranjero no es otra que la protección de la unidad familiar, por lo que, desaparecido el supuesto base por la disolución, no debe ser excluida la mujer de la facultad de recuperar, debiendo cesar en tal caso el privilegio atractivo reconocido por nuestras leyes a la nacionalidad marital, ya que en otro caso podría darse la anómala consecuencia de que el marido, aun privado de la autoridad marital, podría, según nuestras Leyes, seguir disponiendo a su antojo de la nacionalidad familiar, obligando a la mujer con cualquier cambio que unilateralmente emprendiese y obstruyendo toda acción protectora respecto a estas esposas cuando se hallasen en país extranjero, sin que en estas consideraciones tenga que influir para nada en que el matrimonio se haya celebrado en España ni que tuviera carácter canónico, pues la recuperación de la nacionalidad en nada afecta a

los preceptos de la Iglesia, aceptados por nuestras Leyes; y si hace aún más anormal el hecho de que residiendo en España la esposa se vea tratada como extranjera por consideraciones extrañas a su voluntad, y que sólo hallaría en su apoyo en una consideración exagerada del alcance del orden público en cuanto a los efectos de sentencias extranjeras de divorcio.

EN PARECIDOS TÉRMINOS RESOLVIÓ CONSULTA, QUE ELEVÓ ANTE ELLA EL JUEZ DE 1.<sup>a</sup> INSTANCIA NÚM. 3, DE SEVILLA.

LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN DEL MATRIMONIO CON SÚBDITO EXTRANJERO FUÉ DICTADA POR EL TRIBUNAL ECLESIÁSTICO HISPALENSE, Y COMO POR LA MISMA LOS HIJOS MENORES QUEDARON BAJO LA CUSTODIA DE LA MADRE, LA DIRECCIÓN ACORDÓ QUE PRÉVIA DECLARACIÓN POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE LA EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA DICTADA POR DICHO TRIBUNAL PODÍA EL JUEZ ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL, INSCRIBIR LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA MADRE, HACIENDO CONSTAR EN EL ASIENTO LOS HIJOS SOMETIDOS A SU PATRIA POTESTAD, PARA LOS QUE TAMBIÉN CORRESPONDERÁ, DESDE LA FECHA DEL ASIENTO, LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

*Resolución de 8 de marzo de 1951.—(B. O. d. 2 de junio.)*

REGISTRO MERCANTIL.—DESTITUCIÓN DEL GERENTE DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: EL ART. 132 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NORMA OBLIGATORIA DE DERECHO NECESARIO, PARA LAS COMPAÑÍAS COLECTIVAS, NO DEBE EXTENDERSE A SITUACIONES DISTINTAS DE LAS PECULIARES QUE CONTEMPLA, Y, POR ELLO, PREVISTA LA DESTITUCIÓN DEL GERENTE ESTATUTARIO EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, SI LOS TRÁMITES SEÑALADOS PARA LLEVAR A CABO EFICAZMENTE LA DESTITUCIÓN FUERON OBSERVADOS EN LO ESENCIAL, TAL DESTITUCIÓN DEBE ESTIMARSE VÁLIDA.

RESCISSIÓN PARCIAL PRIVADA DE LA MISMA COMPAÑÍA: AUNQUE LA DOCTRINA Y RECENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACEPTE LA POSIBILIDAD DE EXCLUIR POR VÍA EXTRAJUDICIAL A UN

SOCIO DE TALES SOCIEDADES LIMITADAS, EN VIRTUD DE ALGUNAS DE LAS CAUSAS ENUMERADAS EN EL ART. 218, ES INADMISIBLE LA RESCISIÓN PARCIAL EN LOS TÉRMINOS EN QUE SE HA FORMALIZADO EN EL PRESENTE CASO, POR REVESTIR EL ACTO UNA VERDADERA SANCIÓN PENAL, AL PRIVARSE AL SOCIO EXPULSADO DE SU APERTACIÓN SOCIAL Y NO RECONOCERLE DERECHO A UNA ULTERIOR LIQUIDACIÓN.

*Resolución de 30 de marzo de 1951.—(B. O. de 21 de junio.)*

\* \* \*

Constituída determinada Sociedad de Responsabilidad Limitada, se estatuyó en ella que «la dirección, administración, Gerencia y representación de la Sociedad y consiguiente uso de la firma social queda encomendada al socio don Cayetano Martínez Muñoz, para lo cual los demás socios otorgarán a su favor poder notarial lo suficientemente amplio para que pueda en nombre de la Sociedad, ejecutar y formalizar toda clase de actos y contratos mercantiles y, en general, todo lo que autoriza el Código de Comercio, Reglamento del Registro Mercantil y demás disposiciones complementarias».

Además se estamparon las cláusulas siguientes:

«IV. El socio Gerente será responsable con su cargo, ante todos los demás socios, de su gestión en la Sociedad, debiendo dar explicación de la misma en cualquier momento que sea requerido para ello por uno de los socios. Si dicha explicación no fuera suficiente a juicio del socio que le interpele, éste expondrá sus preguntas sobre su gestión al Gerente por escrito, el que deberá contestar por la misma vía en el plazo máximo de ocho días, a partir del momento en que la reciba. Caso de que la contestación de éste no sea satisfactoria, a juicio del interpelante, éste convocará, en el plazo de quince días, a una reunión a los demás socios, los que decidirán por mayoría de la forma prevista en el apartado de la solución de disidencias, de que más adelante se hablará, si consideran suficientes y satisfactorias las aclaraciones dadas por el Gerente, caso de que, por imposibilidad de acudir algún socio a la reunión, no pudiera contarse con el mismo, se le evacuará la consulta por escrito, sirviendo su contestación como voto a los efectos de computar la mayoría. El acuerdo adoptado por la mayoría

será obligatorio para el Gerente, quien tendrá obligación de cumplirlo fielmente en todas sus partes. En el supuesto de que así no lo hiciera, cesará en su cargo y se nombrará nuevo Gerente de entre los demás socios por votación de entre los mismos. Al Gerente designado, no se le permitirá tener más de un 10 por 100 de participación en el capital de la Sociedad. El tanto por ciento que tenga suscrito en la misma y que exceda de esta participación lo cederá obligatoriamente a don Cayetano Martínez, y caso de que a éste no le interese, se repartirá a prorrata entre todos los demás consocios.» «X. Disolución y rescisión parcial. La Sociedad se disolverá parcialmente sólo en los casos que se dejan indicados y en los demás previstos en el Código de Comercio.» «XII. Adopción de acuerdos y solución de disidencias. Cualquier resolución definitiva para los intereses de la Sociedad, discrepancias fundamentales y cuantas cuestiones surjan con motivo de este contrato y durante su vigencia, rescisión parcial, liquidación y disolución, serán resueltas siempre por mayoría de votos entre los socios, pero teniendo en cuenta para computar esta mayoría los tantos por ciento de participación de cada uno de ellos.»

En actas testimoniadas por el Notario de Sevilla, don Diego López Moya, se hizo constar la celebración de diversas Juntas de la expresada Sociedad, para poner de relieve: a), la situación apurada de la Empresa; b), estado dudoso de la contabilidad, actuación desacertada del Gerente y, como consecuencia—se afirma—, la dimisión irrevocable presentada por éste y su sustitución por un administrador, provisionalmente nombrado; c), expresión de no comparecencia del Gerente destituido, no obstante ser él quien por telégrafo y carta convocó a Junta, y en vista del balance presentado por el nuevo Administrador, ratificación de lo acordado, consignándose taxativamente que ello obedecía, entre otras, por las siguientes anomalías: 1.<sup>a</sup>, haber dispuesto el señor Martínez de parte del capital para fines propios, sin haberlo reintegrado; 2.<sup>a</sup>, haber cometido fraudes en la contabilidad y administración de la Empresa, y 3.<sup>a</sup>, haber faltado al cumplimiento de las obligaciones que se le impusieron en la escritura social, añadiéndose que se había presentado denuncia ante el Juzgado correspondiente que había dictado auto de procesamiento, y d), que por todo ello se acordó unánimemente, de conformidad a la cláusula X de los Estatutos, rescindir parcial-

mente el contrato de Sociedad en cuanto al socio Cayetano Martínez, quedando, con arreglo al balance, perdida su aportación social y haciéndosele responsable de los descubiertos que se reflejan en su cuenta y por los que se instruye el sumario mencionado.

