

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 963.—1958.

Año XXXV

Septiembre-Octubre 1959

Núms. 376-377

Los fideicomisos en el proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña

(Conclusión.)

IV

EFFECTOS.

El fideicomiso comporta dos delaciones: la primera a favor del fiduciario, y se produce al fallecer el fideicomitente; la segunda tiene lugar a favor del fideicomisario cuando llega el día, si la sustitución es a término o se cumple la condición cuando el fideicomiso es condicional. En el fideicomiso puro, dado su carácter, ya no se habla de delación, sino de simple transmisión, y según el artículo 399 del proyecto, ésta ha de tener lugar, si el testador no ha establecido plazo, dentro de un año desde que el fiduciario fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario.

1

PRIMERA DELACIÓN.

Al fallecer el fideicomitente, aceptando el fiduciario la herencia, se inicia la vida normal del fideicomiso. Si el fiduciario dejare transcurrir nueve días sin aceptar ni repudiar, podrá el fideicomisario obtener, del Juez que señale, un plazo para que manifieste si acepta o repudia la herencia transcurrido el cual, sin que el heredero haya aceptado o solicitado término para deliberar, se considerará que la repudia (art. 496 del proyecto).

Trátase de esta repudiación tácita o de la expresa, si hay designado sustituto vulgar, éste ocupará el lugar del fiduciario. A falta de sustituto vulgar, el fideicomisario pasará a ser fiduciario si existe fideicomisario posterior, y en defecto de éste, será heredero libre.

Esto es lo que dispone el artículo 364 del proyecto de Compilación. Ya expusimos antes nuestro juicio sobre esta solución, que no creemos acertada. Tampoco creemos afortunada la redacción del artículo. Al decir que cuando el fiduciario llamado no llegue a ser heredero o legatario, operará en primer término la sustitución vulgar, parece olvidar que, además del sustituto vulgar que haya designado el testador, hay otro sustituto vulgar tácito, que es el mismo fideicomisario según el artículo 326. Es inexacto, pues, decir que operará en primer término la sustitución vulgar, y *a falta de ésta*, el fideicomisario pasará a ser fiduciario o heredero libre en su caso. Lo que debería decir el texto es que a falta de sustitución vulgar expresa operará la tácita implícita en el fideicomiso y el fideicomisario ocupará el lugar del fiduciario que no ha llegado a ser heredero, como sustituto vulgar de éste. Porque, no siendo así, el fideicomiso perdería su característica más acusada, cual es la de ser una sustitución refleja. Sabido es que la sustitución fideicomisaria requiere un heredero anterior, del cual el fideicomisario adquiere la herencia. En Derecho romano, si el fiduciario premoria al testador, podían restituir la herencia los herederos de aquél (D. XXXVI, I, 40-1.º); igualmente, sobreviviendo el fiduciario al fideicomitente, si moría sin aceptar, podía su sucesor restituir el

fideicomiso (D. XXIX, I, 13-4.º). Pero esto tampoco sería posible, según el proyecto, ya que el último inciso del párrafo copiado dice que «no tendrá lugar en este caso el derecho de transmisión a que se refiere el artículo 497». Según este artículo (párrafo 1.º), «fallecido el heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder en ella, mediante su aceptación y el de repudiarla, se transmitirá siempre a sus herederos». De donde hemos de concluir que, cuando el fiduciario llamado no llegue a ser heredero sin que tenga sustituto vulgar expresamente designado, el fideicomisario pasará a ser fiduciario o heredero libre en su caso, no a falta de sustitución vulgar, como dice el artículo 364, sino como sustituto vulgar precisamente.

Veamos ahora los efectos del fideicomiso en esta primera declaración.

A) *Obligaciones del fiduciario.*

a) *Inventario.*—El primer acto del fiduciario, después de la aceptación de la herencia, es la formación del inventario. El inventario sirve a tres finalidades: la de fijar las responsabilidades del heredero cuando no haya aceptado la herencia pura y simplemente o ser trámite previo para deliberar sobre la forma de aceptación; la de determinar de modo fehaciente los bienes y derechos que integran la herencia fideicomitida a los efectos de su restitución, y la de hacer igual determinación a los efectos de la deducción de la cuarta trebeliánica. Conforme al artículo 366, la formación de inventario es obligación del fiduciario, y si no la cumple, puede ser compelido a ello por cualquier fideicomisario o su curador.

b) *Aseguramiento.*—Debiendo pasar los bienes al fideicomisario en el tiempo prevenido o al cumplirse la condición impuesta, se comprende que la ley tome las prevenciones necesarias para evitar que la conducta del fiduciario pueda impedirlo. Las leyes romanas ya impusieron al fiduciario la obligación de asegurar la restitución de los bienes al fideicomisario (C. VI, LIV, 1.ª, 4.ª y 6.ª y D. II, VIII, 12); pero estas leyes se limitaron a garantizar la res-

titución, pero no el afianzamiento de los perjuicios que pudieran ocasionarse a los fideicomisarios por no conservarlos en buen estado. A pesar de estos precedentes legales, en Cataluña se ha hecho poco uso del afianzamiento. «Aunque prescrita por el Derecho romano—dice Durán y Bas—, está poco en uso en Cataluña la prestación de la caución que establecen el Digesto y el Código para asegurar la restitución de los bienes a los fideicomisarios, si estos la exigen» (*Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, pág. 263). Y Saguer afirma que en ningún testamento ni en ninguna escritura de capítulos matrimoniales vió jamás consignada la relevación de fianza para el fiduciario, al revés de lo que ocurre con el usufructuario. «Más, mucho más motivo tendrían los testadores de dispensar de la obligación de afianzar al fiduciario que no al usufructuario, y, sin embargo, en gran manera se preocupan de relevar a éste de tal obligación, y no a aquél. Ello evidencia, pues—añade dicho autor—, que ni recuerdo quedaba entre el pueblo y entre curiales, de la obligación prescrita en las leyes romanas con respecto al fiduciario» (ob. cit., cap. VIII, párrafo 35).

El proyecto establece el derecho de todo fideicomisario a exigir del fiduciario, si el testador no le ha relevado de ello, que preste fianza bastante, no sólo para garantizar la resitución de los bienes muebles susceptibles de desaparición o enajenación, sino también en seguridad de la indemnización que al cesar en el fideicomiso deba abonar al fideicomisario por los perjuicios derivados de su conducta y que entrañen disipación o grave daño para los bienes del fideicomiso no cubiertos por la fianza o depósito constituidos. De la obligación de afianzar la restitución se exceptúa, si el testador no dispone otra cosa, el fiduciario cuyos fideicomisarios inmediatos sean sus hijos, en tanto no contraiga nuevas nupcias, así como el fiduciario gravado a favor de sus hermanos, si no dejare hijos (art. 367).

A los efectos del afianzamiento distingue el proyecto cuatro clases de bienes: 1.º), valores mobiliarios, sean nominativos o al portador. Estos valores se depositarán sin demora en la Caja General de Depósitos, Banco de España u otro establecimiento bancario o de ahorro, haciendo constar en el resguardo su condición de fideicomitidos. Y si éstos u otros establecimientos tuvieran va-

lores mobiliarios en depósito a nombre del testador, comprendidos en el fideicomiso, no podrán entregarlos al fiduciario, salvo en los casos y con los requisitos en que pueda disponer de ellos (art. 368); 2.º) dinero sobrante relicto o que se obtenga después. Debe invertirse en préstamos con interés y garantía real o en bienes prudentialmente seguros, que de ser valores mobiliarios se depositarán en la forma antes establecida (id.); 3.º) muebles susceptibles de desaparición o enajenación. En rigor, son los únicos bienes sujetos a fianza. Esta podrá ser hipotecaria o pignoratícia, y de no ser posible, podrá ser personal. En defecto de ésta, el fiduciario prestará caución juratoria, pero se procederá al depósito de los bienes muebles que debía afianzar el fiduciario excepto en su caso, los que sean necesarios para su uso y el de su familia, o para la explotación de los bienes del fideicomiso o desempeño de la profesión u oficio que ejerza el fiduciario. La no prestación de fianza nunca dará lugar a que el fideicomiso se ponga en administración. A falta de acuerdo sobre la prestación y cuantía de la fianza, el fideicomisario, o el curador, podrán utilizar el procedimiento que establece el artículo 165 de la Ley Hipotecaria (art. 367). Se añade, pues, una hipoteca legal a las enumeradas en el artículo 168 de la Ley Hipotecaria; 4.º) inmuebles. La seguridad o garantía de su restitución se encuentra en la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad. Para que así sea, el artículo 368 del proyecto dispone que el fiduciario está obligado a la inscripción de dichos bienes. En esta inscripción se transcribirá la cláusula o cláusulas en que se disponga el gravamen fideicomisario, quedando con ello registrado el derecho que este gravamen atribuye al mismo. Así lo establece el párrafo primero del artículo 414 del proyecto, que dice: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de los fideicomisos puros y de sustitución sobre bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios comprendidos en la herencia o legado fideicomitidos, se practicará mediante que en el asiento del título de herencia o legado a favor del fiduciario, se transcriba la cláusula o cláusulas en las que se disponga el gravamen fideicomisario quedando con ello registrado el derecho que este gravamen atribuye al mismo...»

A nuestro juicio, el párrafo transcrito implica una modificación de las normas hipotecarias en vigor. El artículo 84 del Reglamento

Hipotecario dispone que «en los fideicomisos, el fiduciario y los fideicomisarios, si fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de sus respectivos derechos». En muchos casos el fideicomisario es conocido. En el fideicomiso puro lo será siempre que no se ordene a favor de un no nacido o no concebido. Estando, pues, ordenado este fideicomiso a favor de una persona cierta, la cual, inmediatamente después de fallecido el fideicomitente o en el plazo generalmente breve que éste haya señalado, ha de adquirir los bienes, y siendo además el fiduciario un simple *minister* encargado de la transmisión, no solamente es lógico que, conforme al precepto hipotecario citado, se inscriban los bienes directamente a nombre del fideicomisario, sino que parece inútil o redundante la inscripción a nombre del fiduciario. En las sustituciones fideicomisarias a término o bajo condición, la persona del fideicomisario es también frecuentemente conocida; así, por ejemplo, cuando se instituye a A, y si fallece sin hijos se le sustituye por B, y éste por C, en las mismas condiciones hasta llegar a un último sustituto que será heredero libre, fórmula la más usada en la región catalana, son perfectamente conocidos los fideicomisarios, los cuales, de acuerdo con dicho precepto reglamentario, podrán obtener la inscripción. Podrán, y ante las normas hipotecarias vigentes acaso deban obtenerla, porque la transcripción en el asiento hecho a favor del fiduciario de la cláusula de fideicomiso podría considerarse como una mención desprovista de la fe pública registral, a tenor del artículo 29 de la Ley Hipotecaria. Como sea, el proyecto recoge la práctica seguida en los Registros de Cataluña y hemos de reconocer que esta práctica, suficiente para la seguridad de los derechos en pugna, es más sencilla que lo que supondría el estricto cumplimiento de los citados preceptos hipotecarios. Sería, pues, de desear que prevaleciera en su día lo que se establece en el proyecto, como excepción a las normas hipotecarias vigentes.

c) *Conservación y administración.*—Las obligaciones del fiduciario a este respecto están contenidas en el artículo 371 del proyecto, cuyo texto es el siguiente: «La conservación y administración de los bienes fideicomitidos es función obligada del fiduciario y responderá personalmente de ellas con la diligencia que corresponde emplear en los bienes propios.

En consecuencia, al heredero fiduciario le incumbirá efectuar el cobro y el pago de los créditos y deudas a favor o a cargo de la herencia fideicomitida.

El fiduciario pagará a sus costas los gastos ordinarios de conservación, los impuestos, pensiones de censos, precio de arrendamientos, intereses de deudas hereditarias y cargas análogas de los bienes de la herencia, o en su caso, del legado fideicomitido.

Los gastos extraordinarios de conservación o de refacción, los impuestos extraordinarios sobre el capital y otras cargas análogas las satisfará el fiduciario en todo caso, pero a cargo de la herencia o legado, sin perjuicio del reintegro que establece el artículo 403 y del derecho que le atribuye el número 5.º del artículo 374.

En el fideicomiso puro el fiduciario satisfará a cargo de la herencia o legado incluso los gastos y cargas a que se refieren los dos párrafos anteriores.

d) *Cumplimiento de las obligaciones hereditarias.*—Hay que distinguir al efecto, según que el fiduciario haya aceptado la herencia pura y simplemente, o a beneficio de inventario. En el primer caso, el heredero fiduciario será deudor con este carácter por las obligaciones del causante. Asimismo, deberá satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia a expensas de ésta. El legatario fiduciario cumplirá las cargas y legados que determinadamente le haya impuesto el testador (art. 370, párrafo 1.º). Mientras no tenga lugar la sustitución fideicomisaria, no podrá el fiduciario hacer efectivos sus créditos contra el testador, ni los que posteriormente obtenga contra la herencia o legado fideicomitados, sin que entre tanto estos créditos devenguen interés ni contra ellos corra la prescripción. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 370 del proyecto. La aceptación de la herencia a beneficio de inventario producirá las consecuencias inherentes a este beneficio, y que especialmente se enumeran en el artículo 502 del proyecto.

B) *Derechos del fiduciario.*

a) *Aprovechamiento y disfrute de los bienes.*—Determina estas facultades el artículo 369 del proyecto, cuyo texto es el siguiente:

«Mientras no tenga lugar la delación del fideicomiso al sustituto fideicomisario, el fiduciario, sin más limitaciones que las derivadas del fideicomiso, tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones, hará suyas las rentas y frutos de los mismos y gozará de los demás derechos que la ley atribuye al propietario, incluso en materia de tesoros, minas, bosques, acciones o participaciones sociales y demás bienes análogos, pero la propiedad de lo que adquiera y que no sea frutos o rentas quedará incorporada a la herencia o legado fideicomitidos. Respecto a bosques, no se entenderá fruto las cortas que excedan de los límites de una explotación racional.»

No debe olvidarse que el fiduciario es verdadero dueño de los bienes fideicomitidos con la natural limitación de su temporalidad. Por esto puede efectuar a sus expensas mejoras en dichos bienes, siempre que proceda de buena fe, e incluso «alterar la sustancia de las cosas, sin perjuicio de su valor, con las limitaciones establecidas en el presente capítulo». Así dice el artículo 372 del proyecto en su último párrafo, expresando con estas palabras acaso la característica más acusada que diferencia la posición del fiduciario de la del usufructuario.

El mismo artículo 372 dispone en su segundo párrafo que «cuantos bienes o elementos ajenos al fideicomiso incorpore el fiduciario a inmuebles fideicomitidos, quedarán afectos al gravamen fideicomisario. En éste y en el anterior caso (mejoras) quedarán a salvo los créditos que por tales mejoras o incorporaciones pueda alegar el fiduciario». En concordancia con este precepto, declara el artículo 403, apartado 1.º, que deferido o transmitido el fideicomiso, el fiduciario o sus herederos tendrá derecho a exigir al fideicomisario «el importe de las mejoras o incorporaciones a que se refiere el artículo 372, efectuadas a sus expensas siempre que no sean suuntuarias. Dicho importe consistirá en el aumento de valor que por la mejora o incorporación hubiese experimentado la cosa, al tiempo de la delación del fideicomiso, aunque hubiera costado más; pero si el coste arroja menos cantidad, prevalecerá ésta. Para determinar este coste se atenderá al valor actual del trabajo y materiales empleados». Es una solución muy justa, dadas las oscilaciones que en estos tiempos experimenta el valor de la moneda.

b) *Enajenación o gravamen de los bienes fideicomitidos*.—Las leyes romanas prohibían la enajenación de los bienes del fideicomiso, sin distinción entre el fideicomiso puro o a término y el fideicomiso condicional o a día incierto. Los comentadores, sin embargo, han tratado de atenuar el rigor de aquella doctrina, y si bien permanece incólume en cuanto al fideicomiso puro y a término, hoy día se consideran válidas las enajenaciones de los bienes sujetos a fideicomiso condicional.

Respecto al fideicomiso puro y a término, es terminante la ley *sed quia nostra* (C. VI, XLIII, 3-2): «Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relictæ sunt, vel quae restitui aliis dispositæ sunt, vel substitutionis suppositæ, secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo assignanda» (5).

Pero debe tenerse en cuenta que el fiduciario es un dueño efectivo de los bienes en el fideicomiso a término, aunque su dominio sea temporalmente limitado. Por esto se discutió si hasta que llegue el día de la transmisión de los bienes al fideicomisario podría el fiduciario transferir su dominio. Tal fué la opinión de Bártolo, apoyada en varios textos, entre ellos el siguiente fragmento de la ley *illud* (C. VI, XXXVII, 28): «Cum enim jam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata et fideicommissa, quae ad tempus relictæ sunt ad eandem similitudinem confirmari...» (6). En parecidos términos sostiene Baldo que el fiduciario «... poterit tamen rem ad certam diem relictam usque in illud tempus nominatim concedere, quia interim dominus est et possessor, ita ut die adveniente, acceptoris jus finiatur» (7).

Según Peregrinus, la razón por la cual el fiduciario a término

(5) «No crea nadie que las cosas que se dejaron por legado, o puramente o desde cierto día, o las que se dispuso que fueran restituidas a otros o las que quedaron sujetas a substitución, puedan ser con arreglo a las antiguas disposiciones enajenadas en lo sucesivo, o asignadas a título de prenda o de hipoteca.»

(6) «... porque habiéndose ya establecido que se puedan hacer donaciones y contratos temporales, es consiguiente que por su misma analogía sean convalidados también los de legados o fideicomisos que se dejaron por cierto tiempo...»

(7) «... queda, sin embargo, conceder nominalmente la cosa dejada hasta cierto día, porque mientras el día no llegue, es su dueño y poseedor, pero llegado el día, se extingue el derecho del concesionario...»

no puede transferir temporalmente los bienes fideicomitidos no está en la temporalidad del derecho, sino en que la ley prohíbe su enajenación, y tal prohibición comportaría la nulidad de estos actos. De modo que si el fiduciario vende, se obligará con el comprador, pero no habrá transferencia de dominio, haya o no haya tradición, ni el comprador podrá alegar el contrato como justo título para la usucapión (ob. cit., art. XL).

De acuerdo con esta doctrina, el artículo 373 del proyecto declara que el fiduciario no podrá realizar válidamente actos de disposición o de gravamen en los fideicomisos puros y en las sustituciones fideicomisarias a término. Y el artículo 386 establece que el fiduciario podrá ceder a tercero el simple aprovechamiento de los bienes fideicomitidos, por mientras no venza el término, pero ello no le exonerará de sus obligaciones, ni de responder de los perjuicios que el fideicomisario sufra por culpa del cesionario. No podrá dar a censo inmuebles fideicomitidos.

En la ley *sin autem* (C. VI, XLIII, 3), el principio de la inalienabilidad se atenúa en cuanto al fideicomiso condicional o *ad diem certum* en los siguientes términos: «*Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione, vel restitutione, melius quidem faciet, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionibus nomine supponat. Sin autem avaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum revocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis prescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat...*» (8).

Interpretando este texto, sostiene Cáncer la validez, en princi-

(8) «Pero si el legado o el fideicomiso, de la universalidad o especial, hubiere sido dejado bajo condición o desde día incierto, o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor, también si en estos casos se abstuviera de toda venta o hipoteca, no sea que se obligue a cargas más pesadas por razón de evicción. Mas si por afán de avaricia se hubiere lanzado a vender o a hipotecar con la esperanza de que no se cumplirá la condición, sepa, que, cumplida la condición, se hará nulo desde un principio el título, y que se ha de entender de tal modo, como si no hubiera sido escrito ni absolutamente otorgado, de suerte que no proceda contra el legatario o el fideicomisario ni la usucapión, ni la prescripción de largo tiempo...»

pio, de todas las enajenaciones realizadas por el fiduciario, *pendente conditione*: «Certum est in jure, quod haeres de restituendo gravatus sub aliqua conditione, si pendente conditione alienet de bonis fideicommisso subjectis; valet alienatio conditione pendente; et ea veniente resolvitur alienatio, et res illa potest vindicari per fideicommissarium a possessoribus, non obstante lapso (cujuscumque) temporis conditione pendente» (Var. res., cap. II, 93) (9).