En virtud de lo expuesto se otorgó por los demás socios escritura ante el citado Notario, señor López Moya, en 5 de enero de 1950, por la que acordaron ratificar la exclusión como socio de la Compañía de don Cayetano Martínez; manifestar que las causas de la exclusión eran las establecidas por el artículo 218 del Código de Comercio, apartados primero, tercero y séptimo; declarar rescindido parcialmente el contrato de compañía y solicitar del Registrador Mercantil de Sevilla que inscribiese la rescisión parcial por separación del socio señor Martínez, «anteriormente removido de su cargo de Gerente y por ello revocados sus poderes». En el apartado V de la Exposición consta que a la Junta del día 21 de diciembre asistió el señor Martínez. En la Junta, «el señor Martínez presentó un balance de situación que difiere de las notas de contabilidad social tomadas por los otros socios, pues arrojaban éstas un saldo en contra del mismo de 106.128,75 pesetas, y como no pudo justificar ni reponer esa diferencia, los demás socios —la mayoría— acordaron que cesase en el cargo de Gerente»; en el apartado VI se transcribe el acta de la Junta de 2 de enero antes citada, y en el VII se manifiesta qué las causas de rescisión parcial son las 3, 1 y 7 del artículo 218, y que las «dos últimas, por lo menos, causan la rescisión parcial del contrato de sociedad de una manera inmediata e indeclinable, en virtud del acuerdo de la Sociedad manifestado en la forma preestablecida en los Estatutos en sus artículos X y XII.»

Presentada en el Registro Mercantil de Sevilla primera copia de la escritura, acompañada de otra del acta autorizada los días 24 y 26 de diciembre de 1949, se extendió a continuación de la primera la siguiente nota: «No admitida la inscripción en el Registro Mercantil de la destitución del Gerente de la Sociedad «Claudio J. Nanssen y Compañía, S. L.» y de la rescisión parcial del contrato social, que se comprenden en la escritura precedente y en el testimonio notarial de actas que le acompaña porque no se ha seguido el procedimiento que para casos como el presente se establece específicamente en el artículo 132 del Código de

Comercio, que parece de cumplimiento inexcusable; pero aunque se declarase que dicho procedimiento puede ser sustituido por el que se consignó en los Estatutos sociales, resultará que este último no puede originar la inscripción de la destitución y rescisión parcial referidas, porque del examen de aquellos documentos, y muy especialmente del testimonio de las actas indicado, se deduce bien claramente que no se han cumplido con la debida exactitud todos y cada uno de los trámites pactados, ni consta que se haya obtenido el consentimiento del Gerente destituído. Y no siendo subsanables tales defectos, no sería admisible la anotación preventiva, aunque se solicitare.

Resultando que don José Martínez Luna, Procurador, en nombre de don Claudio Janssen Nanssen solicitó la revocación de la transcrita nota y la inscripción de la escritura, y, subsidiariamente, para el caso de desestimarse dicha petición, que se tuviera por interpuesto recurso gubernativo, y alegó que la sociedad se había constituido al modo de las personalistas; que el resultado de las Juntas generales de 14 y 17 de diciembre fué la demostración palpable de los importantes fraudes cometidos por el Gerente, sin que presentara justificantes ni reintegrase los descubiertos; que el propio interesado, en la Junta del 21 de diciembre, solicitó se le admitiera dimisión del cargo, a lo que se accedió y luego se negó a firmar el acta; que en la Junta del día 23 la mayoría, en uso de sus atribuciones conforme a los Estatutos, acordó la destitución para evitar nuevos fraudes; que se dictó auto de procedimiento el 29 de diciembre por delito comprendido en el capítulo IV del título XIII del libro II del Código Penal, confirmado por otra del 23 de enero; que, ordenado el procedimiento y prisión del Gerente, los demás socios acordaron adoptar como medida adecuada su exclusión inmediata de la Sociedad por los fraudes cometidos, aun después de haber sido depuesto del cargo de Gerente; que la prueba inequívoca de los hechos la acreditaban los referidos autos; que las dos cuestiones fundamentales base de la nota son: que el acuerdo para destituir al Gerente e inscribir la rescisión parcial ha de tramitarse conforme al procedimiento del artículo 132 del Código de Comercio, que «parece de cumplimiento inexcusable», y que aunque así no se estimara, tampoco serían inscribibles por no haber seguido los trámites estatutarios, ni obtenido el consenti-

miento del destituído ; que los dos últimos extremos son descartados porque no se determina qué trámites son los incumplidos, y si se refieren a lo establecido en la estipulación cuarta como facultad de interpelar por escrito al Gerente, se hizo por vivir fuera de Sevilla los socios ; que designado mandatario de ambos el señor Eisen, con poderes reconocidos por la Junta, dejó de tener razón lógica la exigencia de las interpelaciones por correo ; que también la misma estipulación prevé el caso de evacuar consulta los socios por escrito, para computar la mayoría ; que representados los socios, no había lugar al supuesto de que alguno no acudiese ; que los Estatutos no prohíben dicha representación ; que la Junta válidamente destituyó al Gerente, sin que los acuerdos posteriores puedan obstaculizarlo ; que es incomprendible el extremo relativo a que no consta haberse obtenido el consentimiento del destituído para la escritura de rescisión parcial, pues ni la destitución ni la exclusión lo necesitan, aquélla por haberse adoptado por mayoría y ésta por su propia naturaleza, tesis en la que abundan autorizados mercantilistas ; que la exclusión impuesta como sanción por los demás socios tiene plena efectividad aun en contra de la voluntad del excluido ; que la escritura de rescisión parcial puede otorgarse por los socios, pues el artículo 132 se refiere a un supuesto concretísimo, como reafirma la redacción dubitativa de la nota ; que la Junta que acordó la rescisión se celebró a petición del propio señor Martínez, según el citado requerimiento notarial de 23 de diciembre por el Notario de Sevilla, don Diego Soldevilla, y el acuerdo se adoptó conforme a los Estatutos ; que la teoría contractualista aplicada a la rescisión parcial y concretada en la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código civil está modificada en su rigorismo por el artículo 326 del Código de 1829, que pasó al presente ; que las causas del artículo 218 del Código se adoptaron por la Sociedad en la estipulación X, por lo que la rescisión parcial privada es inscribible ; que el artículo 132, que se refiere al Gerente, se aplica al supuesto concreto de mal uso de la firma social, y que ante la aplicación del artículo 218 basta el acuerdo de los socios, por lo que hay que determinar si el Gerente cometió una estafa contra la Empresa o usó mal de la firma, y del sumario se deduce el primer supuesto ; que el peligro que se deriva de lo dispuesto en el artículo 220 del Código de Co-

mercio, dada la lentitud del proceso judicial, sería grave si no pudiera inscribirse la rescisión privada ; que, por ello, los tratadistas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de esta Dirección General interpretaron el precepto con criterio realista estimando, que es acción similar a la del artículo 1.124 del Código civil ; que la Sentencia de 23 de abril de 1902 resuelve un caso totalmente análogo y reafirma lo expuesto, así como la Resolución de 25 de enero de 1936 y las Sentencias de 25 de marzo y 29 de noviembre de 1915 ; que el artículo 132 tampoco era aplicable por no ser ya Gerente el señor Martínez cuando se acordó la rescisión, y que el artículo 50 del Código de Comercio, en relación con el 1.281 y siguientes del civil, abonan la interpretación dada a la exigencia de interpellaciones por escrito, por prevalecer la intención de los contratantes, cuando se deduzca racional y lógicamente de los términos del contrato, en concordancia con lo declarado en varias Sentencias del Tribunal Supremo.