Esta es la posición de nuestro actual derecho, favorecida además en cuanto a los inmuebles por las modernas normas hipotecarias que, al imponer la publicidad del gravamen restitutorio, permiten el tráfico de dichos bienes con absoluta indemnidad de los derechos del fideicomisario.

El artículo 373 del proyecto dice en su segundo párrafo que «en las sustituciones fideicomisarias condicionales, de no haber impuesto el fideicomitente una especial prohibición de disponer, el fiduciario podrá realizar válidamente actos de disposición o de gravamen de dichos bienes, pero su eficacia estará supeditada a la posible efectividad de la sustitución, aunque al otorgarse los mismos se hubiere silenciado el gravamen». Esta última salvedad debe entenderse sin perjuicio de lo que dispone la Ley Hipotecaria. Porque si se ha silenciado el gravamen al otorgarse el contrato dispositivo y el fiduciario tuviere inscrito el dominio sin que en el Registro constara hallarse gravado de restitución, el adquirente se hallará amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y no prevalecerá contra él la acción resolutoria que pudiera ejercitar el fideicomisario (art. 37 de la misma ley). Se dirá que el artículo 414 del proyecto, ya transcrito, dispone que al inscribirse el título de herencia o legado a favor del fiduciario se transcribirá la cláusula en que se disponga el gravamen fideicomisario. Ya expusimos antes nuestros reparos sobre esta disposición. Esto, aparte, también podría suceder que el fideicomiso se hubiera ordenado en codicilo posterior al testamento, y que el tal codicilo, porque no

(9) «Es cierto en derecho que el heredero gravado de restitución bajo alguna condición, si hallándose ésta pendiente, enajena bienes sujetos al fideicomiso, vale la enajenación mientras la condición siga pendiente; pero en llegado a cumplirse se resuelve la enajenación y la cosa puede reivindicarse de sus poseedores por el fideicomisario, sea cual sea el período de tiempo en que la condición ha estado pendiente.»

figurara en el certificado del Registro de últimas voluntades o por otra circunstancia, no hubiera llegado al Registro.

Todo lo expuesto acerca de las facultades del fiduciario en cuanto a la disposición de los bienes fideicomitidos se entiende sin perjuicio de lo que el testador disponga, tanto para limitarlas como para ampliarlas. Igualmente, según el artículo 384, «el fiduciario podrá enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, mediante el consentimiento futuro, presente o pretérito de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo al deferirseles el fideicomiso. La autorización de futuro solamente liberará del fideicomiso los bienes que el fiduciario haya efectivamente enajenado o gravado, pero no implicará renuncia total al fideicomiso. El asentimiento prestado por un fideicomisario vinculará a éste, pero en la sustitución fideicomisaria condicional esta vinculación únicamente surtirá efecto si el fideicomisario llega efectivamente a serlo».

c) *Subrogación de bienes fideicomitidos.*—Hay subrogaciones necesarias y aún obligadas, como, por ejemplo, la sustitución de cosas que se desgastan o destruyen con su uso continuado, y otras, voluntarias como la permuta de unos bienes por otros más útiles o más fructíferos.

En Derecho romano ya estaba permitida la enajenación de bienes sujetos a fideicomiso para permutarlos por otros más útiles o rentables (D. IV, VII, 8-4). Y esto, aunque el testador hubiera prohibido en general la enajenación, pero no cuando la prohibición se refiriera a una cosa determinada de la herencia, porque la permisión o validez de la enajenación por causa de permuta se refiere al universal fideicomiso en el que es fácil que convenga cambiar una cosa por otra (D. V, III, 22). Igualmente, cuando el testador hubiese prohibido expresamente la enajenación de un inmueble y en cambio hubiese permitido la de un fundo similar en otra región para que el precio de éste se invirtiese en otro fundo sujeto igualmente al fideicomiso, se entiende que respecto al primer inmueble prohíbe la enajenación, incluso por vía de permuta. Pero si el testador ha prohibido del modo más absoluto la enajenación de sus bienes, se entiende también prohibida su permuta-

ción (C. II, III, 10). Hay casos en que la prohibición resulta de la tácita voluntad, por ejemplo, de la casa en que ha transcurrido la vida del testador, o de una antigua torre familiar, por la cual sintió una especial predilección (D. IV, IV, 35; C. V, XXXVII, 22). No obstante, para la validez de la permuta exigía aquel derecho el concurso o consentimiento del fideicomisario, como si se tratara de un negocio propio de éste (D. XLII, I, 47; C. VI, XLII, 11).

De acuerdo con estos precedentes, el artículo 376 del proyecto dispone lo siguiente:

«El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso de sustitución, para remplazarlo mediante permuta, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez de primera instancia competente del último domicilio del fideicomitente.

No procederá esta subrogación real si el fideicomitente la ha prohibido expresamente o ha impuesto una especial prohibición de disponer incompatible con la subrogación. Si el fideicomitente ha permitido y regulado la subrogación, bastará observar lo que hubiere dispuesto, pudiendo incluso excluir la intervención del Juez.

La referida autorización judicial se acomodará al procedimiento de jurisdicción voluntaria de enajenación de bienes de menores e incapacitados, sin que sea indispensable la subasta, previa notificación a los fideicomisarios y al curador, en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 380. El Juez practicará las pruebas que estime convenientes, y si autoriza la subrogación adoptará cuantas medidas sean procedentes para su normal efectividad y consiguiente liberación del gravamen fideicomisario de los bienes remplazados y la sujeción al mismo de los bienes adquiridos. Los gastos de este procedimiento no serán nunca a cargo del fideicomiso».

No faltan tampoco en el Derecho romano normas reguladoras de las subrogaciones que llamamos necesarias u obligatorias. Las cosas perecederas pueden alienarse, lo mismo que las cosas inútiles o improductivas, u onerosas o suntuosas que requieran gastos necesarios para su conservación y supongan una carga para la herencia o que se hallen muy expuestas a daños fortuitos (D. IV, IV, 11-5), respondiendo el heredero de los perjuicios ocasionados

al fideicomisario, si no enajena y subroga para la restitución el precio (Véase también Peregrinus, ob. cit., art. 40, 37).

Según el artículo 379 del proyecto, «el fiduciario está facultado respecto de los bienes fideicomitidos para realizar por sí solo, bajo su responsabilidad, los actos siguientes:

1.º Vender las cosas que no puedan conservarse y los frutos relictos por el fideicomitente.

2.º Retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro, otorgar las enajenaciones a que se hubiere obligado el fideicomitente o procedentes de un derecho de opción, redimir censos a nuda percepción y sin dominio, y consentir la cancelación de inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de créditos hereditarios ya extinguidos o que se satisfagan, siempre que los interesados exijan los expresados actos.

3.º Concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por siniestro asegurado o por daño resarcido por el responsable.

4.º Sustituir sin demora, sin detrimento del fideicomiso, las cosas que se desgasten con su uso y entre ellos los objetos del ajuar, utensilios, mobiliario, vehículos, caballerías y las máquinas, herramientas, utillaje, ganados, animales de labor y de cría, mercaderías, materias primas, aperos y otros elementos análogos, propios de una empresa o explotación agrícola, comercial o industrial.

Los bienes fideicomitidos objeto de estos actos quedarán libres del gravamen fideicomisario, y, en su lugar, estarán afectos al mismo el dinero u otros bienes obtenidos por el fiduciario.»

Los actos indicados en los apartados 1.º y 4.º se refieren a los que son propios del fiduciario en cuanto a la subrogación de los bienes a beneficio del patrimonio fideicomitado. Los que se relacionan en el apartado 2.º incumben al fiduciario como heredero del fideicomitente, si bien los mismos implican la subrogación de los derechos o créditos que se transmiten, extinguen o cancelan, por el dinero obtenido que quedará afecto al fideicomiso, conforme al último párrafo del artículo. El mismo destino tiene reservado el dinero que se obtenga por los actos a que se refiere el apartado 3.º.

d) *Partición de herencia y división de bienes sujetos a fideicomiso.*—El testador puede instituir a sus herederos en cuotas o

porciones alicuotas iguales o desiguales de la herencia, a unos libremente y a otros con gravamen de fideicomiso. Así deferida la herencia, resultará que, mientras por la partición y adjudicación de bienes determinados o de partes indivisas de éstos a los herederos gravados no se concrete el objeto del fideicomiso todo el patrimonio hereditario quedará afectado por dicho gravamen, de modo análogo a lo que ocurre con los derechos del legitimario de parte alicuota, a cuyo pago quedan solidariamente afectos todos los bienes de la herencia, según el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, mientras no se afecten al mismo bienes determinados.

Siendo esto así, la existencia del gravamen fideicomisario, en vez de ser obstáculo, ha de constituir un estímulo para la partición, facilitándola todo lo posible. A esto tiende el proyecto de Compilación al declarar en el artículo 377, párrafo 1.º, que «los herederos fiduciarios de cuota de herencia podrán pedir la partición y practicarla eficazmente con los demás coherederos, sin necesidad de que intervengan en ella los fideicomisarios, siempre que se trate de un puro acto particional». Pero como en todo caso la partición podría ser o creerse lesiva para los fideicomisarios, añade el precepto que éstos tendrán «los mismos derechos que el artículo 403 del Código Civil atribuye a los cesionarios de los partícipes en la división de la cosa común», es decir, que todo fideicomisario podrá concurrir a la partición y oponerse a la que se verifique sin su concurso, con todo lo demás que dispone dicho artículo 403.

En vez de asignarles cuotas de herencia, puede el testador instituir a sus herederos en cosas ciertas, a unos con gravamen restitutorio y a otros no, o, encomendar la partición hereditaria a un contador-partidor. En estos supuestos, así como en el de partición intervenida judicialmente, las particiones efectuadas, según declara el último párrafo del artículo 377 citado, «surtilán efecto, incluso para los fideicomisarios, sin perjuicio de las acciones de impugnación que procedan».

Puede igualmente el testador nombrar heredero único u ordenar un legado autorizando al heredero para disponer libremente de una parte indivisa de la herencia y estableciendo sustitución fideicomisaria sobre la parte alicuota restante o que el legatario pueda también disponer de una parte indivisa de la cosa gravando de restitución el resto indiviso de ésta (resto indiviso precisamen-

te, porque si fuera porción divisa, según ya sabemos por el artículo 341 del proyecto, en vez de fideicomiso, habría un sublegado). Para estos supuestos el artículo 378 faculta al heredero o legatario para proceder por sí solos a su división en dos lotes o porciones, uno libre y el otro fideicomitido, según las reglas de la partición o división, y previas las notificaciones que regula el artículo 380. Más adelante nos ocuparemos de este artículo 380, con el que se garantiza al fideicomisario contra posibles desafueros del fiduciario.

Finalmente, al instituir el testador en cosas ciertas u ordenar legados, puede atribuirse una cosa a dos o más personas por partes indivisas, ordenando sustitución fideicomisaria sobre alguna de estas partes indivisas. Al deferirse la herencia o entregarse el legado, se constituye una comunidad de bienes. El proyecto prevé el supuesto en el párrafo 2.º del artículo 377, que dice así: «Lo mismo será aplicable a la división de la cosa común, si alguna participación indivisa se hallase gravada de fideicomiso. No obstante, si la cosa común fuese indivisible o desmereciera con su división, podrán convenir los comuneros que se adjudique libre del fideicomiso a uno o algunos de ellos, mediante satisfacer en dinero las partes de los demás, previa autorización judicial al fiduciario, conforme al artículo anterior. Este precepto será también de aplicación cuando la partición hereditaria prevista en el párrafo anterior implicase división de cosa de la herencia». Es decir, que si la cosa común es divisible, puede el fiduciario practicar la división sin que intervenga el fideicomisario, pero teniendo éste los derechos que el artículo 403 del Código Civil atribuye a los cesionarios de los partícipes. Y si la cosa común por no ser divisible, tuviera que adjudicarse a alguno de los partícipes libre del fideicomiso, se requerirá autorización judicial, y el Juez, si autoriza la adjudicación adoptará las medidas necesarias para la sujeción al fideicomiso del dinero correspondiente al fiduciario en subrogación de la parte que a éste correspondía en la cosa adjudicada ya libre.

e) *Enajenaciones libres del fideicomiso*.—En la institución del fideicomiso, pocas materias habrá, como la referente a la alineación de bienes libres de dicho gravamen, que requieran con tanto

apremio normas seguras y de ponderada justicia en la defensa de los intereses y derechos del fiduciario y fideicomisario.

Consideremos el caso del fiduciario que además es heredero forzoso del fideicomitente. Por un lado, es indiscutible el derecho de este heredero a percibir su legítima en bienes de la herencia libres de todo gravamen, y, como único posible heredero, puede por su propia autoridad liquidarla y hacerse pago de la misma. Por otro lado, este crédito legitimario ha de hacerse efectivo sobre una unidad patrimonial, cuyo dominio salvo las legales deducciones, ha de pasar a otras personas por expresa voluntad del causante de la sucesión, voluntad tan digna de respeto como el derecho del legitimario. En consecuencia, si se permite que el fiduciario, por su propia y exclusiva autoridad, se haga pago de su legítima sin la menor intervención directa o indirecta del fideicomisario, se corre el riesgo de que el fiduciario con la sencilla declaración incontrastable de destinar los bienes a dicho pago, vaya enajenando el patrimonio fideicomitido, y como estas enajenaciones comportan la libertad del gravamen restitutorio, puede de este modo evaporarse el fideicomiso, burlándose así la voluntad del fideicomitente y los derechos del fideicomisario.

Esta es la situación. Por falta de normas adaptadas a las condiciones del moderno derecho y no encontrando obstáculos en la jurisprudencia vaga, vacilante y a veces contradictoria entre las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, se autorizan e inscriben sin dificultad escrituras en que el heredero gravado de fideicomiso se adjudica o vende bienes de la herencia como libres de dicho gravamen, con la simple manifestación en la escritura de que la adjudicación o venta sirven para hacerse pago de su legítima. Ciertamente que la auténtica *Res quae* y otros textos autorizan la enajenación de bienes imputables en la legítima; pero en aquel derecho el fideicomisario tenía acción real contra los bienes enajenados y podía reivindicar los que se hubiesen vendido después de haber quedado cubierto su crédito legitimario, mientras que en la actualidad estas enajenaciones comportan la cancelación del gravamen restitutorio y los fideicomisarios, en caso de perjuicio, si se interfiere un tercero hipotecario, sólo tendrán acción personal contra el fiduciario o sus herederos.

El proyecto de Compilación pone término a esta situación con unas normas equilibradas y justas, que armonizan adecuadamente el derecho del fiduciario con el interés del fideicomisario.

El artículo 374 enumera los casos en que el fiduciario está facultado por el ministerio de la ley para enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso bienes de la herencia o legado fideicomitidos. Son los siguientes:

«1.º Para hacer suyo lo que por legitima le corresponda en la sucesión del fideicomitente si no estuviese sujeto a lo previsto en el primer párrafo del artículo 289 y para satisfacer la de los demás legitimarios, haciendo constar en ambos casos el importe total de la legitima.

2.º Para dotarse a si misma en contemplación a sus primeras nupcias, la mujer que sea fiduciario, y para constituir esponsalicio o escreix el fiduciario a su esposa que aporte dote y pagarlo en su día, así como también para otorgar el fiduciario donación dotal a sus hijas y para constituir y pagar esponsalicio o escreix en consideración al matrimonio de sus hijos que reciban dote de la esposa.

Sólo podrá usar de este derecho el fiduciario, que junto con su legitima y trebeliánica no cuente con otros bienes propios o de libre disposición suficientes a los expresados fines.

El fiduciario reintegrará en cuanto pueda al fideicomiso lo que en virtud de este derecho hubiere detraído.

3.º Para pagar las deudas y cargas hereditarias de que el fiduciario no sea acreedor, y también satisfacer los legados no dispuestos a su favor que pesen sobre la herencia, o, en su caso, la parte de unas y otros que sea proporcional a la cuota fideicomitida.

4.º Para efectuar la detracción de la cuarta trebeliánica que autoriza el artículo 394.

5.º Para atender a los gastos extraordinarios de conservación y de refacción de bienes del fideicomiso.

6.º Para garantizar con prenda o hipoteca el préstamo destinado a obras de construcción, ampliación o mejoramiento de fincas rústicas o urbanas, o a extinguir una deuda hereditaria más gravosa.

Los preceptos de este artículo, excepto el contenido en el número 2.º serán aplicables al fideicomiso puro.»

«En la aplicación del artículo anterior —dice el 375— se observarán las siguientes reglas:

1.^a Sólo cuando en la herencia fideicomitida no haya dinero suficiente podrá el fiduciario disponer de otros bienes, los cuales, según los casos, podrá adjudicarlos en pago, venderlos o hipotecarlos o pignorarlos a los fines expresados. Las adjudicaciones se harán por el valor de los bienes al tiempo de ser efectuadas.

2.^a No se requerirá para dichos actos la intervención de los fideicomisarios, pero será preceptiva la previa notificación que regula el artículo 380, con aplicación de lo que el mismo dispone.

3.^a En la inscripción de los expresados actos en el Registro de la Propiedad se cancelará la expresión registral del gravamen fideicomisario sin reserva ni salvedad.»

Según el apartado 1.º, podrá el fiduciario adjudicarse bienes en pago. Parece más acertada la fórmula consistente en autorizar al fiduciario para que señale los bienes que hayan de quedar libres con la solicitud de que se cancele el gravamen; porque es una redundancia que el fiduciario se adjudique bienes que ya posee como dueño. Pero el reparo es puramente formulario. El interés del artículo está en su apartado 2.º, que obliga a notificar a los fideicomisarios el proyecto de enajenación, a los efectos del artículo 380, que es la solución arbitrada por los autores de la Compilación para que los fideicomisarios puedan acudir a la defensa de sus intereses. Dice así el artículo 380: «Siempre que según esta Compilación sea preceptivo, o que el fiduciario estime conveniente notificar a los fideicomisarios los actos que pretenda realizar sobre bienes del fideicomiso, lo solicitará del juez competente, según el art. 376.

Las notificaciones se practicarán, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a todos los fideicomisarios a la sazón existentes y determinados, y, en su caso, al curador, con expresión de las circunstancias del acto proyectado y del plazo, no inferior a treinta días, a fin de que puedan formular oposición. A los fideicomisarios de domicilio o paradero ignorados se les hará la notificación por edictos, que se publicarán en el *Boletín Oficial* de la provincia, en uno de los periódicos de mayor circulación y, en su defecto, en el tablón de anuncios del Juzgado y del Ayuntamiento del lugar en que radique la parte principal de los bienes fideicomitados y del

último domicilio del fideicomitente, y de ignorar éste el de su nacimiento.

La oposición se sustanciará por los trámites de los incidentes. Contra la resolución del juez estimando o no, en todo o en parte, la oposición, procederá únicamente el recurso previsto en el artículo 2.032 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Transcurrido el plazo de la última notificación sin promoverse oposición, o de no prosperar la formulada, podrá el fiduciario realizar el acto proyectado. Sólo cabrá impugnación por fraude del fiduciario o por no haberse ajustado a los términos expresados en la notificación y, en su caso, a los de la resolución judicial, pero sin limitación de causas en la impugnación por parte de los fideicomisarios notificados por edictos.

Estas impugnaciones se sustanciarán en el juicio ordinario que corresponda y en el mismo Juzgado indicado, sin que puedan perjudicar a terceros adquirentes a título oneroso de buena fe.

En los casos en que el acto del fiduciario requiera previa autorización judicial, el Juez podrá denegarla, aunque no se formulase oposición.»

Y para el caso de que los fideicomisarios no sean conocidos, ya prevé el proyecto la existencia de un curador, que, conforme al artículo 381, podrá nombrar el fideicomitente o, en su defecto, el juez, a petición del fiduciario, fideicomisarios o coherederos, y en su caso del Ministerio Fiscal. El nombramiento recaerá en un fideicomisario idóneo y conocido; en su defecto, en uno de los parientes consanguíneos del fideicomitente, y a falta de éstos, en una persona de reconocida moralidad y aptitud. Se nombrará un curador para cada sucesión, pero si el fideicomitente hubiese nombrado varios regirán las normas sobre pluralidad de albaceas. El nombramiento de curador subsistirá mientras persista la situación fideicomisaria que le dió origen, sin perjuicio de las renovaciones necesarias. El curador necesitará autorización del juez para cada acto en que intervenga, a menos que el fideicomitente hubiere dispuesto otra cosa.

f) *Detracción de la cuarta trebeliánica.*—Observan los romanistas que es impropia la denominación con que se designa esta detracción, porque el senado-consulta Trebeliano se limitó a exonerar

al fiduciario de las deudas hereditarias proporcionales a la parte de herencia que había de restituir, las cuales habían de quedar a cargo del fideicomisario, que en consecuencia tendría que abonarlas en su totalidad si había de restituírsele toda la herencia. Fué el senado-consulta Pegasiano el que autorizó al fiduciario para retener salva la cuarta parte al menos de la herencia.

Impropia o no la expresión, se designa con el nombre de trebeliánica la cuarta parte de la herencia fideicomitida, que puede retener el fiduciario, de la cual se ocupa el proyecto en la sección tercera del capítulo dedicado a los fideicomisos. Esta breve exposición comprenderá: *a)* quién puede retener esta cuarta; *b)* obligaciones que previamente se han de cumplir; *c)* título hereditario apto para su detracción; *d)* prohibiciones; *e)* determinación de los bienes sobre los que se detrae: imputaciones a la trebeliánica; *f)* relación entre la trebeliánica y la legítima; *g)* tiempo y forma en que debe hacerse la retención; y *h)* Extinción del derecho a detraer la trebeliánica.

a) El derecho a retraer la trebeliánica corresponde al heredero instituido o fiduciario.—Por excepción, puede corresponder al primer fideicomisario al deferirse el fideicomiso cuando éste se convierte a su vez en fiduciario por existir fideicomisario posterior, si el heredero fiduciario con derecho a la trebeliánica no la detrae por expreso deseo de favorecer al fideicomisario inmediato gravado, el cual, al pasar a fiduciario, puede igualmente renunciar su derecho a favor del fideicomisario que le siga, y así sucesivamente (artículo 391). Huelga decir que la trebeliánica sólo puede detraerse una vez.

b) Requisitos previos a cumplir por el fiduciario.—El primero y fundamental, aceptar la herencia fideicomitida, ya que precisamente la trebeliánica se estableció como estímulo para dicha aceptación; el segundo, tomar inventario dentro de los ciento ochenta días siguientes a la delación o de un año, si el fideicomitente hubiere fallecido en el extranjero, o si el fiduciario no residiere dentro de la circunscripción de la Audiencia Territorial en la que radique la mayor parte de los bienes hereditarios. El inventario se formalizará notarial o judicialmente, con reseña de los bienes por su

valor al abrirse la sucesión y del importe de las deudas y cargas hereditarias. En la formación del inventario podrán intervenir los fideicomisarios que lo soliciten, pero sin que sea necesario citarlos (art. 389).

c) *Título apto.*—El art. 391 del proyecto declara en su último párrafo que no tendrá derecho a la trebeliánica el heredero fiduciario que lo sea en virtud de heredamiento otorgado en contemplación a su matrimonio, o de heredamiento mutuo entre los cónyuges. Sagner afirma que la prohibición de detraer la trebeliánica impuesta a los herederos fiduciarios en virtud de heredamiento pactado en capítulos matrimoniales no se apoya en texto legal alguno. «Si el heredamiento en capítulos, dice, teniendo el carácter de universal comunica al heredado la consideración de heredero, por aquello tan sabido de que siendo igual la razón no debe ser distinta la disposición legal y por consideraciones de analogía, o más bien de igualdad, no se comprende que deje de tener el derecho de hacer efectiva la trebeliánica, debiendo reputarse como inventario la descripción de bienes que se haga en los mismos capítulos.» «Desde luego creemos, añade, que nadie negará a los herederos, en virtud de heredamiento preventivo, el derecho de detraer la cuarta trebeliánica» (Ob. cit., pág. 89).

Seguramente se reconocería, y el proyecto no lo niega, que un fideicomiso ordenado en heredamiento preventivo permite al fiduciario detraer la cuarta trebeliánica, pero el heredamiento otorgado en contemplación al matrimonio del heredero, o el heredamiento mutuo entre cónyuges, a los que el proyecto hace referencia, son casos de sucesión contractual que deben regirse por lo pactado o por normas legales supletorias. Si no existen normas legales que permiten la detracción de la trebeliánica en los heredamientos, ni la prohíben, como el mismo Sagner reconoce, hay que tenerse a lo pactado, y si entre los heredantes y el heredado o en los heredamientos mutuos entre cónyuges con sustitución fideicomisaria, no se estipula el derecho a dicha detracción, parece evidente que los únicos títulos hábiles para que el fiduciario pueda ejercitar este derecho son el testamento o codicilo y, por excepción, la cláusula correspondiente en el heredamiento preventivo.

d) *Prohibiciones*.—Puede el testador prohibir la detracción de la trebeliánica, pero, según el artículo 390, «sólo será eficaz la prohibición de la trebeliánica si el testador ha manifestado en testamento o codicilo su voluntad de que el fiduciario no la perciba, o ha expresado que la sustitución debe producirse sin detracción alguna, o únicamente con la de determinados bienes o cantidades. No implicará prohibición la simple manifestación del testador de que la sustitución sea de todos los bienes o de toda la herencia. No obstante, cuando el fiduciario sea descendiente del testador, sólo será eficaz la prohibición de la trebeliánica hecha con palabras expresas y no de otra manera, sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente».

Observa Heineccio, respecto al texto justiniano (Nov. 1, c. 2, 2), que autoriza al testador para dicha prohibición que «habiéndose inventado la cuarta falcidia y trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituido, ¿cómo pudo concederse al testador, sin ofensa de la justicia, renunciar al derecho introducido en favor de otro? (Recitaciones del Derecho Civil, párrafo 672).

e) *Determinación de los bienes sobre que se detrae; imputaciones a la trebeliánica*.—Dice el artículo 392 del proyecto:

«La trebeliánica consiste en la cuarta parte de los bienes relictos por el fideicomitente, deducidas las deudas, los gastos de su última enfermedad, entierro y funerales, los de inventario y defensa de los bienes hereditarios y las legítimas causadas, incluso la del fiduciario que sea legítimo. El coheredero fiduciario tendrá derecho a una parte de la trebeliánica proporcional a su cuota hereditaria fideicomitida.

Para determinar la trebeliánica y sus imputaciones, serán complementarias las normas establecidas para la cuarta falcidia, pero dejarán de incluirse en la herencia aquellos bienes perdidos y deterioros sufridos por caso fortuito después de fallecido el testador y antes de detraída o reclamada la trebeliánica. No serán imputables los frutos percibidos por el heredero fiduciario, aunque no sea descendiente del fideicomitente.

De la trebeliánica aún no percibida se deducirán las indemnizaciones que, en su caso, debe abonar el fiduciario por las responsabilidades que con esta calidad hubiera contraído.»

El proyecto hace, pues, aplicación del principio contenido en la ley 39, tit. 16, lib. 50 Digesto, según la cual se entiende que los bienes de una persona son los que quedan después de deducidas las deudas. Se consideran deudas no solamente las propiamente tales, sino también los gastos de última enfermedad, entierro y funerales, los ocasionados por la delación hereditaria y también las legítimas, incluso la del fiduciario, que también son deudas de la herencia. «Hecha la deducción de deudas, dice Saguer, se toma la trebeliánica de la masa total de bienes, comprendiendo no solamente en ella para el dicho cómputo la herencia en sentido estricto, si que también los legados, fideicomisos singulares y donaciones por causa de muerte» (Ob. cit., par. 77). Como es visto, el artículo 392 del proyecto se remite para determinar la trebeliánica y sus imputaciones, como normas complementarias a las establecidas para la cuarta falcidia. El párrafo segundo del artículo 440 establece que se considerará que integran la herencia los bienes y derechos del testador dispuestos en legados o en donaciones por causa de muerte o entre consortes, los créditos del testador contra el heredero y los extinguidos por virtud de legados de liberación o perdón de la deuda correspondiente. Según este mismo artículo, los legados de alimentos constituyen concepto deducible.

En cuanto a los frutos, los textos romanos distinguen según que el fiduciario sea o no hijo del testador. En el primer caso, se declara nula la disposición por la cual el testador ordena a su hijo la imputación de los frutos a cuenta de la trebeliánica correspondientes al tiempo en que está pendiente la condición o término del fideicomiso. No siendo el fiduciario hijo del testador, los frutos son imputables a la cuarta (D. XXXVI, I, 18-1).

En la práctica se prescinde generalmnete de tal distinción, y el artículo 392 citado, con muy buen acierto declara que no serán imputables los frutos percibidos por el heredero fiduciario, aunque no sea descendiente del fideicomitente.

f) *Relación entre la trebeliánica y la legítima.*—Dice el artículo 395 del proyecto que «el heredero fiduciario que a la vez sea legitimario del fideicomitente, tendrá derecho además de su legítima, a la trebeliánica, si procediere». Siendo la legítima deuda de la herencia y no parte de la misma, se habrá deducido junto con

las demás deudas y gastos para determinar el activo hereditario, del cual se detrae y la trebeliánica. Es, pues, evidente la compatibilidad entre una y otra. Así lo declara el capítulo I de la Novela XXXIX de Justiniano y lo confirman los capítulos *Rainutius et Rainaldus* de las Decretales (X *De testamentis*).

En los fideicomisos puros, lo mismo que cuando por la cláusula codicilar se convierte el testamento en codicilo, no se saca más que una cuarta, la trebeliánica o la legítima, siéndole más útil al hijo sacar la primera, porque en la legítima se imputa lo que se adquirió entre vivos, como la dote y donaciones (Peregrinus, ob. cit., art. 3, 49; y Cancer, ob. cit., cap. II, 26 y sig.). Fundándose en que los fideicomisos puros no se practican en Cataluña, el jurisconsulto Félix María Falguera, citado por Saguer (ob. cit., par. 83), entiende que la incompatibilidad entre ambas cuartas ha de referirse forzosamente a los fideicomisos *in diem*, o sea, a los que, según el mismo Falguera, se hacen en Cataluña para después de la muerte del heredero fiduciario. Pero esta opinión de Falguera no es compartida por la generalidad de los autores catalanes.

g) *Tiempo y forma en que debe hacerse la detracción.*—Según Borrell, la trebeliánica no se devenga hasta que llegue el caso de restituir la herencia; pero podría hacerse antes, con permiso del fideicomisario y con intervención del fiscal y aprobación judicial si tuviesen derecho eventual más remoto al fideicomiso personas inciertas o ausentes (ob. cit., cap. V, sec. 4.^a, subsec. 7.^a). El proyecto permite detraerla antes, exigiendo solamente que, mediante pago o consignación, hayan sido satisfechas las deudas y gastos de la herencia, así como las legítimas, o bien que las personas facultadas para hacer la partición hayan adjudicado bienes hereditarios para tales pagos (art. 393). Ahora bien: si antes de transmitirse o deferirse al fideicomisario, el fideicomiso, puro o de sustitución respectivamente, no hubiese el fiduciario detraído la trebeliánica, él o sus causahabientes podrán exigir que les sea pagada por el fideicomisario, más los intereses desde la reclamación judicial, y con derecho a obtener la anotación preventiva que establece el número 1.^o del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pero sin poder promover el juicio de testamentaria o el de abintestato (art. 394).

En cuanto al modo de percibirla, si es el mismo fiduciario el que la detrae, según el artículo 393 ya citado, podrá verificarlo de una vez o en varias, en dinero de la herencia o en bienes de ella, que no sean los de mejor condición, y con aplicación de lo dispuesto en los artículos 374 y 375. Ya hemos visto antes que el fiduciario, según el número 4.º del primero de estos artículos podrá enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso bienes de la herencia para efectuar la detracción de la cuarta trebeliánica. El artículo 375 requiere a su vez que la práctica de estos actos sea notificada a los fideicomisarios con aplicación de lo que dispone el artículo 380.

Si se transmite o defiere el fideicomiso sin que el fiduciario haya hecho la detracción, el fideicomisario, conforme al segundo párrafo del artículo 394, deberá formar un lote de bienes suficientes de la herencia fideicomitida para adjudicarlo en pago de la trebeliánica, el cual contendrá, en la proporción adecuada, y en cuanto sea posible, bienes hereditarios de la misma naturaleza, estimados todos por su valor al tiempo de fallecer el fideicomitente. Señalados estos bienes a adjudicar, el fideicomisario, en interés de la herencia y como si se tratara de una mejora útil para la misma, podrá optar por satisfacer la trebeliánica en dinero o bienes hereditarios, lo mismo que se permite al heredero para el pago de las legítimas en la Constitución II, tít. V, lib. VI de las de Cataluña.

Para mayor seguridad del derecho del fiduciario el artículo 414 del proyecto, párrafo 3.º, preceptúa que, deferido o transmitido el fideicomiso, de no justificar claramente el fideicomisario la improcedencia del derecho de cuarta trebeliánica o su pago, al inscribirse los bienes a favor del fideicomisario se hará en el asiento correspondiente expresa reserva de este derecho, la cual tendrá el efecto y duración de la anotación preventiva de demanda de trebeliánica, sin que proceda prórroga.

En algún caso, por ejemplo, el de renuncia tácita, parece que no le sería fácil al fideicomisario justificar claramente la improcedencia del derecho de cuarta trebeliánica. Con las facilidades que el proyecto concede para hacerse pago de la trebeliánica, tal vez sea excesivo permitir semejante reserva o gravamen sobre los bienes del fideicomiso.

h) *Extinción del derecho a la trebeliánica*.—Puede este derecho renunciarse expresa o tácitamente. Hay renuncia tácita cuando, a sabiendas de su derecho, el fiduciario ó sus herederos entregan la posesión de la herencia al fideicomisario, o si en el fideicomiso puro efectúa su transmisión, sin reserva alguna en ambos casos (art. 396). Esta disposición tiene, al parecer, su antecedente en la ley 9, tit. L, lib. VI del Código de Justiniano, que dice: «El error de hecho no impide la repetición de la cuarta, no retenida, por causa de fideicomiso. Mas el que sabiendo que podía retenerla lo restituyó todo, no tiene la condición; antes bien, si hubiere ignorado su derecho, deja de tener la repetición» (Trad. García del Corral). Heineccio dice, con referencia a este punto, que cesa el derecho a la trebeliánica: «Si el heredero, por ignorancia del derecho, entregare toda la herencia, L. 9, C. *ad leg. Falcid.* Pues aunque por otra parte lo que se paga indebidamente puede repetirse por la condición *indebiti*, sin embargo, no procede lo mismo en lo que se paga por error de derecho L. 10 C.; L. 9 pr. ff. *de jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si, por ejemplo, entrega uno toda la herencia, porque ignora que existe en su favor este beneficio del senado-consulta Trebeliánico, no puede repetir lo que paga por este error. Empero, si entrega toda la herencia, juzgando que el testador era militar, no siéndolo, puede repetir lo que diese más del causante» (ob. cit., par. 672). Según esta interpretación, la ignorancia del derecho no aprovecha al fiduciario para reclamar la trebeliánica al fideicomisario, al contrario de lo que declara el proyecto en el artículo 396. Claro que, tratándose de inmuebles inscritos, la cuestión sólo tendrá importancia en los fideicomisos puros, que requieren la transmisión; pero en los condicionales y a término, la delación se consuma sin intervención alguna por parte del fiduciario. Basta con que el fideicomisario justifique la llegada del término o el cumplimiento de la condición para que en el Registro se efectúe el cambio de titularidad.

2

SEGUNDA DELACIÓN.

A) *Derechos del fideicomisario.*

a) *Adquisición de los bienes fideicomitidos.*—Una cosa es el derecho a la herencia o legado fideicomitidos y otra la adquisición por el fideicomisario de la propiedad de los bienes del fideicomiso en concreto. El derecho a la herencia o legado coinciden con la declaración, o como dice el artículo 398, «la delación a favor del fideicomisario le atribuye la cualidad de heredero o legatario», y esta delación del fideicomiso de sustitución se produce al vencer el término o cumplirse la condición (art. 397). En el fideicomiso puro no se habla de delación a favor del fideicomisario, sino simplemente de transmisión. Evidentemente en este fideicomiso la delación a favor del fideicomisario se confunde con la del fiduciario y tiene lugar al fallecer el fideicomitente, desde cuyo momento ostenta el fideicomisario el derecho a la herencia o legado.

La adquisición de la propiedad de los bienes del fideicomiso tiene lugar: en cuanto a los bienes del fideicomiso puro y los de naturaleza mueble en el fideicomiso de sustitución, cuando el fiduciario o sus herederos transmiten al fideicomisario la posesión de los bienes de la herencia o legado fideicomitidos; y en cuanto a los inmuebles en el fideicomiso de sustitución, cuando se inscriban los bienes en el Registro de la Propiedad.

En el fideicomiso puro si el testador no ha establecido plazo para efectuar la transmisión, la otorgará el fiduciario dentro del plazo máximo de un año desde que fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario. De no efectuar la transmisión a su tiempo, el fiduciario perderá cuanto hubiere recibido por mera liberalidad testamentaria del fideicomitente (art. 399).

En el fideicomiso de sustitución, el fiduciario o sus herederos entregarán la posesión de la herencia o legado fideicomitidos al fideicomisario, dentro de los treinta días naturales siguientes en

que éste les requiera para ello en la forma antes expresada. De no verificarlo tendrán la consideración de meros detentadores y no harán suyos los frutos, pudiendo el fideicomisario recabar la posesión, incluso mediante el interdicto de adquirir. Si dentro del referido plazo el fiduciario o sus herederos alegan alguno de los derechos a que hace referencia el artículo 403, y precisan su importe, podrán retener dicha posesión (art. 400). Subsistirá este derecho de retención mientras la cantidad total fijada no sea consignada, asegurada con fianza o satisfecha, a resultas de su posterior comprobación definitiva. La fianza podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria. Esta última podrá constituirse sobre bienes inmuebles del fideicomiso de sustitución condicional y exigir su constitución el fiduciario o sus herederos (art. 401).

Tratándose de bienes inmuebles inscritos, y ya sabemos que el fiduciario está obligado a que el título sucesorio correspondiente se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 368), el párrafo 2.º del artículo 414 dispone que, «deferido el fideicomiso en las sustituciones fideicomisarias o transmitido en los fideicomisos puros, el fideicomisario podrá obtener se inscriba su adquisición, que implicará la extinción del derecho del fiduciario, y así sucesivamente respecto de los sustitutos fideicomisarios posteriores, si los hubiere».

«Para practicar la referida inscripción a favor del fideicomisario—añade el párrafo 4.º del mismo artículo—, se presentarán al Registro con el título sucesorio y documentos complementarios, aquellos otros que acrediten los hechos o circunstancias determinantes de la adquisición por el fideicomisario de los bienes fideicomitidos y la persona del mismo, sin que ello precise acto alguno de entrega del fideicomiso, ni concerniente a la trebeliánica, por parte del fiduciario o de sus herederos, excepto el de transmisión en el fideicomiso puro.»

b) *Sobre impugnación de los actos dispositivos del fiduciario.*—Anteriormente se han expuesto las facultades que competen al fiduciario para enajenar o gravar los bienes fideicomitidos. Sin perjuicio del derecho que tiene cualquier fideicomisario a exigir que el fiduciario preste o amplie la fianza en seguridad de la indemnización que al cesar en el fideicomiso deba abonar al fideicomisario por los perjuicios derivados de su conducta y que entra-

ñen disipación o grave daño para los bienes del fideicomiso (artículo 367), los artículos 404 y 405 del proyecto tratan de las acciones que al fideicomisario competen para impugnar los actos de disposición del fiduciario.

Adquirido el fideicomiso, dice el artículo 404, el fideicomisario tendrá acción para impugnar por ineficaces cuantos actos de disposición haya efectuado el fiduciario en fraude o perjuicio de la herencia o legado fideicomitidos, para reivindicar los bienes enajenados indebidamente o afectos al gravamen fideicomisario condicional, y para solicitar la ineficacia de los gravámenes constituidos en tales circunstancias, siempre salvo lo dispuesto en el artículo 380 y sin perjuicio de los terceros adquirentes, a título oneroso de buena fe, pero sin que pueda reclamar los frutos anteriores.