Resultando que el Registrador Mercantil de Sevilla acordó mantener la calificación por los siguientes fundamentos : que en relación con el caso debatido hay que tener presente el artículo 132 del Código de Comercio, específico, aplicable a los Gerentes estatutarios en el caso concreto de que hayan usado mal de la facultad privativa de administrar y usar de la firma social, perjudicando a la Sociedad, situación ante la que los socios únicamente pueden optar entre nombrar un coadministrador o rescindir el contrato mediante decisión de Juez o Tribunal competente, cuya sentencia firme podrá ser inscrita conforme al artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil ; que el artículo 170 del mismo Código, también específico, se aplica al caso de haber dejado el socio de aportar la porción de capital a que se hubiere obligado, doctrina de observancia en todas las sociedades según Sentencia de 23 de abril de 1902, y la rescisión la pueden acordar los socios privadamente ; que el artículo 218 enumera varios motivos de rescisión, la cual puede ser acordada por los socios salvo si se tratare de Gerente estatutario ; que los socios destituyeron al Gerente y rescindieron el contrato con el señor Martínez, al que imputaban haber incurrido en las causas 1, 3 y 7 del artículo 218 ; que las dos primeras se refieren al mal uso de la firma social y son idénticas a los supuestos del artículo 132, y la otra debe considerarse inoperante por

su generalidad; que ninguno de los documentos calificados expresa el número y la clase de las obligaciones incumplidas, ni el perjuicio que haya sufrido por tal motivo el capital, por lo que quedan como únicas causas las que obligan a que se cumpla el artículo 132; que es preciso determinar si el hecho de que en los Estatutos se pactara un procedimiento especial para la destitución del Gerente, el cual se quiere ampliar a la rescisión parcial, puede énervar el procedimiento judicial del artículo 132 del Código de Comercio y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de la Ley de Enjuiciamiento civil; que el artículo 307 del Código de 1829 contenía un precepto casi análogo al actual, y ambos conceden a los socios opción entre el nombramiento de un coadministrador o la rescisión, pero no la destitución del Gerente, que los comentaristas no consideran posible, pues ha de ser acordada por los Tribunales si se probare el perjuicio, para lo que se estimó debía crearse un juicio *necesariísimo* concretado en los artículos 2.162 y siguientes de la Ley procesal, que regulan la intervención judicial perentoria, en la que dictada sentencia, será inscribible conforme al artículo 137 del Reglamento; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1902 admitió la rescisión parcial privada fundada en el artículo 170 y causa del 4 del 218 y no aplicó el 132, reservado para el caso concreto de mal uso de la facultad privativa de administrar y usar de la firma social, por lo que a contrario sensu habrá que aplicar en este caso dicho artículo; que la Resolución de 25 de enero de 1936 aplicó los mismos preceptos a una rescisión de sociedad anónima; que la doctrina afirma que la designación de Gerente estatutario es pacto social y la destitución afecta a la ley constitutiva de la sociedad; que la libertad que el Código de Comercio concede a los contratantes, más que en el artículo 51, en el 121, no llega hasta contrariar preceptos que por su firmeza rechazan todo pacto contrario y llevan consigo un procedimiento judicial, como tal, de derecho público o inexorable; que los procedimientos que se sigan contra el Gerente podrán ser alegados únicamente como prueba ante la autoridad judicial; que la obligación que tiene el Registrador al calificar de incluir todos los defectos que observe, sin prohibirle que los consigne en forma alternativa, fué la causa de que se señalase el incumplimiento de los trámites pactados, aunque el informante

crea que son inaplicables al caso; que los demás documentos que se acompañan al recurso no fueron calificados; que es evidente la transgresión absoluta de los trámites pactados; y que el aforismo latino, que el recurrente recuerda, *summum jus, summa injuria*, el informante se ve obligado a oponer otro de igual procedencia: *dura lex sed lex*.

Vistos los artículos 117, 121, 132, 170, 218, 219 y 220 del Código de Comercio; 18, 75, 76, 108, 137 y 138 del Reglamento del Registro Mercantil; 2.162 de la Ley de Enjuiciamiento civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1902, 25 de marzo de 1915, 5 de julio de 1940, 5 de julio de 1941 y 18 de febrero de 1948, y las Resoluciones de este Centro directivo de 14 de julio de 1933, 25 de enero de 1936, 16 de abril de 1942, 9 de marzo y 11 de agosto de 1943, 15 de enero y 12 de diciembre de 1945, 10 de mayo de 1946, 21 de marzo de 1947, 3 de junio y 24 de diciembre de 1948 y 2 de agosto de 1950.

Interpuesto recurso, pues el Registrador no accedió a rectificar su nota; la Dirección declara, con revocación en parte de aquélla, que la escritura calificada es inscribible sólo en cuanto a la destitución del Gerente, mediante la doctrina siguiente:

Considerando que las sociedades de responsabilidad limitada incorporadas a nuestra vida jurídica por una costumbre notarial, nacida al amparo del régimen de libertad establecido en el artículo 117 del Código de Comercio, reconocidas en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, mencionadas en las Leyes fiscales y en las disposiciones que regulan la intervención estatal en las compañías mercantiles, han alcanzado un considerable número, se desenvuelven sin sujeción a preceptos especificados, en condiciones que acaso hagan necesaria una intervención legislativa, y constituyen, según reiteradamente ha declarado este Centro directivo, un tipo híbrido entre las colectivas y las anónimas con caracteres propios que las configuran especialmente e impiden adscribirlas en absoluto a ninguna de ambas clases, por lo que en las legislaciones más recientes desaparecen los límites precisos que permitían dividirlas en dos tendencias: latina y germánica, y asimilarlas en las primeras a las sociedades personalistas y en las segundas a las de capitales, si bien es innegable que la tendencia actual de nuestra doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Su-

premo, singularmente en la Sentencia citada de 5 de julio de 1941, es la de aplicar a tales sociedades, en aquella parte que afecta a las relaciones internas entre socios y en ausencia de otra regulación, ciertas normas de las colectivas.

Considerando que por las restricciones legales para la constitución de compañías anónimas, cumplen en ocasiones las sociedades de responsabilidad limitada los fines de aquéllas con menor capital, resuelven complejas situaciones hereditarias o simplemente reducen la responsabilidad que tienen los socios en las colectivas, por lo qué, a falta de reglamentación en el Derecho Mercantil español, no cabe aplicarles siempre las disposiciones que con carácter de *ius cogens* impone el Código a las colectivas y comanditarias, porque con ello desaparecería o se modificaría la nueva figura jurídica creada por las necesidades del comercio y regida por la libertad de pactos reconocida en el artículo 121 del Código, criterio con el que coincide el Derecho extranjero y las opiniones de autorizados mercantilistas, que afirman como Ley general de estas sociedades el contrato social libremente estipulado.

Considerando que la posibilidad legal de destituir al Gerente estatutario de una sociedad de responsabilidad limitada depende en nuestro Derecho de que no sea aplicable como norma imperativa el artículo 132 del Código de Comercio, y, por el contrario, proceda observar lo convenido con tal fin en el contrato; por lo tanto, carece de interés, contra lo que sostienen el recurrente y el Registrador, discutir la preferencia entre dicho artículo y el 218 del mismo Cuerpo legal, preceptos que no son antitéticos, puesto que tanto si se encajan las relaciones jurídicas que unen al Gerente con la sociedad en el contrato de arrendamiento de servicios o en el de sociedad como si se aproximan en su aspecto interno al mandato y en el externo a la figura del representante legal, no ha de descionocerse que la voluntad de los socios pueda ponerles término en los supuestos de malversación, mal uso de la firma social, desobediencia grave a las instrucciones recibidas, incumplimiento de sus deberes u otros casos de análoga trascendencia, aun en el supuesto de que el nombramiento del Gerente forme parte del acto social, si también fué prevista su remoción, porque no existe regla prohibitiva y, además, se ha de entender sin perjuicio de que el destituído, cuando estimare que lo fué sin causa legítima, puede

acudir a los Tribunales para defensa de sus derechos y reclamar la indemnización correspondiente.