Es sabido (art. 373) que en la sustitución fideicomisaria condicional el fiduciario puede enajenar o gravar los bienes del fideicomiso, quedando la eficacia de estos actos supeditada a la posible efectividad de la sustitución. Así, pues, si la condición se cumple, tales enajenaciones quedan ineficaces y el fideicomisario puede reivindicar los bienes enajenados, aunque al otorgarse los actos de enajenación *se hubiere silenciado el gravamen*, recalca el artículo 373. Y así debe ser, porque la acción del fideicomisario es, como el derecho, de naturaleza real.

Pero, además, según también se ha visto, puede el fiduciario enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso y sometiendo a las reglas de los artículos 375, 376 y 393, los bienes que se indican en el 374 y 376.

A los efectos del derecho de impugnación que compete al fiduciario, se clasifican los actos de enajenación en dos grupos: los que tengan por objeto reintegrarse el fiduciario del importe de las mejoras, gastos, pago de deudas hereditarias y demás conceptos enumerados en el artículo 403 antes reproducido, y los que el fiduciario haya enajenado o gravado pendiente el fideicomiso para hacerse pago de la legítima y trebeliánica. Los primeros serán inatacables en cuanto sean imputables por su valor a los créditos que el fiduciario ostente contra el fideicomiso al deferirse éste. En cuanto a los bienes enajenados o gravados libres para hacerse pago el fiduciario de su legítima y trebeliánica, hemos de establecer

una previa distinción: a) bienes inmuebles enajenados e inscritos con cancelación del gravamen restitutorio; y b) los demás bienes.

a) Se impone una segunda distinción: que los bienes enajenados e inscritos libres del gravamen restitutorio, al ejercitarse la supuesta acción resolutoria permanezcan en poder del que los adquirió del fiduciario o hayan sido objeto de una segunda o sucesivas enajenaciones. En el primer caso, creemos que el fideicomisario puede ejercitar útilmente su acción contra el comprador o adquirente a título oneroso, porque la inscripción a favor de éste con la cancelación implícita en ella no ha convalidado el acto anulable o resoluble con causa explícita en la inscripción a nombre del fiduciario, en la que consta el gravamen de fideicomiso. En una palabra, no es el tercero protegido por la fe pública del Registro, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si lo serán el segundo o ulteriores adquirentes a título oneroso, porque la cancelación del gravamen que se efectuó al inscribirse la primera transmisión extingue o borra la condición del fideicomiso y estos nuevos adquirentes se hallan plenamente situados en el ámbito del artículo 34. Este es nuestro juicio a propósito de este grupo de bienes. Naturalmente, el proyecto se limita a dejar a salvo el derecho de los terceros adquirentes, a título oneroso de buena fe.

b) Los demás bienes, comprendiendo entre éstos a juicio nuestro los enajenados libremente y que aún continúan inscritos a nombre del que los adquirió directamente del fiduciario. Con respecto a este grupo de bienes, sólo se sostendrán como eficaces, dice el artículo 405 del proyecto, los expresados actos de disposición, en la medida que lo permita la cantidad total a que el fiduciario tenga derecho por los indicados conceptos, después de deducido lo que deba indemnizar por sus responsabilidades en el fideicomiso. De no cubrir tal cantidad el valor de dichos actos, únicamente se sostendrán como eficaces los que por el orden cronológico de su mayor antigüedad quepan por su valor en aquella cantidad, con las preferencias que en el artículo se determinan.

Entre las dos soluciones que se ofrecen, la revocación entre todos los compradores a prorrata en cuanto a los bienes adquiridos, o la revocación de las enajenaciones íntegramente en orden inverso a su antigüedad hasta llegar a la cantidad que acreditara

el fiduciario por los expresados conceptos, el proyecto opta por esta última, que además de ser la más justa, es la más sencilla y la que menos conflictos y trastornos ocasiona.

B) *Obligaciones del fideicomisario.*

Las determina el proyecto en sus artículos 402 y 403. Según el primero, el fideicomisario responde de las deudas y cargas hereditarias que no se hayan pagado con bienes de la herencia, así como de las deudas contraídas por el heredero fiduciario a cargo del propio fideicomiso. Si el fideicomisario aceptare a beneficio de inventario la herencia fideicomitida, los plazos se contarán desde la delación del fideicomiso y le aprovechará el inventario que legalmente hubiere tomado el fiduciario si aceptó la herencia con dicho beneficio.

Y el artículo 403 hace responsable al fideicomisario del importe de las mejoras o incorporaciones realizadas por el fiduciario en los bienes, siempre que no sean suntuarias, reembolso de los gastos abonados por el fiduciario a cargo del fideicomiso, reintegro de las cantidades que éste haya satisfecho por razón de deudas y cargas hereditarias, legítimas, legados a cargo de la herencia y otros conceptos análogos, así como los créditos que el fiduciario ostentare contra el fideicomitente y que por virtud de la delación fideicomisaria sean ya exigibles.

V

Del fideicomiso de residuo.

Si el testador dice, «Instituyo heredero a A, y a su fallecimiento lo que quede de mi herencia pasará a B», establece un fideicomiso de residuo, como también si dice, «Instituyo heredero a A, el cual podrá disponer de los bienes de mi herencia, y a su fallecimiento harán tránsito a B aquellos bienes de que el heredero no haya dispuesto». A poco que se pare la atención, se observará una marcada diferencia entre estas dos fórmulas. En la primera, el fidei-

comiso es algo aleatorio o excepcional; el fiduciario es poco menos que un heredero libre. Se le instituye sin limitar el ejercicio de sus actos dispositivos, siempre que éstos se realicen con buena fe, sin ánimo de defraudar al fideicomisario y observando las especiales limitaciones, términos, condiciones y otras prevenciones lícitas que el testador impusiere (art. 410 y apart. 1.º y 4.º del 408), y únicamente para el caso de que el heredero no haya dispuesto de todos los bienes, *quod ex hereditate superfuisset*—lo que hubiere sobrado de la herencia, según trad. de García del Corral—(D. XXXVI, I, 54), pasará al fideicomisario designado. El concepto de este fideicomiso de residuo resulta del párrafo 2.º del artículo 406 del proyecto que dice: «También hay fideicomiso de residuo cuando el testador circunscribe expresamente la sustitución fideicomisaria al resto de los bienes mismos por él relictos, que el heredero o legatario conserven al deferirse el fideicomiso, por no haber dispuesto de ellos.» Y siendo tan amplias las facultades del fiduciario en esta clase de fideicomiso de residuo sobre el cual el proyecto no contiene más limitaciones que las de los apartados 1.º y 4.º del artículo 408, ya citadas, para mejor fijar su concepto y en evitación de posibles dudas o arbitrarias interpretaciones, el artículo 410, en su segundo párrafo, precisa y aclara que «para que se entienda que un fideicomiso de residuo es de esta clase, se requerirá que no ofrezca dudas la voluntad del testador en ordenarlo, sin que sea suficiente que exprese, sin mayor precisión, que sujeta a fideicomiso lo que de la herencia o legado reste sin disponer al morir el fiduciario, o que autoriza a éste para disponer libremente de los bienes fideicomitidos. No obstante, se entenderá ordenado un fideicomiso de residuo de esta clase, cuando el testador haga depender la sustitución fideicomisaria del hecho de que al fallecer el fiduciario queden de la herencia o legado bienes de los que éste no hubiere dispuesto».

En cambio, en la otra fórmula, el fideicomiso es lo normalmente previsto, y lo excepcional, el ejercicio de las facultades dispositivas autorizadas al heredero fiduciario. El párrafo 1.º del artículo 406 explica así esta clase de fideicomiso de residuo: «Hay fideicomiso de residuo cuando en una sustitución fideicomisaria, a término o condicional, el fiduciario resulte autorizado por el testador para disponer de la generalidad de los bienes de la herencia o le-

gado fideicomitidos, por autorizarlo expresamente, aunque excluya parte del fideicomiso o bienes determinados, o por establecer que aquellos bienes de que no hubiere dispuesto el fiduciario hagan tránsito al fideicomisario.»

Esta es la clase de fideicomiso de residuo que podemos considerar como la normal y corriente y a esta variedad se dedican en su casi totalidad las reglas contenidas en el proyecto.

La facultad dispositiva que el testador concede al fiduciario en este fideicomiso tiene una doble finalidad: proveer a las necesidades del fiduciario y de su familia y mirar por la conservación y mejora del patrimonio fideicomitado. En cuanto el fiduciario tenga necesidad de disponer del patrimonio para subvenir a su subsistencia y la de sus familiares, puede no solamente vender, permutar, y de cualquier modo enajenar o gravar bienes de la herencia entre vivos a título oneroso en concepto de libres, sino también transformarlos, consumirlos o de cualquier modo emplearlos en la satisfacción de sus necesidades personales o familiares, sin tener que proceder a su reposición, aunque el testador sólo haya autorizado la venta (art. 407). Igualmente, según el artículo 409, «siempre que el fideicomitente lo autorizare expresamente, el fiduciario podrá disponer por actos entre vivos a título gratuito de los bienes fideicomitidos en concepto de libres del fideicomiso. No se considerará concedida dicha autorización, aunque el fideicomitente empleare los conceptos «disponer» o «enajenar», «disponer» o «enajenar por actos entre vivos», «disponer» o «enajenar por cualquier título» u otros términos de análoga amplitud. De existir la expresada autorización, el fiduciario, además de los actos expresados en el artículo 407, podrá otorgar donaciones o actos de liberalidad que no sean por causa de muerte, ni contengan reserva de poder revocarlas a voluntad, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 408. Salvo que disponga otra cosa el fideicomitente, quedarán libres del fideicomiso los bienes fideicomitidos, o los muebles subrogados, que al tiempo de deferirse el fideicomiso estén incorporados o destinados materialmente por voluntad del fiduciario a su propio patrimonio o bienes privativos, o los posean pública, pacíficamente y como suyos otras personas».

El artículo 408 señala las reglas a que ha de sujetarse la enajenación o gravamen de bienes del fideicomiso de residuo de la clase

a que nos venimos refiriendo, o sea la del párrafo 1.º del artículo 406. Son las siguientes:

«1.ª Actuarán las especiales limitaciones, términos, condiciones y otras prevenciones lícitas que el testador impusiere. A menos de resultar ser otra la voluntad del testador, si éste autorizase al fiduciario para disponer sólo si obtuviere permiso de la persona o personas designadas al efecto, quedará libre de esta limitación si dichas personas hubieran fallecido, renunciado o quedado incapacitadas. A estas personas les serán aplicables los preceptos relativos a los albaceas particulares, en cuanto lo permita la naturaleza y duración indefinida de la misión a ellas encomendada.

2.ª El gravamen fideicomisario subsistirá no solamente sobre los mismos bienes relictos por el testador que el fiduciario conservar al deferirse el fideicomiso, sino también sobre el dinero o bienes que por subrogación real hayan remplazado a los demás bienes fideicomitidos, sea o no por efecto de dicha facultad dispositiva del fiduciario, extensiva también a los bienes subrogados. La pesquisa de subrogados únicamente procederá después de deferido el fideicomiso al fideicomisario, a menos que el testador estableciere otra cosa.

3.ª Si el fideicomiso de residuo fuere de herencia, no podrá el fiduciario enajenar o gravar la cuarta parte de los bienes de ella. El fideicomitente podrá eliminar esta limitación. Se entenderá eliminada si expresamente ha autorizado al fiduciario para disponer de la totalidad o libremente de los bienes fideicomitidos.

4.ª En el uso de su poder dispositivo el fiduciario deberá proceder con buena fe, sin ánimo de defraudar al fideicomisario. El fideicomisario, sin perjuicio de las acciones de simulación que procedan, podrá impugnar seguidamente los actos dispositivos fraudulentos del fiduciario, sin que ello pueda afectar a los adquirentes a título oneroso ajenos al fraude. El testador no podrá excluir esta regla, pero sí prohibir la impugnación en tanto no se difiera el fideicomiso, siempre que el fiduciario fuere su cónyuge o ascendiente. De no permitirlo expresamente el fideicomitente, el fiduciario no podrá disponer de bienes fideicomitidos a cambio de una renta, pensión o canon vitalicio o temporal, ni tampoco reservándose el usufructo.»

Observamos en la tercera de las reglas transcritas un *lapsus* o

error de expresión. Lo que debe querer decir dicha regla es que el fiduciario tendrá que respetar o reservar una cuarta parte de la herencia para el fideicomisario. «A veces ha dado lugar a dudas, dice Durán y Bas (ob. cit., pág. 263), la extensión del derecho del heredero fiduciario cuando la restitución está limitada a lo que quede de la herencia al tiempo de su muerte. La opinión más común entre los intérpretes es que el fiduciario puede disponer por acto entre vivos de las tres cuartas partes de la herencia, y que únicamente puede hacerlo de la cuarta parte restante en caso de necesidad, sobre todo si es para atender a la subsistencia o al pago de dotes, redención de cautivos y otros análogos; y esta opinión, que es la más universalmente seguida, tiene su apoyo en la Nov. 108, capítulos 1.º y 2.º de las de Justiniano, y en la Auténtica *Contra cum*, ley 6.ª, Cód. *Ad Senat. Con. Trebell.*, por lo que debe ser elevada a ley para evitar que esas dudas se reproduzcan».

Finalmente, la facultad dispositiva se entiende concedida, salvo que el testador disponga otra cosa, sólo al heredero o legatario llamados primeramente, así como a sus sustitutos por la vulgar expresa, quedando excluidos los llamados en segundo o ulterior lugar que lleguen a ser fiduciarios, así como los sustitutos del primero, por la vulgar tácita o por sustitución de otra indole, así como los coherederos o colegatarios que por derecho de acrecer hagan suya la cuota fideicomitida. Así lo determina el artículo 411 del proyecto.

VI

Extinción de los fideicomisos.

La prescripción extintiva de los bienes fideicomitidos implica la extinción del fideicomiso al faltar su elemento real. Declara el artículo 412 que «la usucapión iniciada sobre la herencia o legado fideicomitido o los bienes que comprendan, no correrá en perjuicio de los fideicomisarios, sino a contar de la delación del fideicomiso a su favor. Tampoco antes de esta delación correrá la prescripción de las acciones que el fiduciario ostente contra el fideicomiso, o el fideicomisario contra aquél».

Aparte esta causa de extinción, el artículo 413 del proyecto, dice:

«El fideicomiso se extinguirá:

1.º Por no quedar ningún fideicomisario con derecho al mismo, ni por vía de sustitución vulgar.

2.º Por incumplimiento de la condición en la sustitución fideicomisaria condicional.

3.º Por llegarse a llamamientos fideicomisarios que sobrepasen los límites legales permitidos.

4.º Por causas derivadas de preceptos de esta Compilación.»

Entre las varias causas de extinción del fideicomiso, derivadas implícita o explícitamente de preceptos de la Compilación, podríamos citar las siguientes: a) Cuando habiéndose aceptado la herencia a beneficio de inventario, no quede activo hereditario, teniendo que aplicarse todo él a enjugar el pasivo de la herencia. b) Por la misma razón de faltar el elemento material se extinguirá el fideicomiso por destrucción o pérdida de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de las acciones del fideicomisario contra el fiduciario y del derecho de resarcirse sobre los bienes de la fianza. c) Por igual causa cuando en el fideicomiso de residuo que no sea de herencia, el legatario hubiese consumido los bienes legados. En el fideicomiso de residuo de herencia ya sabemos que el fiduciario ha de reservar para el fideicomisario por lo menos una cuarta parte de los bienes de ella, salvo que el fideicomitente eliminara esta limitación. d) Por renuncia de todos los fideicomisarios. e) Por incapacidad de los fideicomisarios sobrevenida antes de adquirir éstos la herencia y después de la delación al fiduciario. f) Cuando el fiduciario llamado no llegue a ser heredero o legatario por cualquier causa, sin existir sustituto vulgar expreso y habiendo designado el testador un solo sustituto fideicomisario, porque en tal caso, hallándose la sustitución vulgar implícita en la fideicomisaria, el fideicomisario pasa a ser heredero o legatario libre, y sucediendo directamente éste al testador, que es el caso de la sustitución vulgar, el fideicomiso queda extinguido. g) En la sustitución fideicomisaria a término, por fallecimiento del fideicomisario antes del *dies venit*, cuando el testador (pár. 2.º del art. 343) haya excluido la transmisibilidad del fideicomiso a los herederos del fideicomisario, y h) En aplicación de la ley *cum avus*, cuando el heredero descendiente del testador gravado de restitución a otro des-

cendiente o a un extraño, deje hijos u otros descendientes, en cuyo caso, por motivos de piedad, se presume *juris tantum*, revocada la obligación de restituir.

Tratándose de bienes inmuebles, a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 414, la extinción de los fideicomisos se hará constar en el Registro por cancelación practicada en virtud de los documentos que acrediten dicha extinción.

VII

De la sustitución preventiva de residuo.

El proyecto ha configurado bajo esta denominación ciertas expresiones defectuosas o incorrectas, pero que son manifestaciones de voluntad a las que el legislador debe dar oportuno cauce legal. Se trata de estas cláusulas que a menudo se leen en los testamentos concebidas en éstos o parecidos términos: «Instituyo heredero a A, quien podrá disponer de los bienes de mi herencia por actos *intervivos* y *mortis causa*, sustituyéndole por B en aquellos bienes de que acaso no haya dispuesto», o bien «Instituyo heredero a A, y para el caso de que éste falleciera intestado le sustituyo por B en aquellos bienes de mi herencia de que mi dicho heredero no haya dispuesto por actos entre vivos o por causa de muerte». En estas dos fórmulas, casos previstos en el proyecto, artículos 406, párrafo último y 415, párrafo 1.º, no hay fideicomiso de residuo, aunque el testador empleare esta denominación, porque las ilimitadas facultades dispositivas del heredero o legatario hacen que éstos ostenten la cualidad de heredero o legatario libres. Y esta cualidad es incompatible con la de fiduciario o gravado de restitución, condición ésta esencial en el fideicomiso. En el fideicomiso de residuo, los bienes no pueden enajenarse libremente, en el sentido de acto libre, ni aún por el fiduciario del párrafo 2.º del artículo 406, tan privilegiado, el cual, aparte las limitaciones, términos, condiciones y otras prevenciones lícitas que el testador impusiere, en el uso de su poder dispositivo deberá proceder con buena fe, sin ánimo de defraudar al fideicomisario (pár. 1.º del art. 410).

Por ser distinta la naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo, el proyecto se ocupa de ésta en dos artículos que forman capítulo aparte del dedicado a los fideicomisos. Por lo demás, prácticamente ambas instituciones persiguen el mismo objetivo, atribuir a una persona designada por el testador la propiedad de los bienes que resten al fallecimiento del heredero, por no haber éste dispuesto de los mismos. Y esta atribución tiene en las dos el mismo carácter: por no formar tales bienes parte de la herencia relicta por el heredero o legatario, se entiende que los adquiere como sucesores del testador.

La delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo requiere, como ya resulta de lo dicho, que el heredero o legatario fallezcan intestados, y, por tanto, de no resultar ser otra la voluntad del testador, aunque hubieren otorgado testamento que sea nulo, revocado o ineficaz por otra causa, o que el heredero por ellos instituido no llegue a sucederles. Sin embargo, de ser el heredero o legatario cónyuge del testador, que junto con éste hubiesen otorgado heredamiento preventivo, prevalecerá sobre éste la sustitución preventiva de residuo.

Creemos que esta preferencia se dará pocas veces, porque recayendo generalmente el heredamiento preventivo en un hijo de los consortes heredantes, por lo común el que sea su primogénito, si el sustituto preventivo designado no es otro hijo del cónyuge heredero, o acaso un hijo del cónyuge testador habido de otro matrimonio, la ley *cum avus* impedirá que prevalezca el sustituto preventivo sobre el heredero instituido en el heredamiento preventivo.

JOSÉ SERVAT,

(Registrador de la Propiedad jubilado.)

Los Comentarios de Ramón de la Rica a la reforma del Reglamento Hipotecario

Dice el autor que múltiples y alentadores requerimientos, le decidieron a publicar esta nueva obra que puede considerarse como continuación y complemento de sus anteriores Comentarios al Reglamento de 1947.

Nunca más exactas unas palabras. No bien viera la luz la reforma, en el ánimo de todos prendió la idea de disponer y tener a mano la exégesis de sus disposiciones por el—sin duda para las mismas—comentarista más autorizado: el gran Ramón de La Rica y Arenal, que con su estilo claro, diáfano, ha logrado conseguir que esta materia de nuestros afanes: la hipotecaria, un tiempo ha tenida por abstrusa, se trueque en una de las más sencillas y atractivas de las disciplinas jurídicas.