Considerando que el artículo 132 del Código de Comercio, incluido en la sección segunda del título I del libro II, que lleva como epígrafe «De las compañías colectivas», prescribe una norma obligatoria para las mismas, que por las razones expuestas no debe extenderse a situaciones distintas de las peculiares que contempla, y, por ello, prevista la destitución del Gerente estatutario en las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de lo estipulado en la escritura fundacional, cuya inscripción en el Registro Mercantil goza de la protección de los Tribunales, conforme al artículo 18 del Reglamento del expresado Registro, sólo hay que dilucidar si se han cumplido los trámites señalados para llevar a cabo eficazmente la destitución, y, en el caso actual, de los respectivos antecedentes, aparecen observados, en lo esencial, dichos trámites.

Considerando que la rescisión parcial privada de una compañía, por ser acto mercantil, ha de operarse conforme al Código de Comercio y aun cuando, y como consecuencia del hecho de la intervención personal de los socios en la gestión de las compañías de responsabilidad limitada se acepte, con varios especialistas y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, aludida anteriormente, la posibilidad de excluir por vía extrajudicial a un socio de tales sociedades limitadas en virtud de algunas de las causas enumeradas en el artículo 218 y con los efectos señalados en el artículo 219 del mismo Código en el caso particular objeto de este recurso resulta inadmisible la rescisión parcial en los términos en que se ha formalizado, porque, contra toda cláusula estatutaria y todo precepto legal aplicable por analogía o por extensión, la exclusión del socio se ha realizado con declaración unilateral de perdida de su aportación social, privándole así de la cualidad jurídica de socio con su complejo de derechos y obligaciones, sin reconocer siquiera el derecho a una ulterior liquidación formal, en la que, además, se fijara de modo claro y preciso el patrimonio de la empresa, cifra de garantía para acreedores y terceros, todo lo cual contribuye a que el acto revista los caracteres de una verdadera sanción penal, la cual, en todo caso, serían los Tribunales los únicos llamados a aplicar con audiencia de todos los interesados:



Después de afirmarse por nuestro Ilustre Centro que «si bien es innegable que la tendencia actual de nuestra doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, singularmente en la Sentencia de 5 de julio de 1941, es la de aplicar a tales Sociedades (las limitadas), *en aquella parte que afecte a las relaciones internas entre socios*, y en ausencia de otra regulación, ciertas normas de las colectivas» (Considerando primero), se dice por el mismo posteriormente que dados los fines que esas Sociedades limitadas suelen cumplir, no cabe aplicarlas siempre las disposiciones que con carácter de *jus cogens* impone el Código a las Colectivas, como es la aplicación del artículo 132 del mismo (el de Comercio) para destituir a un Gerente.

¡Cómo echamos otra vez de menos la promulgación de una Ley que regule estas Sociedades Limitadas!

Porque si para las *relaciones internas entre socios* deben regirse por las normas de las Colectivas —y entendemos que una de las relaciones de más apretada ligadura entre sus componentes debe ser ésta de designación y destitución de Gerente—, ¿cómo se destiende nuestro preclaro Centro del citado artículo en el caso que motivó el recurso?

De tan extraordinaria importancia es el precepto para la doctrina mercantilista, que se llega a afirmar que la designación del Gerente, hecha en la escritura de constitución, es un pacto social que forma parte integrante de la creación de la Compañía; se considera como una de sus causas, y por ello su destitución afecta a la Ley constitutiva, o sea a los Estatutos. La posición jurídica del socio gestor nombrado estatutariamente se hace segura e irrevocable, por lo que si aquél hace mal uso de su facultad, sólo podrá removérsele en la forma establecida por el artículo 132. Llegando GAY DE MONTELIÁ a expresar, en defensa de la firmeza del pacto, que ni aún la dimisión del Gerente estatutario es *obligatoriamente admisible para los socios si no se funda en razones de gravedad o de interés personal, como serán la edad, la enfermedad, etc.*

Claro es que —como no podía menos— todo esto lo reconoce la Dirección (Considerandos segundo, tercero y cuarto) en cuanto a las Colectivas (cuyo reconocimiento es de suma validez y estimación para casos —ya nosotros hemos tenido que ver en uno— que

puédan plantearse), y pudiera ser también de aplicación para las Limitadas en razón de *esos fines* que las mismas cumplan y una acusada fisionomía *personalista* que, por ende, pueden adoptar. Así, pues, la duda puede surgir en cualquier momento y circunstancia:

Ahora bien: se dice en el penúltimo Considerando que habiéndose cumplido en lo esencial los trámites —establecidos en los Estatutos— para llevar a cabo eficazmente la destitución del Gerente, debe admitirse ésta...

Como se deduce de los antecedentes del caso y del Acuerdo del Registradory manteniendo su calificación, se interpeló al Gerente, y al no contestar satisfactoriamente el mismo se le destituyó, nombrándose nuevo Administrador, no sin afirmar previamente que con anterioridad había dimitido con carácter irrevocable.

¿Mas de dónde se desprende y cómo se prueba todo eso? De Actas Notariales, algunas de presencia, que no hacen referencia a certificación de documento social alguno que contenga la firma del Gerente, detalle de la mayor importancia, ya que se le atribuye una dimisión que, de haber sido efectuada y aceptada, hubiera hecho inútil toda actuación posterior.

Recordemos el pacto social IV —copiado al principio—, que se redactó para la destitución: interpelación al Gerente, contestación *por escrito* de éste, etc., y digamos con el Registrador qué cuánto más diáfano hubiese sido acudir a ese juicio *necesarísimo* concretado en los artículos 2.162 y siguientes de la Ley procesal, que regulan la intervención judicial perentoria, en la que, dictada sentencia, sería inscribible, conforme al artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil.

La corrección y justicia del último Considerando es notoria y patente. Pero como se hace eco el mismo de la tendencia, aceptada por los especialistas y reciente jurisprudencia del Supremo, de la posibilidad de excluir a un socio (también en estas Limitadas) por vía extrajudicial, nos vamos a permitir una ligera digresión en cuanto a la materia.

Empecemos por consignar que ya el nuevo Código italiano —de

—1942— ha establecido, en su artículo 2.287, el Procedimiento al efecto. Dice así: «Procedimiento de exclusión.» «La exclusión es acordada por la mayoría de los socios, no computándose en el número de éstos el socio que se trata de excluir, y tiene efecto transcurridos treinta días de la fecha de la comunicación al socio excluido.»

»Dentro de este plazo, el socio excluido puede hacer oposición ante el Tribunal, el cual puede suspender la ejecución.

»Si la Sociedad se compone de dos socios, la exclusión de uno de ellos es pronunciada por el Tribunal a instancia del otro.»

Como vemos, se la rodea de un mínimo de garantías.

¿Ocurre esto en nuestro ordenamiento? ¿Puede —y debe— el Registrador Mercantil comprobar los motivos del artículo 218 del Código de Comercio alegados en una Escritura de Rescisión por exclusión de un socio?

Pongamos un ejemplo. El caso de un socio encargado o jefe de oficinas o talleres, a quien se le expulse por abandono de funciones.

Según el motivo 6.<sup>º</sup> del artículo 218, habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de Compañía: «Por ausentarse un socio que estuviere obligado a prestar oficios personales en la Sociedad, si, habiendo sido requerido para regresar y cumplir con sus deberes, no lo verifique o no acredite una causa justa que temporalmente se lo impida.»

¿Se deberá acompañar a la Escritura de rescisión Acta notarial u otro medio de prueba fehaciente que acredite esa ausencia o abandono del socio que se excluye el requerimiento subsiguiente al mismo para que regrese en un plazo determinado o justifique el impedimento de su inasistencia?

Pudiera decirse que esto no es de la competencia del Registrador y es consecuencia de la aplicación de la teoría contractual o resolución del contrato (1) por incumplimiento. (Ver DALMARTELLO, *L'exclusion dei soci dalle Società commerciali*; así como, entre nuestros comentaristas a LANGLE y GARRIGUES.)

Pero, sobre no ser justo, creemos que la aportación de la prueba ante el Registrador llena en nuestro ordenamiento ese mínimo de

(1) Sinalagmático.

garantías que hemos señalado otorga al socio excluido el nuevo Código italiano.

Por excepción, y como homenaje a una vida ejemplar de labiosidad, rectitud y competencia, queremos destacar aquí el nombre del Registrador que calificó la Escritura origen del recurso: don Baldomero Muñoz de Portearroyo.

Ha poco ha sido jubilado. Con su ausencia del Escalafón pierde el Cuerpo de Registradores uno de sus más valiosos componentes. Por ello su nombre queda unido perdurablemente para cuantos nos honramos con su amistad y consejos y como ejemplo —claro espejo— a seguir por Registradores actuales y venideros.

GINÉS CÁNOVAS CÓUTIÑO  
Registrador de la Propiedad.

## ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERÓNIMO GONZALEZ Y MARTÍNEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,  
Presidente del Tribunal Supremo

*Precio de la obra: 175 pesetas*

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

*Los pedidos a la Administración de*

**REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO**

ALCALÁ, 16, 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 11 - MADRID

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## C I V I L

### SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1951.—*Derecho de traspaso.*

Si la existencia de un fondo de comercio o patrimonio mercantil es la base del derecho de traspaso y como consecuencia la desaparición de tal fondo o patrimonio, por voluntad exclusiva del comerciante, extinguiría tal derecho, en el caso presente no se han dado tales circunstancias, pues si bien en el arrendatario una vez requerido para el desalojo del local procedió a verificarlo, a liquidar sus existencias, a despedir al personal y a darse de baja en la contribución, esto no fué obra de su libre voluntad, sino que le vino impuesto por disposiciones legales que le obligaban al desalojo del establecimiento y a la cesación en el mismo de su actividad mercantil, pero esta cesación no tenía el carácter de definitiva, sino temporal y constitúa en realidad una suspensión por el tiempo que durasen las obras de derribo y reconstrucción del local, pero no privaba al arrendatario de los derechos que su carácter de tal le conferían en orden al traspaso y reocupación del local nuevo.

### SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1951.—*Arrendamiento complejo : legislación aplicable.*

A) Sobre los cuatro pisos del edificio existente se levantaron otros dos y se transformaron aquéllos adaptándolos a la proyectada explotación de un hotel de primer orden en la Ciudad Condal. La dirección de las obras correspondería al arrendatario, con fiscalización del arrendador, el cual contribuiría a la ejecución con 300.000 pesetas, siendo de parte del arrendatario la parte restante de gastos, sin derecho a reembolso ; las obras así realizadas quedarían en beneficio exclusivo del arrendador a la terminación del plazo contractual ; ante el evento de que el arrendador no aportase dicha

suma, podrían anticiparla el arrendatario con derecho en tal caso a intereses y a una garantía hipotecaria que aquél constituiría sobre el edificio mencionado; la duración del contrato sería de veintiún años, los quince primeros forzosos por ambas partes y voluntarios para el arrendatario los seis restantes; el precio convenido fué el de 70.000 pesetas anuales durante el primer período forzoso y 80.000 durante el plazo voluntario; se habría de contar con la conformidad del Banco Hipotecario, acreedor con garantía real del inmueble existente, para que el contrato pudiera ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

B) En trámite de calificación jurídica de los hechos enjuiciados se aprecia a primera vista que están dominados por la finalidad arrendaticia de cosa preexistente —el edificio antiguo— y también de cosa futura —lo antiguo transformado en edificio más amplio y apto para la instalación de un hotel de primera categoría—, y lo que principalmente importa en este litigio es precisar la especie en que la relación genérica arrendaticia está comprendida, a efectos de aplicación de la Ley especial o de la Ley común, según se trate de arrendamiento puro y simple, en el que la mera cesión de uso y pago del precio es compatible con cláusulas accesorias o secundarias que no desnaturalizan el negocio fundamental, o se trate de arrendamiento complejo, en el que con el uso y el precio se entremezclan figuras jurídicas distintas o cláusulas principales que desbordan el área de simple arrendamiento.

C) La interferencia en el negocio locativo de esta variedad de figuras jurídicas es determinante de multiplicidad de prestaciones, en especial de las derivadas del pacto referente a las obras, que indudablemente revisten carácter de fundamentales, económica y jurídicamente, en la relación global creada, puesto que la ejecución de las obras reconocidas como cuantiosas en el pleito, constituyeron la base indispensable para que la cosa arrendada pudiera prestar la utilidad propia de una industria hotelera, y como quiera que la legislación de arrendamientos urbanos no prevé estos supuestos de arrendamientos complejos, según doctrina de las Sentencias de 3 de julio de 1941, 17 de abril de 1948 y 29 de mayo de 1950 se impone la aplicación de la Ley civil o común.

**SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1951.—Resolución de contrato de compraventa con precio aplazado**

Es doctrina de ésta Sala —Sentencia de 13 de marzo de 1930— que para el logro del fin propuesto por los contratantes, en pactos como el litigioso, vienen aquéllos igualmente obligados al total cumplimiento de lo respectivamente ofrecido; y, por ello la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, porque en el artículo 1.124 del Código civil no se distingue entre inejecución total o parcial, máxime tratándose de un contrato de compraventa en que la principal, y más útil

prestación para el vendedor, consiste en obtener el precio convenido por las cosas de cuyo dominio se desprende desde que la venta se perfecciona.

Declarado como está por el Tribunal de instancia, con el asentimiento del recurrente, que éste no cumplió, a su tiempo, con la obligación de pagar el precio aplazado de la compraventa, por causa a él sólo imputable, y que posteriormente fué requerido, por acta notarial, para que se allanase a resolver la obligación, es obvio que el vendedor pudo pedir la resolución y que ésta debía prosperar, no obstante haber instado el abono de los intereses pactados por el aplazamiento del precio y percibidos aquéllos, por que si, como declara la Sentencia de 7 de julio de 1911, la compraventa continúa en vigor, y viva la facultad del vendedor para resolverla, aun en el supuesto de haber recibido cantidades a cuenta del precio, después de transcurrido el término para el pago, mientras no se le abone la totalidad de aquél y sin necesidad de guardar otro requisito que él de hacer el requerimiento, es visto que no cabe entender, cual pretende el recurrente, que la circunstancia de haber cobrado los intereses contractuales, nacidos del aplazamiento del importe de la compraventa, y por ende, de una relación accesoria del crédito principal, puede estimarse como expresión de la voluntad del vendedor de exigir el cumplimiento del contrato, excluyente del ejercicio de la acción de resolución.

**SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1951.—Relación jurídica mixta de arrendamiento de industria y de local de negocio: legislación aplicable.**

En presencia de una relación jurídica mixta de arrendamiento de industria y de local de negocio, sujetos a distintas normas legales, es preciso mantener la integridad del contrato, tal como lo idearon los interesados en él, aplicando al conjunto indivisible la legislación que corresponda al elemento objetivo predominante, según criterio sustentado en la Sentencia de 18 de abril de 1950, y si en esta orientación técnica acaso no fuera aventurado afirmar que, económica y jurídicamente ofrece mayor relieve la industria de molienda de maíz, que el local cedido para la fábrica de harinas, propiedad del arrendatario, siempre resultará que a falta de datos concretos de este proceso sobre valoración de dichos elementos objetivos, la pugna de normas legales comunes y esenciales en un negocio jurídico indivisible llevaría, conforme a jurisprudencia de esta Sala, a la aplicación de la legislación civil común, por su cualidad normativa genérica atrayente.

**P R O C E S A L C I V I L**

**SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1951.—Recursos.**

Contra resoluciones incidentales dictadas en la segunda instancia, susceptibles del recurso de súplica ante la misma Sala, se puede recurrir en casación contra el auto que resuelva la súplica, pero no contra el auto suplicado.

SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1951.—*Legitimación para la acción de desahucio*

A) La índole y finalidad, marcadamente posesorias, de la acción de desahucio de una finca por título que le dé derecho a sus disfrutes para recobrarla de quien sin este derecho la retenga, imponen la concurrencia en su ejercicio de las legitimaciones activa y pasiva que precisa la Ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 1.564, y, 1.565.

B) La posesión, que, según el primero de estos artículos, legitima para promover el juicio de la clase indicada, no se tiene, ni, por consiguiente, puede ser invocada para accionar en él, mientras que del inmueble a que se refiere la demanda no se haya posesionado el actor con actos materiales o simbólicos o mediante las formalidades que por disposición legal a ello equivalgan.