Pocos serán ya los que cuando aparezcan estas modestas notas al libro de nuestro primer Registrador (por méritos de ciencia y bondad), desconozcan sus Comentarios. Notas que son una recensión de sus ideas y en las que a veces surge una ligera discrepancia para hacer resaltar con seguridad el valor de aquéllas. No se tomen, pues, como petulancias (¡cuán lejos esto siempre de nuestro ánimo!). Aparte de que el Derecho, como le oí—y hasta puede ser lo tenga escrito—a uno de los más sutiles juristas de nuestros días: Don José González Palomino, «si todos pensásemos igual, sería atrozmente aburrido».

Pero ya está bien de divagar. Pasemos a la obra, y siguiendo su estructura entremos en él.

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE LOS BIENES Y DERECHOS INSCRIBIBLES

Empieza por referirse La Rica a la modificación realizada en el número 2.º del artículo 5.º, en cuanto a la inscripción de los bienes municipales y provinciales, que, en realidad, se ha limitado a concordar su redacción con la innovación introducida en el artículo 344 del Código Civil por la moderna legislación de Régimen local (1).

Hace una ligera digresión justificativa de la variación de expresión en el artículo 6.º y supresión de referencia en el mismo «a los artículos 15 y siguientes», por no ser ya congruente, y pasa a analizar ese nuevo derecho de retorno, de exclusiva creación legal, según afirma con acierto.

Examina La Rica la regulación—que llama sustantiva—de este derecho en el articulado de la ley especial (13-IV-1956), para deducir que aunque se trata de un derecho *personal*, ejercitable frente al arrendador, se ha querido por el legislador atribuirles efectos reales, cual los produce hoy el arrendamiento, haciéndole valer frente a tercero.

Cierto es—agrega—que el arrendamiento produce tales efectos sin necesidad de inscripción; pero, al menos, existe *la posesión arrendaticia*, que publica a tercero la existencia del contrato; de ahí el porqué el preámbulo del Reglamento Hipotecario reformado habla de dar *publicidad*, al regular este *derecho de retorno*, a situaciones imprecisas, susceptibles de crear graves problemas a la seguridad jurídica y al crédito. Al darle acceso al Registro—añade—se defenderá por igual al propietario y al inquilino.

(1) Para Martínez de Bedoya (Reflexiones sobre la reciente modificación del Reglamento Hipotecario, «R. C. D. I», núm. mayo-junio 1959), aquí los reformadores se han quedado «cortos», pues si los bienes de dominio público *natural* no precisan que se les exceptúe de la inscripción, los restantes *sean o no de uso público*, deberán ser sus titulares los que decidan sobre la conveniencia o no de llevarlos a la protección registral.

Y así encuentra nuestro autor *recta* la doctrina del nuevo y flamante artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

Como se trata de un derecho, *personal* en su esencia, no negociable ni susceptible de gravamen, no es inscribible en el Registro, expresa La Rica; pero debe hacerse constar por medio de una nota marginal, que es de por sí suficiente advertencia de su existencia para tercero, y que deberá reflejarse en las certificaciones de cargas como una auténtica limitación del derecho del propietario (2).

Entiende La Rica que, transcurridos los tres años, y cancelada por caducidad la nota, «con justificación fehaciente», es de suponer que pueda extenderse nueva nota.

Asimismo entiende que no debe haber inconveniente en extender la nota de constatación de este nuevo y singular derecho, en los casos que el mismo haya nacido con anterioridad a la vigencia de la reforma reglamentaria, siempre que no se haya hecho efectivo o no haya caducado (3). Por ello la nueva nota a que se refiere

(2) O sea, que en realidad se lleva o plasma en los libros como una *afección* o *limitación legal*. Y éstas, bien sabemos que es innecesario constatarlas. Se ve claramente la indecisión de los reformadores con este llamado derecho de *retorno*. El que sea *personal* no podía impedir su reflejo tabular. Como *personal*, por no citar más, y nada menos que a *inscripción*, va el contrato de opción de compra al Registro (art. 14 del Reglamento).

Puestos a dar acceso a los libros hipotecarios a este derecho, debiera haberse meditado por los reformadores la posibilidad de reflejarlo por medio de anotación preventiva en vez de nota marginal (que extraña para un derecho, por más que se quiera revestirlo como *afección*), lo que hubiera permitido su conversión (de la anotación, claro) al presentarse el contrato de arriendo posteriormente, adornado de ciertas formalidades judiciales o notariales. Aunque el contrato fuera privado la anotación—como la nota—nacería siempre a base de un documento público: la autorización para el derribo del Gobernador civil.

Sin duda se encontrará forzada esta interpretación, ya que al fin sería llevar, a través de la anotación, la inscripción de un contrato privado al Registro, contra lo dispuesto en la Resolución de 17 de febrero de 1956. Pero dada la singularidad de este derecho y el precedente del artículo 59 de la Ley Hipotecaria, se podía, repetimos, haber buscado una fórmula que sirviera de vía para dar entrada a la contratación arrendaticia urbana en el Registro de la Propiedad. Desde luego, si esas formalidades judiciales o notariales no se llenaban respecto del contrato, caducaría la anotación, cual sucede con la nota.

Convertida la anotación en inscripción, podrían verificarse regístralmente las *transmisiones arrendaticias* que la ley especial consiente. Claro es que con esta ley para nada necesitan arrendatarios e inquilinos del Registro de la Propiedad.

Más seguramente tampoco del reflejo en el mismo de ese singular derecho de retorno.

(3) Esta caducidad a que se refiere La Rica será la de treinta días, una vez reconstruida la finca y notificado el arrendatario o inquilino para reinstalarse, del artículo 82 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

anteriormente—o sea, una vez caducada la que se tomara por tres años—debe asimilarse a esta última.

Pasa a continuación a estudiar el *derecho de superficie* que, como expresa con justeza, «si bien es una vieja institución con copiosos antecedentes romanos y medievales, hasta la promulgación de la denominada Ley del Suelo, carecía en nuestra patria de regulación jurídica».

Pero dicha Ley, dice La Rica, estableció preferentemente sus normas para los derechos de superficie concedidos por el Estado y entidades públicas, dejando amplia libertad de pactos para los concedidos por particulares.

La legislación hipotecaria no podía estar *ausente*—escribe—de la regulación de un derecho típicamente real, en el que la inscripción en el Registro, como sucede con la hipoteca, se considera constitutiva; y a tal efecto la reforma reglamentaria regula el derecho de superficie en el número 1.º del nuevo artículo 16, si bien es de advertir que su ámbito es el de la propiedad urbana (para la rústica se regula, como veremos, en el artículo 30-3.º), aunque, como señala con acierto más adelante, no hay inconveniente en que se constituya sobre un fundo rústico, siempre que su finalidad sea la de construir o edificar.

Con minuciosa claridad va señalando La Rica las características que para su admisión en el Registro deben adornar al derecho de superficie, tanto por lo que respecta a su naturaleza, como a sus elementos personales, reales y formales, cuidando de poner de relieve—en lo que insiste con todo acierto después—, para evitar todo confucionismo, que una cosa es el derecho superficiario para elevar plantas a un edificio ya construido o para realizarlas en su subsuelo, regulado en el número 1.º del artículo 16, y otra muy diferente el mismo derecho diseñado en el número 2.º del mismo artículo, pues este segundo tiene el carácter de propiedad plena sobre lo edificado y de condominio sobre los elementos comunes del total edificio.

De aquí la disección acabada que hace seguidamente de los que denomina elementos *accidentales* (que acaso, según nosotros, son las principales características del derecho en cuestión), cual el *plazo* que, como señala con acierto, debiera habérsele dado una mayor flexibilidad, autorizando la concesión del derecho por la vida de

una o más personas vivas al tiempo de su constitución; *precio o canon*, para el que la reforma deja gran libertad, si bien señalando que su impago no puede dar lugar al comiso, aunque sí, afirma La Rica, a las acciones judiciales para su cobro que sean procedentes, a tenor de lo pactado, y como entre los pactos podrá figurar la garantía hipotecaria sobre el mismo derecho es indudable que la ejecución de ésta podrá terminar—decimos nosotros—por la adjudicación de la superficie al concesionario; *construcciones y realización*, que como han de constar en la inscripción, adquirirán fuerza real y vincularán a los terceros en caso de transmisión del derecho de superficie (4); *garantías reales*; *destino final* de lo construido, respecto del cual el Reglamento después de sentar el principio general de que lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, admite pacto en contrario, por lo que—afirma La Rica—todos los pactos, en tanto no sean usurarios o contrarios a la ley, son lícitos, aunque lo normal será que el edificio pase a ser del dueño del suelo, con la indemnización que se haya establecido; y, finalmente, *inscripción* constitutiva, según se ha dejado señalado, y que cuando se trata de un derecho superficiario concedido sobre un solar—advierde con precisión—, no habrá necesidad de sustantivarlo e inscribirlo con separación del suelo, pero si se establece sobre edificio ya construido—vuelo o bajo suelo—, sin perjuicio de inscribir la constitución en la finca total, no habrá inconveniente en que se inscriba después cual los pisos independientes, conforme al número 3.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes.

Y éstos nos lleva sin dislocación sensible al examen de esos otros derechos—de «levantar» y «profundizar o ahondar» les llama La Rica—que se regulan en el número 2.º del artículo 16, de tan parecida fisonomía con el de superficie analizado, cuya principal diferenciación se hallará, siguiendo a La Rica, tanto en la *temporalidad* del último y *perpetuidad* de aquéllos, como en la forma de originarse o plasmar, mejor, sobre el objeto que recaen, pues los de

(4) Tememos que esta afirmación de La Rica no sea plenamente aceptada, pues entraña sin duda la extensión del principio de legitimación a los datos físicos y aun imponderables, como el costo presupuestado de la obra, según dice. Desde luego aquí entendemos la legitimación registral a la manera de la magistral sentencia de 21-III-1953, de la que puede verse el fino comentario que hace de la misma en estas páginas, 401 y siguientes, igual año, nuestro competente y querido compañero José Azpiazu Ruiz.

levante y *ahondar*, sólo pueden configurarse sobre edificaciones ya construidas o en construcción (aunque también así el de superficie), pero no sobre terrenos sin edificar, solares o tierras, como este de superficie.

Como señala Ramón de La Rica, estos derechos—de *levante* o *ahondar*—pueden generarse: a) por reserva expresa del propietario de una edificación, al enajenarla en su totalidad o en parte; b) por transmisión a un tercero, sin constituir derecho de superficie. En ambos supuestos habrá de hacerse constar el porcentaje de las cuotas en los elementos y gastos comunes, y los estatutos del régimen de comunidad.

Tal *reserva*, autenticada por el Registro, constituye, a juicio del autor, un derecho real transmisible por actos *intervivos* y *mortis causa*, y como tiene un contenido económico, hipotecable y embargable, se hará constar en las inscripciones correspondientes a los pisos que el propietario enajene y se inscriban en folio separado, puesto que implican una limitación que ha de afectar a terceros. Por ello, dice, innecesario es agregar el que (aparte lo de los porcentajes ya expresados) al formalizarse la reserva *podrán* expresarse las características y circunstancias de las obras a realizar. (Creemos que La Rica ha debido decir *deberán*, en vez de *podrán*.)

El plazo para la ejecución de las obras, a diferencia de lo que se determina para la superficie, no lo fija el Reglamento; pero entiendo muy bien La Rica que se extinguirá por prescripción al no llevarlas a cabo.

La segunda forma de generarse los citados derechos no ofrece singularidad.

Tras de justificar, con su proverbial claridad, los añadidos o injertos a los artículos 17 y 18, no sin terminar advirtiendo respecto a ellos que «ha de entenderse que el cambio de un bien inscrito directamente a favor de un Servicio u Organismo con personalidad propia y patrimonio independiente a favor de otro Organismo o servicio diferente, implica un cambio de titularidad, y que para ello será necesario la titulación correspondiente», hace una cumplida exégesis del que casi se puede decir nuevo artículo 26, por cuanto hay que destacar en el mismo «la excepcionalidad que supone, en cuanto al documento inscribible, de admitirse una *enajenación* en documento administrativo», y «el examen por el Abo-

gado del Estado de los títulos administrativos referentes a embarcos, adjudicaciones a la Hacienda y cesiones por ésta»; solución que por nuestra parte consideramos de sumo acierto y vemos con agrado, y por la que ha tiempo propugnamos, según puede verse en nuestra nota a la R. de 6 de octubre de 1947 (especialmente pág. 50, año 1948, esta Revista).

Se refiere a continuación La Rica a esa nueva inscripción *obligatoria* que implica en cuanto a los montes del Estado, entes públicos *territoriales*, o de los establecimientos a que pertenezcan, el párrafo 1.º del artículo 30, como el 2.º del mismo, en el que se incrustan la titulación referente a concentración parcelaria y concesiones otorgadas por la Administración, y que el imperativo «inscribirán» con que termina dicho párrafo, es indicio absoluto para nosotros y creemos también para La Rica, puesto que dice es igual que el anterior, de su inscripción obligatoria.

Pero lo más importante de este casi nuevo artículo 30 es la regulación que hace del derecho de superficie o vuelo en fincas rústicas, respecto de la que dice con razón La Rica, haberse efectuado en términos ambiguos, debido sin duda, añade, a la extremada variedad de tal derecho en las diversas regiones españolas; lo cual no es razón, a nuestro juicio hasta el extremo que acaso hubiera sido mejor no regular nada... ¿Es que va a legitimar, por ejemplo, el Registro, respecto a tercero, destinos y mejora? Prueba de ello son esas garantías reales a que habrá de echarse mano hasta para asegurar el pago del canon o de la reversión de plantaciones, de que nos habla La Rica. Claro, hay que proclamar, que no se ha empeorado y que se le ha *reconocido*, por decirlo así, la situación que las viejas Resoluciones que cita el autor le habían otorgado en el Registro a este derecho.

Acaso la materia mejor desenvuelta en la reforma reglamentaria es la regulación registral de las adquisiciones efectuadas en virtud de expropiación forzosa, pues a la muy pobre, raquítica, como dice expresivamente nuestro autor, reducida al breve artículo 32, ha sustituido un nuevo y extenso texto, inspirado en la nueva Ley y su Reglamento de dicha materia y, además, por lo que respecta a los Registradores, por la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de abril de 1958.

Las seis reglas del nuevo artículo son analizadas diáfananamente

por La Rica, y a su texto nos remitimos. Solamente nos permitiremos una alusión a la tajante prescripción del apartado 1.º de la regla 5.ª, respecto a la cancelación del *dominio* inscrito con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere el artículo. ¿Aunque hubiese sido practicada en virtud de título de fecha anterior a la incoación del expediente y no hubiese sido parte el *autor* en el mismo? Así parece. No cabrá, pues, alegar por analogía lo dispuesto en el párrafo final del artículo 198, como en los procedimientos de ejecución ordinaria es corriente (véase por todos, en la cuestión Roca, pág. 517, *Derecho Hipotecario*, t. III, edic. 5.ª).

En cuanto a las minas, también la reforma ha sido grande, pues casi a la distinta redacción del artículo 67, se ha añadido otro, totalmente nuevo, inspirándose todo ello, dice La Rica, en las disposiciones de la vigente legislación minera, que no habían sido recogidas en el anterior Reglamento.

Sobre ese nuevo artículo 68 sí que podemos decir con justicia que proyecta luz propia Ramón de La Rica. Según afirma, en todo caso—conforme a tal artículo—ha de practicarse la inscripción a favor del heredero extranjero. Si el Ministerio ha prestado su conformidad y se acredita en el título inscribible o se acompaña traslado del acuerdo administrativo, la inscripción deberá expresarlo y podrá considerarse como una inscripción normal de herencia. Si no la aprueba, por acordar la subrogación en favor del Estado, se practicará también la inscripción a favor del heredero, haciendo en ella constar el acuerdo firme de subrogación, y después el nuevo titular registral deberá expresar su consentimiento para la posterior inscripción a favor del Estado, o, si no la presta o si hay desacuerdo en la tasación, habrá de recurrirse a la expropiación forzosa.

Por lo que se refiere a las aguas también ha sido importante la reforma.

La breve adición introducida en la regla 7.ª del artículo 70, al intercalar en ella que la anotación preventiva, previa al expediente administrativo para la inscripción de los aprovechamientos en el Registro especial organizado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, *caducará en el plazo establecido en el artículo 86 de la ley*, o sea, a los cuatro años, es, como dice La Rica, de efectiva trascendencia.

El Reglamento anterior y su Modelo XIII, consideraba a esa anotación como de las tomadas por defecto subsanable, y, por tanto, con vigencia solo de sesenta días, plazo exiguo para la ultimación del expediente y su inscripción en el Registro administrativo. Aparte de ser precisa la anotación para la iniciación del expediente, lo cual mal podrá calificarse de defecto.

Ha puesto, por tanto, la reforma en su punto las cosas, pues si la consideración de defecto es lógica, como indica el comentarista, cuando se trata de los aprovechamientos de agua *obtenidos por concesión*, en cuanto a los ganados por *prescripción*, la anotación previa que al efecto ha de tomarse no es sino la conducente a la inscripción definitiva, una vez que el aprovechamiento haya sido administrativamente registrado.

Por lo demás, y conforme a las luminosas Resoluciones de 24-III-1922 y 8-XI-1955 y ley de 27-XII-1956, hace La Rica una acabada exégesis de la reforma efectuada en los otros artículos 69 y 71 que tratan de esta cuestión, de la que queremos destacar la diferencia que señala entre el régimen registral de los aprovechamientos colectivos de aguas públicas y privadas, pues así como en los primeros, las inscripciones de los derechos de los partícipes van a la misma hoja en que se haya inscrito el aprovechamiento total, en los segundos esos derechos se inscriben como fincas nuevas, bajo número y en hoja diferente. Pueden parangonarse—dice—los primeros con las inscripciones de bienes proindiviso, y los segundos, con los de pisos, inscritos con separación de la inscripción del edificio total (5).

Por lo demás, manifiesta, con razón, La Rica que la reforma reglamentaria ha recogido, en el artículo 71, las líneas generales de la referida Ley de 27-XII-1956 (que aunque dictada para Canarias, podía ser aplicable con carácter general), que trató de regular el funcionamiento de las Comunidades de regantes, propietarios de aguas privadas, que en el Archipiélago tenían arraigo muy antiguo, y al efecto les concedió personalidad jurídica, debiendo organizarse para ello, con arreglo a alguna de las figuras legales existente en nuestro derecho como Sociedad en lo privado, Sindi-

(5). Pero, conforme dice Roca, pág. 72 y sigs., t. II, *Derecho Hipotecario*, edic. 5.ª, y contrariamente al espíritu y hasta letra del artículo 218, letra C) del Reglamento.

cato en lo público o Asociación de interés particular. Su forma será en lo futuro la escritura pública, en la que se consignarán los Estatutos, que no se podrán modificar sino en la Asamblea general por mayoría de las dos terceras partes de las cuotas, etc. En el Registro se practicará una inscripción extensa o principal del volumen total del agua, sin perjuicio de que cada dueño o partícipe pueda inscribir como finca independiente suya las aguas y cuotas que en los bienes indivisibles y de uso común le pertenezcan.

Finaliza La Rica el primer capítulo de su obra desmenuzando, por así decirlo, la adición efectuada por la reforma del artículo 83, referente a la inscripción de legados.

A tal efecto y con su habitual pericia, distingue los tres diferentes supuestos que dicha adición encierra: a) Inscripción de inmuebles determinadamente legados. b) Inscripción de los mismos cuando toda la herencia se distribuya en legados. c) Inscripción de legados en este último caso, cuando no sean de cosas específicas y determinadas.

Por nuestra parte, diremos que si bien en la práctica el problema no ofrecía inconvenientes, no ha estado demás que se haya aprovechado la reforma y solucionado plenamente en el artículo reglamentario correspondiente.

CAPÍTULO II.

FORMA Y EFECTOS DE LA INSCRIPCION

Comienza por referirse La Rica, en esta sección de su libro, a las pequeñas modificaciones introducidas en las circunstancias 2.^a, 4.^a y 9.^a del artículo 51 del Reglamento.