C) Fundada la Sala sentenciadora de instancia su apreciación de que el Ayuntamiento de Vigo era poseedor real de los bienes objeto de su demanda de desahucio mediante la formalización del acto de transmisión de su dominio y consentimiento del demandado al acuerdo de entrega de los mismos, hechos constar en acta a efectos del expediente de expropiación forzosa, equivalente a la escritura pública a que se refiere el artículo 1.562 del Código civil; pero este documento, que no es más que un acta extendida, sin asistencia del demandado, para dar cumplimiento en el expediente aludido a lo que ordena el artículo 112 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924, no acredita la posesión o entrega del inmueble, sino lo que, según el claro sentido de aquel precepto, había de proceder a su ocupación, previo consentimiento del interesado y pago de la valoración, por lo que sólo cuando la finca fuera ocupada, extremo acreditable por un acta de posesión, a la que hace indudable referencia el artículo 124 del mencionado Reglamento, cabría entender transmitido el dominio de lo expropiado y estimarse tal acta posesoria como documento auténtico para la inscripción en el Registro de la Propiedad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de la Ley Hipotecaria con vigencia anterior al actual y por el artículo 32 de ésta, y para que pudiera presumirse que el Ayuntamiento expropiante, que no ocupó materialmente la finca, era su poseedor real.

LA REDACCIÓN.

## Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 28 de febrero de 1950.*

SIENTA ESTA RESOLUCIÓN EL CRITERIO DE QUE EN EL CASO DE QUE SE OBTENGA PRÓRROGA PARA LA PRESENTACIÓN DE UNA HERENCIA A LIQUIDACIÓN, Y DE QUE SE CONCEDA, DURANTE LA VIGENCIA DE ESA PRÓRROGA UNA MORATORIA, ÉSTA NO APROVECHA AL CONTRIBUYENTE SI LA PRESENTACIÓN ESTÁ FUERA DEL PLAZO DE LA PRÓRROGA, AUNQUE ESTÉ DENTRO DEL DE LA MORATORIA

*Antecedentes:* Se reducen a que, fallecido el causante el 17 de enero de 1944, sus herederos solicitaron y obtuvieron prórroga ordinaria para presentar la herencia a liquidación; de modo que, según se ve, el plazo ordinario de seis meses habría de terminar el 17 de julio, y el prorrogado de los otros seis meses, el día 17 de enero de 1945.

Así las cosas, se publica el día 31 de diciembre de 1944 la Ley de Presupuestos para 1945, y en ella se concede, en su artículo 12, una moratoria hasta el día 31 de enero de ese segundo año, diciendo que quedan relevados de toda responsabilidad los contribuyentes «que a partir de la publicación de la presente Ley y hasta el 31 de enero próximo inclusive, declaren ante las oficinas competentes, no habiéndolo hecho dentro de los plazos reglamentarios, las verdaderas bases impositivas de su riqueza...».

Los interesados en la aludida herencia no la presentaron a liquidación dentro del plazo prorrogado, o sea, antes del 17 de enero de 1945, sino unos días después, el 25 de ese mes, y la Oficina liquidadora no tuvo en cuenta la indicada moratoria y liquidó con multa y demora.

Contra esa liquidación de multa y demora se alzaron los contribuyentes, sosteniendo que la moratoria fiscal les amparaba y les relevaba de tales sanciones, ya que aunque el documento había sido presentado después de agotado el plazo de prórroga, lo había sido, en cambio, antes del 31 de enero de 1945, en que terminaba el dicho beneficio fiscal.

Tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron el recurso por los mismos razonamientos, diciendo el segundo que «como en la fecha de la publicación de dicha Ley —la de moratoria mencionada— la herencia en cuestión no se hallaba incursa en multa, puesto que a virtud de la prórroga obtenida, el plazo de presentación de documentos no estaba vencido, es visto que no podían alcanzar a la expresada herencia los efectos de la moratoria del artículo 12 de la citada Ley de 30 de diciembre de 1944».

*Comentarios:* Del contenido literal del razonamiento del Tribunal, que acabamos de transcribir, claramente se deduce que la única razón por la que la reclamación se desestima es la de que el beneficio de la moratoria únicamente se concede a las herencias o documentos ya incursos en multa en el momento de publicarse la repetida Ley de Presupuestos, o sea, a aquellos cuyo plazo de presentación estaba en ese momento vencido, circunstancia ésta, dice el Tribunal, que no se da en el caso propuesto, como consecuencia de la prórroga obtenida por los recurrentes y en vigor el día 17 de enero del mencionado año de 1945.

Con la violencia que nos produce disentir de las opiniones, siempre meditadas y siempre autorizadas en grado superlativo del Tribunal Central, no podemos, dadas las circunstancias concretas del caso que nos ocupa, prestar a la expuesta nuestro modesto asentimiento pleno, sin oponerle algunos reparos.

Nos parece, en primer lugar, que el transcripto texto del artículo concediendo la moratoria fiscal no dice, de una manera categórica, que el perdón se concede a los contribuyentes que están incursos en multa el día de la publicación de la Ley, esto es, el día 31 de di-

ciembre de 1944. Si ese fuese el texto del artículo, o, siquiera, su indudable sentido, nada habría que objetar. Mas es lo cierto que uno y otro no parece que admitan tal interpretación.

La letra es que «los contribuyentes que a partir de la publicación de la presente Ley y hasta el 31 de enero próximo declaren, no habiéndolo hecho durante los plazos reglamentarios, las verdaderas bases contributivas de su riqueza o conceptos tributarios..., quedrán relevados de toda responsabilidad».

Es decir, que el artículo gira en función de dos fechas, una inicial —la de publicación de la Ley en 31 de diciembre de 1944— y otra terminal —la de 31 de enero de 1945—; pero no para fijar la primera como tope a los actos o contratos a los que el beneficio tributario ha de aplicarse, y la segunda como tope también en cuanto al tiempo en que el contribuyente puede hacer uso de ese beneficio, exclusivamente en cuanto a tales actos y contratos, sino que el sentido llano del texto es que la fecha de partida y la de término sirven para que en el lapso de tiempo encerrado entre ambas puedan los contribuyentes morosos hacer las declaraciones tributarias no hechas dentro de los plazos reglamentarios, sin sanción de penalidad y demora, sea que el plazo estuviere vencido en 31 de diciembre, sea que venza antes del 31 de enero.

La interpretación contraria requeriría que el mismo texto legal dijera categóricamente que se refería a los contratos y actos cuyo plazo de presentación estuviese caducado el 31 de diciembre.

No se nos oculta que frente a esto se puede argumentar que las leyes de condonación o de perdón han de referirse, en virtud de su propia naturaleza, a hechos pasados, puesto que claro es que no se ve fácilmente cómo se puede perdonar la falta o la extralimitación no cometida y de hecho las leyes no indultan, amnistían o perdonan más que en relación con actividades u omisiones anteriores a su vigencia; pero no es menos claro que el texto aludido y literalmente transcrita da un plazo hasta el 31 de enero a los contribuyentes que oportunamente no hubieren presentado sus declaraciones, y por lo tanto no se puede decir con rigor lógico que perdona faltas u omisiones no cometidas antes de estar en vigor o realizadas con posterioridad.

Por otra parte, dicha interpretación rigurosa conduce a otra dureza, cual es la de que condonen las sanciones al contribuyente que

puede estar varios años esperando la prescripción, y no se condonen las de otro que ha incurrido en la morosidad de unos días —de ocho en el caso actual—, y ello con la agravante de estar vigente el plazo de moratoria.

Finalmente, hay en el caso propuesto otra circunstancia que abona la amplia interpretación en la materia, y es esta: los recurrentes pidieron y obtuvieron prórroga que expiró el 17 de enero de 1945 y la rebasaron en ocho días, puesto que no hicieron la presentación del documento hasta el siguiente día 25; y de ello resulta que, vigente la moratoria, es tratado con más dureza fiscal el que procuró ponerse al amparo de la Ley que el que con intención o sin ella se cruzó de brazos, siquiera ambos acudiesen a acogerse a la moratoria.

Como último argumento valedero, puede esgrimirse el que nace precisamente del hecho de no haber sido aprovechado el beneficio de la prórroga concedida, o sea, el haber caducado ésta; supuesto tal hecho, la prórroga concedida a los herederos del causante quedó nula e inexistente de derecho como si nunca hubiera sido concedida; y su ineficacia se retrotrae al 17 de junio de 1944, día en que terminó el plazo ordinario de seis meses para la presentación de la herencia a liquidación. Por consiguiente, al ser presentada la herencia el 25 de enero estaba fuera de plazo desde el 17 de julio, y por ser ello así le era aplicable el beneficio de la moratoria fiscal aludida, puesto que fué presentada antes del 31 de enero y no había sido presentada durante el plazo reglamentario.

Esto quiere decir que aunque admitamos en toda su amplitud el argumento de la Resolución de que nos ocupamos, en cuanto a que la herencia estaba en 1.<sup>º</sup> de enero dentro de plazo en virtud de la prórroga concedida hasta el día 17, o sea; que el plazo de presentación no estaba vencido, y que por consiguiente la moratoria no podía aplicársele también es forzoso admitir que a partir de ese día 17 la herencia estaba automáticamente, por caducidad legal del plazo, fuera del mismo desde el día 17 de julio anterior; y por lo tanto dentro de la letra y del espíritu de la repetida Ley moratoria.

Según este razonamiento en los casos como el analizado, aunque se admite de lleno la tesis de que la moratoria no actúa más que con relación a actos y documentos cuyo plazo de presentación esté vencido a la fecha de la publicación de la Ley que la concede, es necesario separar los dos lapsos de tiempo antes aludidos y reconocer

que la prórroga caducada dentro del mes de vigencia de la Ley de moratoria hace que ésta sea aplicable al acto de que se trate, porque la caducidad implica necesariamente el vencimiento del plazo de presentación con anterioridad a dicha vigencia.

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 7 de marzo de 1950.*

LOS APARTADOS 1) Y 2) DEL ART. 71 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO REGULAN LA BASE LIQUIDABLE ÚNICAMENTE EN RELACIÓN CON LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DE OBRAS, Y LOS DEMÁS APARTADOS LA DE LAS CONCESIONES A QUE ESPECÍFICAMENTE SE REFIEREN, Y POR LO TANTO AQUELLOS DOS APARTADOS NO SON APLICABLES A LAS CONCESIONES SOBRE APROVECHAMIENTOS DE LA ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE, EN LAS QUE SE REGULA DICHA BASE POR LAS NORMAS DEL APARTADO 7) DEL MISMO ARTÍCULO.

LAS CONCESIONES A TÍTULO PRECARIO Y PLAZO INDETERMINADO Y SOMETIDAS A EFECTOS RESOLUTORIOS, TIENEN EL CARÁCTER DE NO REVERTIBLES, SIN PERJUICIO DE LA APLICACIÓN, EN SU CASO, DEL ARTÍCULO 58 DEL REGLAMENTO.

*Antecedentes:* Se otorgó una concesión en la zona marítimo-terrestre de la ría de Vigo, destinada a la construcción de embarcaciones, con arreglo al proyecto aprobado oficialmente, a título precario y sin plazo limitado, todo con sujeción a la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, con un canon de 0,50 pesetas metro cuadrado y año y con determinación concreta del terreno ocupado.

La Oficina liquidadora requirió al concesionario para que presentase el documento de la concesión y el presupuesto oficial de las obras ; y, efectivamente, fué presentado el primero, pero no el presupuesto, por entender que no afectaba a la base liquidable.

Ante la negativa, la Oficina liquidadora lo reclamó de la Jefatura de O. P., y sobre el importe del presupuesto giró la liquidación por «concesiones administrativas» al 1,50 por 100, como concesión irreversible.

Contra ella recurrió el concesionario, alegando la errónea aplica-

ción del artículo 71 del Reglamento, puesto que éste acude al importe del presupuesto para fijar la base liquidable; pero ello lo hace con referencia a las concesiones de obras y servicios, no a las que se originan con arreglo a las Leyes de Puertos y Aguas en relación con la zona marítimo-terrestre, para las cuales da una norma específica el apartado 7) del mismo artículo, diciendo que en ellas se tomará como base de liquidación el valor de los terrenos que se ocupen, si es conocido, en otro caso la capitalización del canon al 3 por 100, y en último término el resultante de tasación pericial.

Otra alegación contra la liquidación fué la de que el tipo de liquidación aplicable era el del 0,75 por 100 y no el de 1,50 aplicado por el liquidador, porque otorgada la concesión a precario no puede gravarse como perpetua e irreversible.

El recurso fué desestimado en primera instancia en méritos de los siguientes razonamientos: en primer lugar, porque el artículo 71 del Reglamento establece, en su apartado 1), una norma general de valoración que ha de aplicarse con preferencia a las específicas que los demás apartados fijan; y en segundo lugar, porque el apartado 7) del mismo artículo que se cita no se extiende a todas las concesiones que se otorguen con arreglo a la Ley de Puertos, sino a las que quepan dentro del concepto restringido de concesiones de aprovechamientos, según el artículo 36 de la misma Ley, que no requieran la construcción de obras, ya que las que la exigen tienen la consideración de concesiones de obras. Y por lo que respecta a la temporalidad de la concesión, es de tener en cuenta que aunque es a título precario, lo es por tiempo ilimitado, que es a lo que hay que atender para estimarla como no revertible.

Habiéndose alzado el concesionario ante el Tribunal Central, éste revocó el acuerdo del inferior, y dijo que el contenido de los apartados 1) y 2) del artículo 71 se refiere a las concesiones de obras, y el de los restantes apartados a otras concesiones, y no como el Tribunal provincial dijo, que aquellos apartados dan una norma general de aplicación preferente y los restantes regulan excepciones con carácter supletorio; de manera que, a los efectos del artículo, en el concepto de obras sólo están comprendidas las de ferrocarriles, canales, pantanos y demás análogas, y no las que sean necesarias para poner en condiciones de aprovechamiento las concesiones de la zona marítimo-terrestre.

Por otra parte, el citado apartado 7) al hablar de concesiones para servicios y aprovechamientos de zona marítimo-terrestre o en las márgenes de los ríos y fijar las bases de liquidación en cuanto a ellas, hay que relacionarlo con el apartado 3) del artículo 37 del mismo Reglamento, y según él se consideran concesiones administrativas, a los efectos del Impuesto, las autorizaciones concedidas con arreglo a la Ley de Puertos para establecimiento de muelles, astilleros, embarcaderos, etc., y en general otros servicios y aprovechamientos en la zona marítimo-terrestre, o sea, que dentro del concepto genérico de servicios y aprovechamientos en dicha zona se comprenden los mencionados, y ellos exigen por su naturaleza la ejecución de determinadas obras.

Eso supuesto, y supuesto asimismo que la concesión disputada hace referencia a la ocupación de terrenos con destino a los expresados servicios o aprovechamientos, siquiera, además, con obligación ineludible de ejecutar determinadas obras necesarias para disfrutar eficazmente de la concesión, ello no supone que tales obras y su regulación desnaturalicen aquella concesión y hagan que cambie de especie y debe ser calificada y liquidada separadamente como obras a los efectos del Impuesto.

El argumento lo refuerza la Resolución con apoyo en los apartados 4) y 5) del artículo 37 del Reglamento, al decir que tributarán en la misma forma que los actos de traspaso de las concesiones la transmisión de las obras en ejecución o ya realizadas para tales concesiones, siempre que tiendan de una manera directa a poner la concesión en condiciones de aprovechamiento, pero no las industrias creadas como consecuencia de la misma, lo cual significa, añade, que las obras necesarias para la concesión son parte integrante de la misma, y no la explotación industrial que como consecuencia pueda desarrollarse posteriormente, la cual no es conocida al tiempo de la concesión.