En cuanto a la primera—«consignar en los asientos los números del polígono y de la parcela y hacer constar la clase del cultivo a que se destina la finca»—, encarecidas no sin ciertas reservas en cuanto a su eficacia por nuestro autor, nos parecen, en particular lo de la referencia al cultivo, tan de «adorno», por así mejor calificarlas, cual la del añadido a la circunstancia primera—a que ni siquiera alude La Rica—: eso de «secano o regadío y la super-

ficie aproximada destinada a uno y otro», pues son contingencias que en nada vemos puedan afectar a la institución (6).

En cambio sí es de trascendencia y juzgamos atinada (aunque, por mucho que se quiera forzar la interpretación, la modificación reglamentaria entraña una evidente contradicción con lo dispuesto en la regla 1.^a del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria), el que, como señala la circunstancia 4.^a, haya de expresarse la *medida superficial en todo caso*.

Verdaderamente, como indica La Rica, era inconcebible que pudieran inscribirse fincas en el Registro, sin expresión de su cabida superficial, dato quizá el de más entidad para su identificación.

También la adición en la circunstancia 9.^a de la constatación, «en su caso de la vecindad foral y nacionalidad», es cual dice La Rica, acertada.

Al referirse el autor al injerto llevado a cabo por la reforma al artículo 94, se muestra complacido, pero se duele de que la nota marginal expresiva de que han transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio, no tenga *carácter cancelatorio* de la causa resolutoria que afectaba a la inscripción (de compra por mujer casada, sin licencia marital).

En realidad si esa nota no tiene el carácter cancelatorio que le deseara La Rica (y en ello se ha de alabar la prudencia de sus redactores), ¿qué representa? (7).

Acaso hubiera sido mejor dejar intocado el precepto.

Pasa a continuación La Rica a examinar —con precisión y método— los artículos 95 y 96 nuevos, sobre cuyos patrones anteriores tanta literatura se produjo (8).

Precedentes o heraldos, sin duda alguna, del trascendental novísimo artículo 1.413 del Código Civil (que no es lugar adecuado

(6) Con toda seguridad, sí, al Fisco en sus comprobaciones (que pueden resultar falsas, en perjuicio de los particulares) de los *impuestos de la Renta, Derechos reales*, etc.

(7) Podría haberse enfocado la cuestión a manera de una *caducidad* especial, transcurridos no los cuatro años desde la disolución del matrimonio, según el artículo 1.301 del Código Civil, sino seis y hasta ocho desde aquélla, de manera parecida a la disposición transitoria 3.^a de la ley, respecto a las hipotecas.

(8) Ver particularmente la notable conferencia del Notario don Angel Romero Cerdeiriña: «Actos de disposición sobre gananciales; un *parche* reglamentario», pronunciada el 8-IV-1949, en el Colegio de Abogados de Valencia.

éste para juzgar) desarrollan aquellos artículos 95 y 96 la doctrina registral del hombre y la mujer casados, distinguiendo, como expone La Rica, los actos *adquisitivos*, de los *dispositivos*, referidos a bienes gananciales o *presuntivamente gananciales*; como con justeza expresa el texto legal.

Dentro de los actos adquisitivos habrá que distinguir—escribe La Rica—dos grandes grupos: a) Adquisiciones realizadas u otorgadas por *ambos cónyuges*; y b) Adquisiciones efectuadas por *uno solo de ellos* (9).

En el primer grupo habrá que subdistinguir a su vez: a) las adquisiciones que se realicen por ambos cónyuges *sin atribución de cuotas* indivisas ni de partes determinadas a cada uno de ellos; y b) cuando, por el contrario, la adquisición sea con tal atribución de cuota o de parte determinadas, caso este segundo que en realidad, apunta La Rica, caerá en el ámbito de la regla 2.^a del artículo 95 y no en la 1.^a del mismo artículo, reservada específicamente para las adquisiciones de las minúsculas a) que precede y a) que sigue, como veremos a continuación.

En cuanto a las adquisiciones efectuadas por un solo cónyuge, discrimina el autor con el artículo: a) que el adquirente no haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación; b) que el otro cónyuge, bien interviniendo en el documento adquisitivo, bien en otro anterior o posterior, asevere que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, y c) que se justifique cumplidamente esa exclusiva propiedad del precio o contraprestación.

(9) Ventura-Traveset, propugna por la exigencia de la intervención de la mujer para que el marido *adquiera* por título de compraventa y para la sociedad conyugal, bienes inmuebles; ya que—añade en otro lugar de su trabajo—la palabra adquisición, pese a su sentido, no siempre significa un mejoramiento económico, pues que el marido manirrito también podría realizar por sí solo una adquisición de bienes tan despreciados, que el precio pagado por ellos significaría una ruina económica, o al menos una pérdida notable para los intereses de la sociedad de gananciales («La ley de 24 de abril de 1958», esta Revista, núm. julio-agosto, 1959).

Sobre que de *adquisiciones* nada dice el artículo 1.413 del Código y su interpretación como norma nueva debe ser restrictiva, esta exigencia de Ventura nos parece excesiva y creadora de complicaciones. Sin embargo, cuando el negocio, sea compraventa y hasta donación envuelva contraprestación que suponga onerosidad o *disposición*—si así quiere llamársele—para la comunidad conyugal, sí que será exigible el consentimiento de la mujer, como ya apuntamos en estas páginas respecto a los aplazamientos de pago garantizados con condición resolutoria expresa, hipoteca, etc., pág. 294, marzo-abril 1959.

Para el precedente caso a), aunque, como afirma La Rica, exista cierta disparidad entre el contenido del título, que atribuye la adquisición a un solo cónyuge y el contenido de la inscripción, ésta se practicará a nombre de los dos, o sea, como antes dijimos, rige la regla 1.^a del artículo 95 (10).

Para el siguiente caso b) regirá la regla 2.^a de dicho artículo: la inscripción se practicará a favor del adquirente, haciendo constar la aseveración del otro cónyuge. ¿Y si esta aseveración, se interroga La Rica, *es sólo del propio cónyuge adquirente*? Entonces, asegura, si no va seguida de justificación cumplida, carecerá de todo valor jurídico en el Registro, y la *inscripción habrá de efectuarse a favor de ambos cónyuges*.

El caso c) es sobradamente conocido, como la innovación reglamentaria, recogida de la práctica registral, de que si se justifica la procedencia del precio o contraprestación con posterioridad a la inscripción del título adquisitivo, se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de lo inscrito.

En cuanto a los ACTOS DISPOSITIVOS, sus normas, como escribe La Rica, corresponden a los distintos supuestos contemplados en las tres reglas del artículo 95. Estimando completa la explicación que al efecto hace aquél a su texto nos remitimos, si bien queremos resultar su sugerencia referente a si siendo adqui-

(10) Manifiesta La Rica que para obviar las dificultades nacidas de repetidas resoluciones, que impiden extender inscripciones a favor de la sociedad conyugal, se ha recurrido en esa regla 1.^a del artículo 95. a la fórmula de que se practiquen «a nombre de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal».

¿Es esto lo mismo que lo archiconocido anteriormente «de que los bienes aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer *con ciertas circunstancias o datos* que permiten su atribución a la comunidad ganancial», según esas resoluciones?

Para La Rica, sin duda. Pero no dejará de producir dudas y suscitar interpretaciones, como ya hemos tenido ocasión de comprobar con las inscripciones de ciertos derechos, el usufructo, por ejemplo, adquirido por un cónyuge solamente a título oneroso y sin justificación de precio. Si es para la «sociedad conyugal», se afirma por algunos, habrá de cancelarse tan pronto se disuelva ésta, aunque sea por muerte del que no figure como adquirente. Interpretación a nuestro juicio sobre peligrosa, inadmisibles (aparte de que lo que adquiere la sociedad conyugal serán los frutos de ese usufructo y hasta su contenido económico en caso de venta o gravamen), y dado, además, su carácter de derecho *subjetivado* o personalísimo, en frase de Roca), porque, como indica La Rica, la fórmula —un tanto barroca, ciertamente— de que se ha echado mano es para que *no haya inscripciones a favor de la sociedad conyugal*. En suma, la cuestión sigue igual. Y entonces, ¿valía la pena de haber *alumbrado* la discutida fórmula?

rente la mujer y habiendo sido practicada la inscripción a su nombre, por aseverar el marido que el precio era privativo de ella, es lógico y obligado que el marido preste también su consentimiento, puesto que es el administrador de la sociedad conyugal; pero si la adquisición es de él, con la inscripción a su nombre, y constancia, además, de la aseveración de la mujer de pertenecerle el precio, «no parece tan clara, a juicio de La Rica, la exigencia de que el acto dispositivo haya de ser también consentido por la mujer» (11).

(11) Cámara, refiriéndose a las distintas situaciones en que pueden encontrarse los bienes gananciales (real o presuntivamente) y los requisitos para su enajenación, critica las normas de los nuevos artículos 95 y 96, según sumariamente pasamos a exponer:

a) Inscritos a nombre de la mujer, sin indicación del carácter parafernial del dinero, como el artículo 96 anterior establecía que los actos de disposición debían ser otorgados por ella con consentimiento del marido, se pregunta el autor si a tales bienes así inscritos se les aplicará para su disposición, el artículo 96 antiguo del Reglamento o el 1413 del Código civil.

La solución del Reglamento de 1947 era para el mismo contraria al Código civil, e hipertrofiaba la importancia del llamado «titular registral». No obstante el artículo 3.º del repetido Código, parece—precisamente por la razón aducida por Cámara, de ser aquella solución reglamentaria contraria al mismo—de aplicación dicho artículo 1413.

b) Inscritos a nombre de la mujer con mención de que el marido ha reconocido el carácter privativo del dinero invertido en su adquisición. Los actos de disposición han de ser otorgados por la mujer con *consentimiento* del marido. No bastará la *licencia* marital ordinaria ni una autorización general para enajenar parafernales, pues el marido ha de *intervenir*, según Cámara, con carácter especial para dar este *consentimiento*; y si se niega a darlo, como no es sustituible por la autoridad judicial, resultará que la mujer no podrá disponer de esos parafernales *confesados* mientras en juicio declarativo seguido contra su marido no se pruebe y declare que efectivamente lo son para que entonces quepa la autorización judicial, rectificando previamente el Registro.

Para Cámara, el Reglamento vulnera aquí las normas sustantivas sobre disposición de bienes de la sociedad conyugal, pues si se reputan gananciales, a pesar de existir *confesión* del marido, ¿por qué no ha de poder disponer éste de los mismos con consentimiento de la mujer o *autorización* judicial subsidiaria? Si, por el contrario tales bienes son «interpartes» privativos de la mujer, ¿por qué exigir el *consentimiento* del marido?

c) Inscritos a nombre del marido, con indicación de que la mujer ha reconocido que el dinero era propiedad particular de aquél, entiende Cámara —y co él nosotros, contrariamente a lo *aventurado* por La Rica—, que la disposición tendrá que ser otorgada por el esposo, con el consentimiento de la mujer.

Para Cámara se ve aquí claro que el Reglamento Hipotecario hace de peor condición a la mujer que al marido en lo que se refiere a las posibilidades reconocidas a ambos para poder disponer de sus bienes privativos «confesados», pues el marido podrá acudir, si su mujer no quiere consentir la enajenación, a la autorización judicial subsidiaria, apoyándose sin más en el párrafo primero del artículo 1413.

Esta deducción de Cámara sería del todo admisible si aceptásemos la afir-

Trata a continuación La Rica de la reforma realizada en el artículo 97 del Reglamento y conjugándola con lo dispuesto por la Resolución de 24 de enero de 1950 y otros artículos de la Ley y Reglamento, concluye, con acierto, que existen los siguientes supuestos de prórroga del asiento de presentación, y, por consecuencia, del plazo para practicar la inscripción: a) La de ciento ochenta días establecida en el artículo 255 de la Ley, cuando por causa legítima debidamente justificada no se hubiera pagado el impuesto de derechos reales dentro de los sesenta días de vigencia del asiento de presentación; b) la de treinta días como máximo, contados desde la devolución de los documentos retirados para el pago del impuesto y devueltos dentro de la vigencia del asiento de presentación, conforme a la Resolución citada de 24-I-1950; c) la de diez días como máximo, establecida en el artículo 97 del Reglamento, para los casos en que los documentos subsanatorios se presenten dentro de los últimos diez días de vigencia del asiento de presentación del título subsanado; d) la indeterminada, que concede el artículo 109 del Reglamento hasta que sea resuelto el recurso gubernativo, y las de quince días más, después de comunicada al Registrador la resolución que recaiga, concedida por el artículo 125, y e) la que se deduce, pues el texto no está muy claro, del artículo 101 del Reglamento, cuando resulta del título presentado haberse cometido algún delito, en cuyo caso, según dicha disposición, dará parte a la Autoridad judicial, con remisión del do-

mación de La Rica de no ser exigible para el acto dispositivo el consentimiento de la mujer; mas rechazado este criterio, no encontramos tan *disparatado*, como dice Cámara, que se considerase que ese *consentimiento* de la mujer, del artículo 96 del Reglamento es distinto del exigido por el artículo 1.413 del Código, por referirse ambos a casos diferentes: el Código para gananciales, el Reglamento para esos bienes que se han dado en llamar privativamente «confesados». De todos modos, aun estimando que le bastará al marido la autorización judicial subsidiaria del artículo 1.413 del Código civil, ello—a nuestro modesto parecer—no implica se dé trato favorable al marido respecto a la mujer, sino que es consecuencia de la posición de ambos en el régimen de la sociedad legal ganancial y aun en el matrimonial en general.

Por lo demás, y dejando a un lado la tesis de la resolución de 11 de marzo de 1957 (para nosotros correcta, según puede verse en nuestra nota a la misma en estas páginas 109 y siguientes, año 1958), con la que no está de acuerdo Cámara, acaso tenga razón el mismo cuando afirma «que la preocupación de fortalecer la titularidad registral sólo ha servido para sembrar el confusionalismo», como es clara muestra lo expresado y cuanto se ha escrito sobre la materia (MANUEL DE LA CÁMARA: *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, «A. D. C. T.», XII, fascículo II, nota 14, págs. 467 a 470).

cumento, haciendo constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación, pues parece lo lógico que la vigencia de éste se prorrogue hasta que recaiga resolución judicial.

Con donosura y elegancia de estilo que, si peculiar en La Rica, en este inciso de su libro, que se refiere a las que denomina «inscripciones condicionales», regladas en los dos nuevos párrafos añadidos al art. 98 reglamentario, se acentúa notablemente, trata de justificar que se haya acudido al asiento principal de inscripción para la protección de todas esas trabas administrativas, mejor que al de anotación preventiva—*para nosotros más apropiado*—, por lo breve del plazo de vigencia de las tomadas por defecto subsanable, cuyo carácter revestirían, a su juicio y por el precedente de las inscripciones de inmatriculación que se practican al amparo del artículo 205 de la Ley, sujetas a la publicación, como sabemos de edictos.

Tememos que la doctrina no apruebe plenamente estos razonamientos del autor, pues no vemos condición suspensiva ni resolutoria alguna respecto a tales asientos, sino más bien la afección de los mismos a la *conditio iuris* de un requisito legal que podía haberse amparado en un plazo especial o hasta en el general del artículo 86 de la Ley. Prácticamente la cuestión no tiene trascendencia.

Explica diáfananamente La Rica a continuación la sustitución efectuada en el artículo 102 de la palabra «cuarto» por «segundo», referida al grado de parentesco a los efectos de la calificación por el Registrador y justifica la innovación del artículo 105 de extensión de notas marginales en las inscripciones en caso de retirada del título presentado, lo cual sin duda perfecciona el orden interior del mecanismo registral, finalizando el capítulo con la exposición de razones que han tenido los reformadores del Reglamento para adicionar una nueva norma del artículo 137—(de índole procesal)—.

CAPÍTULO III.

ANOTACIONES PREVENTIVAS

En este punto, y por lo que se refiere a las de EMBARGO de bienes de la sociedad conyugal, casi nos atrevemos a decir que no está muy seguro nuestro autor de la bondad de la adición o frase, «y haya sido dirigida la demanda contra ambos», efectuada en el artículo 144 por la reforma.

Bien claro se revela esto cuando La Rica escribe «que es problema arduo y de envergadura determinar el momento en que la intervención de la mujer es necesaria» (en los casos de enajenación de bienes por virtud de procedimientos, judiciales o administrativos) y cuando confiesa «que tardará la práctica en entrar por este nuevo camino».

Para nosotros hasta puede verse una contradicción en el mismo artículo, por cuanto se expresa después de aquellas palabras: «que la demanda se dirigirá contra ambos cónyuges», que, «llegado el caso de enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código en relación con el 96 de este Reglamento». O sea que hasta que no se esté en el instante de enajenar, huelga cuanto dice —y ello es razonable— el Código Civil. Afecta, pues, al juez o instructor del procedimiento ese cumplimiento del artículo 1.413 sólo en el momento determinado de la enajenación, y hasta calificaríamos de oficiosas esas medidas precautorias de demandar al otro cónyuge para la práctica de la toma de la anotación.

Por todo lo cual creemos que hubiera bastado con consagrar la práctica adoptada por varios Registradores antes de la reforma, y apenas vigente el nuevo artículo 1.413 del Código Civil de que éstos al anotar consignasen, tras los datos de referencia, que la finca objeto del embargo aparecía inscrita a nombre del embargado como casado (expresando o no, según el Registro, el nombre del otro cónyuge). Con ello, además, se hubiera esquivado el sentido de la calificación registral respecto a los bienes inscritos a favor de uno solo de los cónyuges (como no privativos, claro), al que única-

mente se demanda, en el sentido de si el defecto a señalar es subsanable o insubsanable, y su repercusión en caso de presentación posterior de otro mandamiento perfecto, o sea en que se demande a ambos cónyuges, al defectuoso preferentemente presentado y relativos los dos mandamientos a procedimientos distintos. (Véase, además, final nota 12.)

Contrariamente a lo que exponemos, explana La Rica la aplicación del precepto, y en su fervor de querer justificar la nueva norma, dice que se asimila a la del segundo apartado del último párrafo de dicho artículo 144, relativa al supuesto de que el embargo se decreta *después de disuelta la sociedad conyugal* y antes de haberse inscrito la partición, ya que para tal hipótesis, de gran frecuencia práctica—añade—se exige que la demanda se dirija conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, aunque éstos no hubiesen suscrito el documento de la deuda.

Con toda sinceridad, no vemos similitud alguna entre uno y otro supuesto: basta con contemplar que uno se refiere a que esté vigente la sociedad conyugal y el otro a que se halle disuelta (12).

(12) Este artículo 144, uno de los mejor pensados del Reglamento de 1947, vino, para nosotros, de una parte para servir de freno o correctivo a las deducciones que pudieran hacerse por lo consignado en la regla 2.^a del artículo 96 del mismo; y de otra, para terminar con el contrasentido de que estando disuelta, pero pendiente de liquidación, la sociedad conyugal no pudiera anotarse el embargo decretado sobre bienes gananciales (Resoluciones de 26-VII-1907. 27-VI-1916. 16-I-1941, etc.).

Como ya apuntara—no con toda exactitud a nuestro juicio—, Angel Romero (en la citada conferencia de la nota 8), el artículo 144 acepta de plano que la titularidad de los bienes a que se refiere el artículo 96 corresponde, no a la mujer a cuyo nombre aparecen inscritos, sino a la *sociedad de gananciales*, pues de otra suerte no podría admitir, como admite, la anotación sobre aquéllos de los embargos decretados contra el marido por deudas a cargo de dicha sociedad (que son todas las que contraiga el marido durante el matrimonio, conforme al número 1.^o del artículo 1.408 del Código Civil).

O sea—decimos nosotros—, que contra lo afirmado por la regla 2.^a del artículo 95 (antiguo y actual), «que el asiento no prejuzga la naturaleza privativa o ganancial de los bienes», cuando se trate de embargo por deudas de la sociedad de gananciales, *si que se prejuzga su naturaleza de tal*, por cuanto no estando justificada la adquisición de aquéllos por el marido o la mujer, *se conceptúan gananciales* para este caso especial, y podrán embargarse, sin que para el evento creemos se le pasase por la mente a los redactores del primitivo e impecable artículo 144, precisase demandar a ambos cónyuges, pues, insistimos, de lo que se trata es de asegurar responsabilidades de la sociedad ganancial a la que se *prejuzga* que para el singular caso corresponden los bienes.

Ahora bien: disuelta la sociedad, cuanto va dicho ha de cambiar. La sociedad dejó de existir como tal: está en liquidación; su acervo responde de sus deudas; pero, como es natural, desvanecida aquella *personalidad que para el caso sin-*

En el segundo apartado de este capítulo resalta La Rica los retoques, sin duda acertados, llevados a cabo en el artículo 165, referentes a la transcripción literal» en el mandamiento de la resolución (providencia, auto, etc.) ordenatoria de cualquier anotación y a su constancia de «firmeza».

CAPÍTULO IV.

CANCELACIONES

Con gran prudencia y maestría trata en la primera sección de este capítulo, La Rica, el debatido problema de la cancelación de hipotecas de tipo ganancial, no sin aludir en la exposición de situaciones a que se contrae el artículo 178 del Reglamento, al que se le adicionó un párrafo para aquel supuesto por la reforma, a la modificación llevada al mismo cuando se refiere a los *menores emancipados*, que en el texto anterior afectaba solamente a los que lo fueran por *concesión del padre o de la madre*, en tanto que el actual, al suprimir la última transcrita expresión, da a entender que se hallan también comprendidos en la excepción los emancipados por matrimonio, si bien, a juicio de La Rica, no cree aplicable la misma si el menor casado no ha cumplido los dieciocho años, dado lo terminante del artículo 59 del Código Civil.

Después de señalar —volviendo a las cancelaciones de hipoteca de carácter ganancial— la disparidad de opiniones al respecto (que plasmaron con acierto en esta Revista dos ilustres Notarios, Lacal y Borrachero (13), dice La Rica, repitiendo lo que ya expusiera

gular tenía, habrá que dirigirse para la efectividad de dichas deudas sobre quienes representan el patrimonio en liquidación: el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto (*in fine*, art. 144).

Son, por tanto, como arriba decimos, casos claramente distintos, por lo que no vemos la equiparación que de ambos quiere hacer el admirado Ramón de La Rica.

¿*Quid*, por otra parte, si seguida causa criminal contra un sujeto se embarga finca adquirida por el mismo en estado de casado para responder de la responsabilidad civil a que haya lugar? ¿Cómo demandar a la mujer? ¿Y se ha de negar el Registrador a anotar el embargo?

(13) *La presencia de la mujer casada en las escrituras de Cancelación de Hipotecas y La mujer casada y las escrituras de Cancelación de Hipotecas*, respectivamente, págs. 39 y sigs., y 243 y sigs., 1959.

en la conferencia que sobre los problemas de la reforma del citado Código pronunciara en el Instituto de Estudios Jurídicos, que la nueva disposición reglamentaria sólo tiene una importancia en cierto modo transitoria, puesto que únicamente ha de afectar a las hipotecas constituidas e inscritas con anterioridad a la reforma del Reglamento. En efecto, añade, para las hipotecas de carácter ganancial garantizadoras de créditos no pertenecientes de modo privativo al marido o a la mujer, que se constituyan después de la vigencia del nuevo Reglamento, no será aplicable la norma del último párrafo del artículo 178, por la sencilla razón que esas hipotecas se han de inscribir, conforme al nuevo artículo 95 del mismo texto reglamentario, a nombre de ambos cónyuges, indistintamente y sin atribución de cuotas, y su cancelación, por consiguiente, y conforme al artículo 96, se ha de otorgar también con el consentimiento de los dos, marido y mujer.

Estudia seguidamente Ramón de la Rica las modificaciones introducidas en los artículos 183, 184 y 186 (cancelación por caducidad de concesiones mineras), con lo que se actualiza el Reglamento, poniéndolo en pleno acuerdo con la legislación especial.

Después se refiere a la trascendental adición efectuada en el artículo 199, o sea a la no caducidad de la anotación preventiva ordenada por la Autoridad judicial después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la ley, hasta que haya recaído resolución definitiva.

Y aunque reconoce que aquí el Reglamento se desvía o rebasa la directriz legal, hay dos circunstancias, más que atenuantes absolutorias, que la justifican.

Una, que el precepto del artículo 86 de la ley se juzgaba por un gran sector doctrinal, en lo que se refiere a las anotaciones de demanda y embargo, contradictorio con el 83 de la propia hipotecaria, determinativo de que tales anotaciones sólo por providencia ejecutoria pueden cancelarse. Y otra, que cuando la experiencia pone de relieve el error de una disposición legal, sus peligros e inconvenientes no es censurable que el Reglamento, sin salirse del precepto legal para los supuestos normales, lo atenúe, modifique o interprete en forma más justa para los supuestos anormales que puedan presentarse.

Merecedora de todo elogio es para La Rica (y para nosotros

también, pues viene a remediar en parte el *trato* dado al «derecho hereditario por la ley reformada y su Reglamento) la adición llevada a cabo en el artículo 209, respecto a la no cancelación por caducidad de la anotación de dicho derecho, «cuando se haya solicitado expresamente por los interesados».

Fué Angel Romero el que con fina percepción jurídica señaló la *falta* que hoy se remedia con la reforma, cuando dijo: «que la comunidad se debe presumir que persiste mientras en el Registro no conste que se ha extinguido, tanto en el caso de haberse hecho constar en él el acuerdo expreso», etc. (14).

Conviene recordar, diremos con La Rica, que el cónyuge viudo, verdadero heredero legitimario, por lo que a su cuota usufructuaria se refiere, está legitimado para solicitar la anotación preventiva de su derecho (art. 839 C. c. en relación 46 L. H.).

Finaliza el capítulo con el comentario a las dos adiciones que se han hecho al artículo 355, referente la primera a que también «se podrán cancelar» las menciones, derechos personales, etc., «cuando se practique cualquier asiento», de lo que se deduce que es *facultativo* del Registrador proceder o no a dichas cancelaciones y que el asiento que puede dar lugar a ellas lo mismo puede ser una inscripción en sentido estricto que una anotación o una cancelación, y relativa la otra a las conversiones en inscripciones de dominio de las de posesión, al extenderse alguna inscripción (parece ha de ser sólo *inscripción* en su sentido propio) o expedirse una certificación de la finca.

Lo cual merece al autor —y también a nosotros— crítica favorable.

(14) *El Derecho Hereditario en el Registro de la Propiedad*, pág. 133, que tiene su entronque y precedente en el otro trabajo del autor: «En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda», ambos en Saperata, Valencia, 1947.

CAPÍTULO V.

HIPOTECAS

Es en este capítulo donde más se percibe la influencia de la doctrina en el ánimo de los reformadores.

Comienza La Rica por referirse al anticipo de rentas, que desde Galindo y Escosura hasta Roca, por no citar sino a los más significados, no ha habido comentarista que no se haya hecho eco del abuso a que se presta lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

A remediarlo ha venido la adición efectuada al artículo 215 del Reglamento, que analiza favorablemente La Rica, no sin advertir que aun cuando la innovación no lo diga habrá de tenerse en cuenta un caso especialísimo, a saber: el de que el arriendo se halle inscrito con anterioridad a la hipoteca, y en la inscripción conste el anticipo de las rentas de más de tres años, que pudo ser incluso el determinante de la inscribibilidad del arriendo. En tal hipótesis, parece indudable que el acreedor, que por el Registro conoció o debía conocer no sólo el hecho del arriendo, sino también el del anticipo de rentas, deberá sufrir sus consecuencias, puesto que al aceptar las garantías ya sabía la limitación económica que la afectaba.

Por lo que afecta a la nueva *acción de devastación*, o sea la de por deterioro o daños jurídicos que ha introducido la reforma en el párrafo segundo del artículo 219 del Reglamento y de la que tanto también se ha ocupado la doctrina, es de señalar, como indica nuestro comentarista, que sus normas son más amplias y completas que las del artículo 117 de la Ley (que, como señala Roca, precisa para su procedencia que el deterioro se haya *producido* y que sea de índole *material*), por cuanto para que la acción sea factible y pueda requerirse la intervención judicial, basta que concurren, señala La Rica, las siguientes circunstancias: a) Que el arriendo lesivo se concierte con posterioridad a la inscripción de hipoteca. b) Que se concierte en condiciones tales, que resulte ser

su finalidad primordial producir la disminución del valor de la finca. c) Que, efectivamente, se haya producido con el arriendo la depreciación.

Por eso se introduce una presunción (ante la dificultad de las pruebas y factor intencional): la de que, capitalizada la renta estipulada anualmente en el arriendo al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada con la hipoteca.

También la innovación da al juez unas facultades de que tan tacaña fué la ley, incluso la adopción de medidas que su libre arbitrio le sugiera... Claro es que, como indica con sagacidad La Rica, si éstas no pueden llegar a declarar la nulidad o rescisión del arriendo, decretar el lanzamiento del inquilino o forzar la revisión de la renta para fijar la que se estime justa no es fácil predecir cuáles pueden ser las mismas.

De todos modos este nuevo precepto estimamos, con el admirado La Rica, que quizá sirva más para prevenir que para remediar.

Concluye este capítulo La Rica analizando la innovación del número 3.º del artículo 219 del Reglamento: admisión de las cláusulas de estabilización de valor en las hipotecas, tanto de préstamos hipotecarios corrientes, como en las llamadas de amortización, si bien con manifiesta timidez, a su juicio, y más bien como via de ensayo.

En cuanto a las primeras, o sea escrituras de préstamos corrientes con cláusula de estabilización, examina las circunstancias de plazo, fijación de módulo estabilizador, y determinación del máximo de responsabilidad que, genérico para todas, sólo es referente, conforme al Reglamento, para el *capital*.

En cuanto al *plazo*, encuentra que es discreto el mínimo de tres años fijado y respecto al *módulo*, señala que en la escritura habrá de constar no sólo el elegido—de los tres que se indican—por los contratantes, sino además la cifra o tipo de ese módulo que esté vigente en la fecha del contrato, todo lo cual, huelga decir, ha de reflejarse en el Registro.

Por lo que afecta a la responsabilidad, ya hemos indicado que la cláusula estabilizadora sólo puede operar respecto al capital prestado (nunca a los intereses que se satisfarán con arreglo al principal asegurado). Pero el *máximo* puede cubrir, en cuanto a ese capital, conforme al módulo oficial convenido, hasta un 25 por 100

en los préstamos que tengan una vigencia de hasta diez años; y un 50 por 100 si el crédito vence pasado los diez años.

Para la ejecución de estas hipotecas, el Reglamento ha dictado reglas a fin de que les puedan ser aplicables los procedimientos sumarios, reglas que explana con claridad La Rica, si bien dice que guardando silencio dicho Reglamento, en cuanto al procedimiento extrajudicial o notarial de ejecución, parece no deba éste admitirse por la posible impugnación, por el deudor del saldo reclamado, que habría de exigir la intervención judicial.

Es de advertir, que por expresa disposición del Reglamento, las cláusulas de estabilización no son admisibles en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Por lo que se refiere a las hipotecas de amortización, cual dice el Reglamento, el tipo o módulo estabilizador, sólo se aplicará con referencia al capital en cada vencimiento periódico, trimestral, semestral o anual.

Cree La Rica difícil pronosticar la aceptación que merecerá al público esta modalidad hipotecaria. Por nuestra parte podemos afirmar que hemos despachado ya varias escrituras, algunas de importancia (15).

CAPÍTULO VI

CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD JURIDICA

Empieza por referirse La Rica en este capítulo a la inmatriculación de fincas, en cuya materia, dice luego de una síntesis histórica sobre la misma, ha vuelto la reforma al sistema de la ley de 1934, suprimiendo totalmente el empirismo de las fechas-topes, resucitado por el Reglamento de 1947.

Va a continuación examinando las modificaciones efectuadas en el artículo 298, en sus números 1.º (inmatriculación que requiere

(15) Es de inevitable consulta en esta materia, por la magistral exposición de la misma, sus antecedentes, análisis de las Resoluciones de 3-III-1952, etc., el *Derecho Hipotecario*, de Ramón María Roca Sastre, t. IV, págs. 445 a 455, 5.ª edición.

edicto y puede hacerse por cualquiera de los documentos del artículo 3.º de la ley), 2.º (del que hay que tener en cuenta la exigencia reglamentaria de *ratificación* de los documentos privados, no simplemente su *protocolización*), 3.º (que el plazo del año es el de en que se *practique* la inscripción, no el que se pretenda y que la previa *adquisición* de la finca se puede acreditar: acompañando al documento inmatriculador el público o privado de adquisición o relacionándolo suficientemente—o transcribiéndolo—el Notario, sin dar fe especial de la exhibición, pues bastará afirmar se le exhibe o tiene a la vista, como escribió con acierto Alonso Fernández; o a falta de esos documentos, acompañamiento de acta de notoriedad complementaria, y en último caso justificación catastral o de amillaramiento o toma de nota para hacerlo), y 4.º (títulos universales o singulares que no describan las fincas, que permiten al heredero inmatricular fincas adquiridas por su causante, acreditando la adquisición por alguno de los títulos especificados en los tres números anteriores); haciendo, como colofón, un acertado resumen de los medios de inmatriculación vigentes.

Luego analiza La Rica el nuevo artículo 301, que afecta, dice, a dos supuestos diferentes: inmatriculación de concesiones administrativas y reanudación del tracto de las mismas, cuando se hubiere interrumpido en el Registro.

Realmente ese artículo 301, manifiesta La Rica, está hecho para el caso anormal de concesiones que no se inmatricularon, en virtud del título de su creación, y que luego han sido objeto de tráfico jurídico. Por lo demás el precepto es claro, como el que se refiere a la reanudación del tracto, al que se le aplicarán, con las modificaciones que imponga la naturaleza de la concesión, las reglas de los artículos 285 y 286 si se trata de expediente de dominio o de los 288 y siguientes si de actas de notoriedad (ambos para reanudar el tracto).

Al comentar—para terminar el capítulo—los *retoques* realizados en el artículo 303, especialmente en el número 2.º, aborda el problema de la posibilidad de inmatricular la *nuda propiedad*, que parece no ver factible, dada la orientación de la Ley Hipotecaria de absoluta prohibición de mencionar los derechos reales susceptibles de inscripción separada y especial—artículo 29—hasta el extremo de que los existentes deben ser cancelados—artículo 98.

Por tanto, al no poderse mencionar el titular del usufructo al inmatricular la nuda propiedad, se haría una inscripción que no podría nunca convertirse en de dominio pleno, dada la imposibilidad de justificar en el Registro la consolidación del usufructo con aquélla.

Por todo lo cual lamenta La Rica que la reforma reglamentaria no haya dado una solución, en un sentido o en otro (se ve no está muy convencido de su postura) a este problema.

Por nuestra parte entendemos—disintiendo de la autorizada opinión de La Rica—que hicieron bien los reformadores en no abordar el problema planteado, que es de incumbencia absoluta del Registrador (para su admisión o no).

Nosotros, por otra parte, no vemos esos inconvenientes que ve nuestro autor para la inmatriculación de la nuda propiedad, pues al nombrar—*no mencionar*—en el Registro, trasladando al mismo lo que diga el título, la persona del usufructuario (que ha de correlativizarse con el otro derecho, según reiteradamente tiene dicho nuestro Alto Tribunal) no se hace otra cosa sino determinar la extensión de la nuda propiedad, precisamente por la temporalidad del usufructo y, porque aun en el improbable caso de que se omitiese el nombre del usufructuario y su circunstancia de vitalicio o temporal, como el mayor y correspondiente derecho de nuda propiedad no es sino el mismo dominio privado durante algún tiempo de la facultad del goce, no vemos tampoco la imposibilidad de que habla La Rica de no poder justificar en el Registro su extinción, para su consolidación, con aquélla, pues el mismo título de constitución de uno y otro derecho (piénsese en el caso más corriente de venta con reserva de usufructo o testamento, etc.) que provocó la inmatriculación de la nuda propiedad, bastará con la partida de defunción o el documento justificativo de la extinción, si fuere temporal el usufructo, para poder llevar a cabo la repetida consolidación.

CAPÍTULO VII

PUBLICIDAD DEL REGISTRO

Aquí la reforma merece a La Rica—y en absoluto a nosotros— toda suerte de plácemes.

Como dice él mismo, al referirse a las manifestaciones, con la innovación (véanse artículos 332 y 334), la amplia publicidad que el Registro de la Propiedad ha tenido desde su implantación (cual ningún otro, pese a su mayor importancia y trascendencia), se mantiene y conserva, pero su uso se disciplina y se somete al buen criterio del funcionario, que es, en definitiva, quien primeramente responde y sufre los perjuicios de una conducta culpable del manifestante y de un abuso inmoderado del derecho de exhibición, basado en la insignificante retribución arancelaria.

A tal efecto, y aparte de precisar en el primero de aquellos artículos—el 332—, perfilando lo ya establecido en el 334 del Reglamento de 1947, las dos formas que revisten las manifestaciones, lo esencial, y lo nuevo, como dice La Rica, es que la clase de manifestación que ha de practicarse, queda al arbitrio del Registrador, que «en cada caso», es quien ha de determinarla.

Al artículo 334 se ha añadido que el particular que obtenga manifestación directa, o sea, por exhibición de los libros, ha de cuidar «bajo su responsabilidad» de la conservación e integridad de los libros, lo cual, aunque también era evidente antes, no está mal que se establezca y recuerde, como escribe La Rica.

Ahora bien, nos tememos que pueda verse algo de extralimitación reglamentaria en la forma facultativa de llevar a cabo la manifestación concedida por los reformadores al Registrador, dado lo imperativo que se produce el artículo 222 de la ley, pero los abusos, de todos conocidos, realizados por manifestantes, hacia necesario poner freno a ese *libertinaje* concedido a los mismos por los preclaros varones del año 1861 (16).

(16) Contrasta esta libertad con la prohibición impuesta en los albores del sistema por la Pragmática de 1539, disponiendo que el *Registro* que creaba (para la publicidad de censos y tributos, así como de hipotecas), «no se muestre a ninguna persona, sino que el Registrador pueda dar fe, si hay o no algún tributo o venta anterior a pedimento del vendedor».

Al referirse La Rica a la innovación realizada en el artículo 350, atinente al momento en que deben entenderse expedidas las certificaciones, es tal la maestría y el sentido práctico de que hace gala, que casi vemos imposible hacer una recensión de su exposición, ya que ni una sola de las palabras que escribe sobra.

Resumiendo, diremos con él, que los Registradores que expidan certificaciones durante las horas que esté abierto el Diario, o sea, mientras puedan presentarse documentos en el mismo, deberán especificar, además del día, mes y año, la hora en que las expidan.

Y si no hacen constar la hora, se presumirá *juris et de jure* que han sido expedidas después del cierre del Diario, y, por consiguiente, será imposible que en la misma fecha pueda aparecer algo en el Registro, presentado o inscrito, que contradiga o modifique el contenido de la certificación.

Habrá, además, dice con tino nuestro autor, de relacionar esta innovación con la del artículo 416 que exige la presentación en el Diario de los mandamientos judiciales y administrativos en que se ordena la expedición de certificaciones.

Ya se sabe la trascendencia que tiene en los procedimientos, judiciales o administrativos (y también en el caso del nuevo artículo 32 del Reglamento), la nota acreditativa de la expedición de certificación puesta al margen de la inscripción correspondiente; por ello esa nota debe extenderse en el mismo día en que se expida la certificación (con expresión de la hora en que se expida), y ésta debe reflejar lo que conste en el Registro hasta ese momento.

Mas téngase en cuenta que los efectos de la certificación que se expide no se retrotraen a la fecha de la presentación del mandamiento que la ordena, como sucede con las inscripciones, anotaciones y cancelaciones. Quiere esto decir que, si después de presentado el mandamiento, y antes de expedirse la certificación, llega otro título relativo a la misma finca al Registro y se presenta o se presenta y se inscribe, la certificación, como es obligado, debe comprenderlo. Por ello resulta aconsejable, añade La Rica, que se dé turno de preferencia en las oficinas, al despacho de esas certificaciones y siempre que sea posible se expidan a continuación de presentarse en el Diario el respectivo mandamiento.

Concluye esta sección o capítulo La Rica, explanando los antecedentes que han motivado la plausible adición al artículo 353 del

Reglamento: (hacer constar en las certificaciones que se expidan a los efectos del artículo 143 del mismo, el nombre, apellidos y domicilio, si constaren, del titular registral de la finca o derecho), regla o norma que entiende aplicable por clara razón de analogía a las certificaciones de cargas que se expidan en virtud de mandamiento de los agentes ejecutivos, y, en general, en las que se expidan para cualquier procedimiento de apremio sobre inmuebles o derechos reales.