Por lo que hace al tipo de liquidación aplicable, o sea, si la concesión es o no revertible al Estado, dice el Tribunal que su otorgamiento a título precario y con sujeción a los efectos anulatorios del artículo 47 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, no le confiere naturaleza revertible, porque además de tratarse de circunstancias de carácter absolutamente indeterminado, no puede afirmarse que transcurrido un cierto plazo haya de caducar, sino que,

por el contrario; se otorga por un plazo ilimitado, sin perjuicio de que tal concesión queda sujeta a unos determinados efectos resolutivos, los cuales una vez producidos podrán dar derecho al contribuyente a las devoluciones a que se refiere el artículo 58 del Reglamento.

*Comentarios:* La conclusión de cuanto queda expuesto es que las concesiones referentes a la zona marítimo-terrestre no pierden ese carácter para ser consideradas como de obras, por el simple motivo de que éstas se realicen con el fin de utilizar y desenvolver aquellas concesiones, y que las normas que les son aplicables están contenidas en el apartado 7) del artículo 71; y que el hecho de que la concesión sea reconocida a título precario y con ciertos efectos anulátórios, no cambia la naturaleza de la misma haciéndola o convirtiéndola en temporal y no perpetua.

Esto último significa que el Tribunal pasa del concepto o término indefinido, al perpetuo, lo cual, ciertamente, no deja de rozar los conceptos de perpetuidad y revertibilidad que nos da el artículo 37 del Reglamento, cuando dice que las no revertibles son las perpetuas, y que son temporales las que expirado el plazo de concesión revierten a la entidad que las otorgó.

El Tribunal reitera la misma doctrina en tres Resoluciones de fecha 28 del mismo mes de marzo de 1950.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1950.*

EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LIQUIDAR EL IMPUESTO POR CANCELACIÓN DE HIPOTECA NO EMPIEZA A CORRER HASTA QUE SE OTORGUE EL DOCUMENTO O ESCRITURA EN QUE LA CANCELACIÓN SE HAGA, INCLUSO EN EL CASO DE QUE LA ACCIÓN HIPOTECARIA HAYA PRESCRITO Y DE QUE A PARTIR DE LA FECHA DE EXTINCIÓN DE ESA ACCIÓN HAYA TRANSCURRIDO EL PLAZO QUE EL REGLAMENTO SEÑALA PARA QUE PRESCRIBA EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LIQUIDAR EL IMPUESTO.

*Antecedentes.* Se trataba de una hipoteca constituida en 1863 en garantía de unas obligaciones amortizables.

Extinguido el plazo de amortización y transcurrido además el

de veinte años de vigencia de la acción hipotecaria, entendieron los interesados que estaba también prescrita la acción para exigir el Impuesto por el transcurso de más de los quince años determinados al efecto por el Reglamento procedente al actual, desde la extinción de la acción hipotecaria.

La hipotecaria fué cancelada por prescripción de la acción en Sentencia de 14 de enero de 1944, y en 21 de junio de 1945 se libró exhorto para que se procediera en ejecución de dicha Sentencia a la cancelación ordenada, siendo ese documento el que sirvió de base a la Oficina liquidadora para girar el Impuesto.

La Sentencia sienta como primera premisa que «las inscripciones no se extinguén en cuanto a tercero por su cancelación o por la transferencia del dominio real, y las hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por providencia ejecutoria o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción»; de donde deduce que la prescripción de la acción hipotecaria por el mero transcurso de los veinte años que marcan el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria no es por sí sola bastante para cancelar la inscripción sin consentimiento del acreedor o providencia judicial.

A esto añade, como segunda premisa, que el artículo 143 del Reglamento vigente para el caso —el de 1941— disponía que el plazo de quince años para el derecho a exigir el Impuesto prescriba arranca del otorgamiento del documento o de la existencia del acto, según que sea necesario el primero o baste la existencia del acto, para que la liquidación se practique; y ante esa alternativa, sigue diciendo el considerando, la Oficina liquidadora ha de atenerse en este caso a la resolución judicial que declare la extinción del derecho real, por no ser de su incumbencia apreciar cuándo se ha causado la prescripción.

De ambas premisas deduce, en definitiva, que era indispensable la existencia del documento para liquidar, y que la acción correspondiente estaba viva en la fecha de 21 de junio de 1945, en que fué librado el exhorto, para que se procediera a la cancelación ordenada en la Sentencia.

*Comentarios:* La doctrina sentada en la Sentencia es perfectamente ortodoxa y lógica, dadas las normas fundamentales en que

la exacción del Impuesto descansa, y además no hace sino reiterar el criterio repetidamente sentado por el mismo Tribunal Supremo y por el Económico-Administrativo Central en Sentencia del 14 de marzo de 1934 y 7 de julio de 1941, y Resoluciones del segundo de fechas 31 de enero de 1933, 9 de junio de 1939 y 9 de abril de 1946.

Fuera de eso, para nosotros la cuestión no ofrece la menor duda. Enlazando el texto del artículo 143 con el sentido de los artículos 44 y 38 del Reglamento, se ve qué el primero, en su apartado 1), dice qué los diez años —quince en el anterior Reglamento— para la prescripción, se cuentan desde «el otorgamiento del documento o la existencia del acto, según que sea necesario el primero o baste la existencia de segundo para que la liquidación se practique»; y como la liquidación de los actos inter vivos requiere *en todo caso* que consten por escrito a tenor de dichos artículos 42 y 48 a diferencia de los mortis causa, y el acto de que se trata es de los primeros, claro es que la prescripción en cuanto a él no empezó a correr hasta que la Sentencia, declarando la prescripción y acordando la cancelación, fué firme, y que no pudo empezar a correr automáticamente al terminar los veinte años que la ley señala para la prescripción de la acción hipotecaria, como pretendían los recurrentes.

JOSÉ M. RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Abogado del E. y del I. C. de Madrid.

## VARIA

HANS DÖLLE, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille, étude de politique législative comparée* (tirada aparte de la «*Revue Internationale de Droit Comparé*», continuación del «*Bulletin de la Société de Législation Comparée*», 1950, número 2, pág. 26).

El director del antiguo *Kaiser Wilhelm Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (actualmente *Max Planck-Institut*) da, en primer lugar, una breve ojeada de conjunto sobre la equiparación jurídica del hombre y de la mujer en la Unión Soviética, en la República Oriental Alemana, en la República Federal Alemana y en Francia. En cuanto a la República Federal Alemana, el artículo 3.<sup>º</sup> de la Constitución de Bonn proclama la igualdad jurídica de hombre y mujer; pero el artículo 117, inciso 1, declara que el Derecho vigente contrario a este principio sigue en vigor hasta su sustitución por Derecho adaptado al nuevo principio; no obstante, el Derecho contrario caduca lo más tarde el 31 de marzo de 1953. En segundo lugar, DÖLLE somete el Derecho de familia vigente en Alemania a un examen desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio constitucional de la igualdad. En este orden de ideas, el autor investiga también si las normas indirectas alemanas, en cuanto emplean como punto de conexión la nacionalidad del marido, han de ser sustituidas por otras que declaran aplicables acumulativamente los Derechos nacionales de ambos cónyuges. DÖLLE niega acertadamente esta errónea consecuencia del principio de la igualdad.

ERNEST MEZGER, *Zur Auslegung des Art. 6 der Verordnung Nr. 120 über die Rückerstattung in der französischen Zone* (Contribución a la interpretación del artículo 6.<sup>o</sup> del Decreto número 120, referente a la restitución de bienes expoliados en la Zona francesa de Alemania), en (*Archiv. für die Civilistische Praxis*, tomo 151, cuaderno 2, 1950, ps. 150 a 166).

MEZGER trata en este erudito artículo de orillar las ingentes dificultades provocadas por el artículo 6.<sup>o</sup> del Decreto número 120, que declara aplicable a la relación entre acreedor y deudor de la restitución, las reglas sobre la *negotiorum gestio*. El pensamiento de MEZGER se desenvuelve al hilo de una polémica contra el comentarista del Decreto Rotberg, *Die Rückerstattung entzogener Vermögensgegenstände nach der V. O. Nr. 120 d. frz. Mil. Reg.* v. 10. XI. 1947. (1949).