CAPÍTULO VIII

MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS

Huelga decir, como se advierte a lo largo de este capítulo, la práctica profesional del admirable Ramón de La Rica, que a su ciencia unió experiencia, no muchas veces maridadas en los que tan sólo a la primera consagraron afanes.

Los preceptos son claros, pero a ellos da aún más luz su intérprete. Así al nuevo párrafo 1.º del artículo 357, dedicado a la instalación de las oficinas del Registro de la Propiedad, comprensivo en realidad de dos partes diferentes, referente la primera a la obligación ineludible de los Registradores de acatar las disposiciones del Colegio en cuanto a dicha instalación, y dirigida la segunda, de más importancia práctica, al arriendo de los locales, para lo que aconseja nuestro autor que sea el propio Colegio de Registradores, para asegurar la estabilidad, el qué formalice los contratos.

No muy convencido de la innovación del uso de estampillas —2.º, art. 359— «que se autoriza, no que se impone», entiende, aunque no se diga de un modo expreso, que se hallan comprendidas las notas marginales de los asientos del Diario, pues, al fin no son sino notas de referencia incursas en el precepto.

Halla plausible *teóricamente* el añadido al artículo 363 (que los libros del Registro se confeccionarán y distribuirán bajo la inspección del Colegio de Registradores).

Y altamente merecedoras de encomios las normas del artículo 368 (división de términos municipales en secciones y apertura de va-

rios libros corrientes), por cuanto tienden a facilitar la realización del agobiador trabajo material de algunos Registros.

Tras analizar el nuevo artículo 375 sobre redacción de asientos: expresión en letras o guarismos de cantidades, número y fechas en los asientos, como la *imposición* de que destaque en ellos mediante subrayado o letra diferente o empleo de tinta de distinto color, los conceptos de especial interés (lo que se venía en verdad realizando de antiguo y que como es natural queda al buen criterio del Registrador y sus auxiliares), se refiere a la innovación de presentación de mandamientos y solicitudes para certificaciones a que se contrae el apartado 2.º del artículo 416, en donde se advierten dos criterios diferentes: uno *obligatorio* cuando se trata de mandamientos judiciales o administrativos, y otro *facultativo* o voluntario, cuando se trata de instancias particulares, lo cual es lógico, dada la trascendencia de los primeros (artículos 32, 143 y 351 del Reglamento y regla 4.ª del artículo 131 de la ley), aparte del control de tiempo empleado en la expedición que pueda lesionar los derechos de la parte que las pidió o en el procedimiento judicial o de la propia Administración, si es ésta la que ordena la certificación, termina ésta parte de la obra aplaudiendo la reforma del párrafo 1.º del artículo 418 (títulos enviados por correo), que en rigor—dice—se limita a recoger las enseñanzas de la realidad y a consagrar lo que en la práctica venía haciéndose, por exigencias de la vida moderna.

CAPÍTULO IX

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS, ORGANIZACION DEL REGISTRO Y ESTATUTOS DE LOS REGISTRADORES

Muy breve hemos de ser en la exposición de cuanto trata La Rica en este capítulo, dado que la materia a que el mismo se refiere sobre no suscitar dificultades, salvo a Registradores, a pocos otros lectores puede interesar.

El primer apartado está dirigido a las modificaciones del artículo 449 (afectante a la Junta Consultiva de Oficiales de la Dirección), así como el segundo a la leve alteración sufrida por el 461

(que se refiere al concurso de méritos para el ingreso en dicho Cuerpo y del que nos ocuparemos al final).

Trata luego en las dos siguientes secciones de la creación o supresión de Registros, alteración de su circunscripción territorial y cambio de capitalidad, que informan los nuevos artículos 482, 483 y 484, cuyas normas analiza y alaba, particularmente respecto a la fórmula ideada—sólo aplicable en oficinas de la misma capitalidad—, suprimiendo la necesidad de las certificaciones para el traslado de los asientos, aunque divida o deje en Registros diferentes el historial registral íntegro de las fincas. La primera inscripción que haya de practicarse en los libros del nuevo Registro, se verifica al modo de las segregaciones. Y aunque se cierre en el libro antiguo la historia de la finca, por excepción podrá practicarse alguna nota en el mismo, tales como las de cancelación de hipotecas y anotaciones, las de pago de precio aplazado, etc.

En los apartados V y VI habla de interinidades de Registros y de jubilaciones de Registradores, señalando en cuanto a la primera cuestión la innovación introducida en el artículo 490, respecto a que las vacantes producidas en los Registros Mercantiles con dos titulares, no serán desempeñadas por el cotitular, sino por el Registrador a quien corresponda, conforme al cuadro de sustituciones. Dico con razón La Rica que este precepto tendría su adecuado encaje en el Reglamento del Registro Mercantil; pero como éste no contiene disposición alguna sobre régimen de interinidades se consideró conveniente incluirle en el Hipotecario, supletorio de aquél, como es sabido, según la disposición adicional 4.ª del mismo.

Lo paradójico es que para los Registros de la Propiedad con dos titulares se sigue norma contraria (artículo 485, letra i), pero la diferencia de trato la justifica La Rica, dado que la llamada «división personal» en los últimos es meramente transitoria.

Por lo tocante a jubilaciones el casi nuevo artículo 495, modificando el 99 del Reglamento del Colegio de Registradores, que contradecía al mismo 495 del Hipotecario de 1947, da, según La Rica, una solución ecléctica a dicha antinomia, en el sentido de que los Registradores que se jubilen continuarán, salvo renuncia expresa, al frente de sus oficinas, pero se considerarán interinos respecto a la Mutuality, transcurridos dos meses desde el día que cumplan la edad de jubilación.

En las dos secciones siguientes alaba las disposiciones dictadas —artículos 497 y 501— sobre limitaciones para concursar y plazos para el anuncio de concursos de Registros vacantes, para pasar a referirse en la siguiente al régimen nuevo de oposiciones—artículos 504 a 507—, cuyo resultado favorable o adverso habrá que esperar.

Luego escribe sobre lo preceptuado por la reforma en los artículos 511 (incompatibilidades con el cargo de Registrador), 515 (juramento de los Aspirantes), 520 (fianza de los Registradores, que «podrá ser colectiva», a propuesta de la Junta del Colegio) y 550 (sobre interrupción de licencias), terminando con un cumplido análisis de los artículos 560, 561 y 562 (referentes al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad).

Todavía hay en el libro una «addenda» relativa a tres artículos, los 27, 63 y 450.

En cuanto al primero, la nueva redacción del mismo, si bien coincide en esencia con la del Reglamento anterior, disipa las dudas que se habían suscitado, por cuanto la *resolución firme* deberá dictarla la Autoridad a quien corresponda y no el Director general del ramo. Emitirá informe en todo caso, por tratarse de bienes del Estado, el Abogado del mismo competente. Y se trata de Corporaciones locales la certificación del *acuerdo de nulidad o rescisión* deberá expedirse por el Secretario con el visto bueno del Alcalde o Presidente de la Diputación.

En las certificaciones deberá consignarse literalmente la *resolución firme*, y si los bienes hubieran pasado a poder de tercero que hayan inscrito, se estará a lo dispuesto en el artículo 82 de la ley.

En cuanto al artículo 63, la reforma, como es lógico, se remite al artículo 32.

Y sobre el 450, al intercalarse las siguientes palabras: «también de modo alterno», referidas a la provisión de vacantes por concurso de méritos entre Registradores y Notarios, se quiere decir, según La Rica, que la vacante que, de cada dos que se produzca en el Cuerpo Facultativo de la Dirección, y que haya de cubrirse por ese turno, lo será una vez por concurso entre Registradores, y otra por concurso entre Notarios, y no, como decía el anterior Reglamento, por concurso entre ambas clases de funcionarios indistintamente.

Respecto al párrafo final del mismo artículo 450, hay que engranarlo con la leve alteración hecha al 461, de poder quedar desierto el concurso (contra lo dispuesto en el Reglamento anterior, habiendo solicitantes con cinco o más años de servicios efectivos) y, en tal caso, desierta la vacante en cualquiera de los dos turnos, se anunciará su provisión en el siguiente.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Compilación de Derecho civil Foral de Vizcaya y Alava ⁽¹⁾

La Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, dispuso, en su artículo 5.º, que las provincias y territorios en que subsistía el Derecho Foral lo conservarían por ahora en toda su integridad, sin que sufriera alteración su régimen jurídico por la publicación del Código Civil, «que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

La misma Ley ordenó al Gobierno que, oyendo a la Comisión de Codificación, presentara a las Cortes, en uno o varios proyectos de ley, los apéndices del Código Civil, en los que se contuvieran las instituciones forales que conviniera conservar en cada una de aquellas provincias o territorios donde a la sazón existían.

El Real Decreto de 17 de abril de 1899 mandó que se nombraran por el Gobierno las comisiones especiales encargadas de llevar a cabo tal labor, y por Real Decreto de 24 de abril del mismo año fué designada la Comisión especial que había de redactar el Anteproyecto de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava. El 9 de febrero de 1900 celebró esta Comisión su última sesión y dió por terminado su encargo.

(1) El B. O. de las Cortes Españolas, núm. 581 del 13 de febrero de 1958, publicó esta compilación que, dictaminada el 4 de julio de 1959 (B. O. de las Cortes, núm. 636), fué aprobada en sesión del 29 de igual mes, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 31 de julio de 1959. Lleva fecha 30 de julio.

La aspiración de Vizcaya y Alava por tener un Código que contuviera aclaradas, ordenadas y sistematizadas sus Leyes forales de Derecho Civil, dió lugar a que la Diputación Provincial y el Colegio de Abogados nombraran de su seno Comisiones especiales para dictaminar el proyecto elaborado por la Comisión, cometido que fué cumplido por el Colegio de Abogados de Bilbao, en informe producido el 15 de noviembre de 1928.

De nuevo, como fruto del Congreso de Derecho Foral de Zaragoza, el Decreto de 23 de mayo de 1947 reconsideró el problema, no resuelto satisfactoriamente hasta el presente, que plantea al legislador la coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra tradición jurídica. Con la finalidad de abordar su solución volvió a crear comisiones de juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho Foral y dispuso que los Anteproyectos de Compilaciones debían elaborarse sistematizando adecuadamente las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código Civil y evitando coincidencias y repeticiones.

Para completar la labor de las Comisiones de juristas creadas, el Decreto Orgánico de la Comisión General de Codificación de 23 de octubre de 1953 ordenó la incorporación de Vocales foralistas para que, en el seno de la misma, se estudiasen las Compilaciones elaboradas y se sometieran al Gobierno los correspondientes Anteproyectos. La Comisión Permanente acordó la creación de una Sección especial que, bajo la Presidencia del de la Comisión e integrada por los Vocales foralistas de Vizcaya y Alava y por representantes de la Sección Primera, procediera a redactar un Anteproyecto, tomando como base el informe emitido en 1928 por el ilustre Colegio de Abogados de Bilbao.

El texto sometido a la consideración del Gobierno es el resultado de un minucioso y detallado estudio de los Anteproyectos con anterioridad elaborados, así como del propio Fuero y de la doctrina jurídica y jurisprudencia producida en torno al derecho especial de Vizcaya y Alava.

La idea que preside esta obra es la de llegar, a través de una ordenada y sistemática compilación de la tradición jurídica y del

conocimiento, certeza y comunicación de los distintos derechos hispánicos, al estudio y redacción de un Código Civil general, en el que se acojan y mantengan todas las instituciones vivas y vigentes en el pueblo español y en sus diferentes regiones, exponentes de realidades naturales, sociales y jurídicas, de raíz auténticamente nacional y que afectan a vitales intereses de carácter moral y material. Se trata, en definitiva, no de crear un derecho arbitrariamente uniforme, sino de atender a la conveniencia y arraigo de las instituciones para caminar de un modo entrañable y científico hacia la realización e integración de lo nacional.

El estudio de la vigencia y aplicabilidad de las normas reguladoras de las instituciones en los territorios aforados, no plantea problema sustancial en Vizcaya y Alava, por cuanto su derecho privado conserva el más profundo arraigo en la entraña económica, familiar y social del país.

Es más, el Derecho Foral vizcaino, verdadero estatuto agrario, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial y familiar y, al servicio de esa única preocupación, el derecho especial de Vizcaya es un instrumento de tan sorprendente perfección técnica en el armónico equilibrio de sus instituciones, que, aun con todo su arcaico sabor, puede servir de modelo al legislador actual.

La promulgación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y de Alava no cumpliría con eficiencia su cometido si se limitara a inventariar y articular en un cuerpo orgánico aquellas instituciones tradicionales de su derecho privado, que, conservándose intactas en la práctica jurídica del país, permanecen actualmente al servicio de su peculiar organización económica, familiar y social.

La eficacia funcional del derecho vizcaino sigue estando gravemente comprometida por lo que, históricamente, ha constituido la debilidad interna del propio sistema: la imprecisión de la base territorial del Fuero, la permanente colisión de los dos regímenes jurídico-civiles coexistentes sobre el territorio.

Ciertamente, esa falta de adecuación del derecho a su auténtica base territorial, constituye una tara íntima y consustancial del estatuto foral vizcaino, porque, originariamente concentrado

el Derecho común en el recinto urbano de las villas no aforadas, el lento proceso de interpolación de lo urbano en el espacio rural circundante provoca una automática colisión del Código y el Fuero, trastornando, permanentemente, tanto la condición objetiva troncal de los bienes raíces, como el estatuto personal sucesorio y económico-matrimonial de los aforados.

Con mayor fuerza perturbadora ha contribuido a crear esa incertidumbre jurídica un error histórico permanente: el de subordinar el derecho privado a las fluctuaciones topográficas del derecho municipal, desarraigando el Fuero de las zonas rurales conquistadas por la expansión administrativa de las villas no aforadas.

Problemas son éstos, ante los que no puede inhibirse el arbitrio legislativo en la coyuntura que le depara la promulgación de la Compilación foral, sin riesgo de dejar abandonada la vitalidad institucional del Derecho vizcaino a un proceso de paulatina desintegración.

Para remediarlo, se propuso la fórmula, recogida en el Anteproyecto de la Comisión provincial, de transportar de un golpe el área del derecho común desde el límite del casco urbano de las villas no aforadas, hasta la línea administrativa que actualmente señala el perímetro de sus respectivos términos municipales. Con este sistema, el Derecho Foral ganaría una aparente estabilidad al precio de la más costosa transacción: quedar desarraigado de extensas zonas rurales, en las que, precisamente, se asientan los rasgos más típicos del patrimonio familiar vizcaino.

Aun cuando resulta evidente la imposibilidad de obtener, mediante una fórmula de valor absoluto y constante en el tiempo y en el espacio, la adecuación entre el derecho vizcaino y su base territorial, el proyecto de ley, de acuerdo con el Dictamen de la Comisión de Codificación, pensando en que la interconexión del derecho con su base territorial es la suprema razón de ser de este ordenamiento jurídico, aborda la solución de eliminar los conflictos jurisdiccionales que llenan de incomodidad la práctica jurídica del país.

A ello responde el título primero de la Compilación, mediante un sistema de normas correctivas que empiezan por extender la jurisdicción del Código Civil a todo el perímetro actual de las con-

centraciones urbanas de las villas no aforadas; deja después preparada la expansión automática del derecho común al ritmo del desarrollo orgánico de aquéllas, y, al llegar al área donde lo rural y lo urbano se interfieren y Código y Fuero entran en colisión, sienta una doble presunción encaminada a polarizar ambas jurisdicciones en torno a sus auténticas bases territoriales, centrando y acotando el Derecho Foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos. Con ello se sirve con fidelidad la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones, principalmente, en homenaje a la intangibilidad del caserío al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno.

Pero esa misma sumisión a la idea central del Fuero impone un examen especial de la expansión urbana de Bilbao, villa que ha avanzado sin solución de continuidad hasta los límites de su actual término municipal. Todo el término de la capital es urbano en el sentido técnico de la palabra, y lo que no lo es, ha perdido la esencia de su ruralidad y está impregnado de urbanismo por su inmediación o su inminente destino. En todo el término ha desaparecido, pues, la razón de ser del Fuero. Y, sin embargo, a pesar de la importancia de su capitalidad, del ritmo de su expansión inmobiliaria y del enorme desarrollo de su economía industrial, toda la intensa vida jurídica bilbaina sigue descansando sobre el movedizo terreno de la dualidad legislativa, cuyas fronteras han pasado a ser meros vestigios entregados a la conjetura y a la imaginación.

Cabe, pues, declarar, excepcionalmente, de Derecho común todo el término municipal de Bilbao, porque no hay aquí retroceso alguno del Fuero, ya que en todo el término municipal ha desaparecido la razón de ser de su existencia. Y para completar las medidas de estabilización que se condensan en el título primero, el artículo 4.º cierra definitivamente el paso a toda posible introducción administrativa en la jurisdicción del Fuero.

Aunque, por razones de técnica legislativa, aparezca el Derecho Foral vizcaíno polarizado en torno a instituciones de configuración autónoma como la troncalidad, la libertad testatoria y la comunicación foral, debe reconocerse que, en el fondo, el principio supremo de la concentración patrimonial invade y preside, con idéntica fuerza, todo el ámbito del Derecho Civil de Vizcaya,

agotándolo exhaustivamente, ya que todos los preceptos del Fuero deben servir directamente a aquel principio central y, los que no lo sirven, quedan al margen del equilibrio interno del sistema.

El predominio de esa idea central proporciona, por tanto, un criterio de valor absoluto para la selección de los preceptos genuinamente forales, y, por ello, el Anteproyecto acoge en bloque y con todos los honores, esas instituciones jurídicas que tanto crédito han ganado permaneciendo secularmente al servicio de una auténtica política de ordenación territorial, limitándose a introducir los desarrollos técnicos necesarios en la configuración interna de alguna de ellas, como los llamamientos forales o acomodando otras a la sistematización foral de la misma materia en el Código, como ocurre en orden a la sucesión testada e intestada.

Por aplicación del mismo criterio, se abandonan aquellas instituciones que no responden a los principios inspiradores del Fuero, en base a lo cual se prescinde del testamento mancomunado y se someten a las normas del Código Civil la revocación de las donaciones, la prescripción y las distancias fundiarias.

La incuestionable vigencia del derecho vizcaíno en los enclaves forales alaveses de Llodio y Aramayona, no plantea problemas de orden jurisdiccional, en cuanto el área del Derecho privado se halla relativamente establecida en su yuxtaposición a las circunscripciones administrativas de ambos términos municipales, en los que el Derecho Civil especial de Vizcaya conserva plena vigencia actual.

Admitida, también, la actual vigencia del Fuero de Ayala, la Compilación se limita a localizarlo en el territorio de su tradicional aplicación y a suplir el silencio del primitivo texto foral con una fórmula que armoniza la absoluta libertad testamentaria ayalesa con los derechos legitimarios de los herederos forzosos. El reconocimiento de la más amplia libertad de disposición de los bienes para los ayaleses, lleva implícito el mantenimiento de la peculiarísima institución de este Fuero llamado «usufructo poderoso».

Para completar el cuadro de las instituciones forales e insertarlas en el régimen jurídico general, se proclama la vigencia del Código Civil como único derecho complementario y supletorio; único derecho complementario, directo y primariamente aplica-

ble en las materias no recogidas en la Compilación y único derecho supletorio en las materias compiladas, por cuanto, derogado el testamento de mancomún y articulados en el título tercero los preceptos de las leyes 31 y 38 de Toro, relativas al testamento por comisario, resulta innecesario el recurso de acudir al derecho clásico de Castilla.

LIBRO PRIMERO

DE LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN VIZCAYA.

TÍTULO I

De la aplicación territorial del Derecho Civil de Vizcaya.

Artículo 1.º Las disposiciones del Libro primero de esta ley rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya.

Art. 2.º Con la denominación de Infanzonado o tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas de Bermeo, Durango, Ermúa, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, la ciudad de Orduña y todo el actual término municipal de Bilbao.

Este territorio exceptuado se regirá por el Código Civil.

Art. 3.º En la denominación de villa, respecto de las doce no aforadas enumeradas en el artículo anterior, se comprende todo el territorio incluido en el perímetro actual o futuro de sus respectivos núcleos urbanos.

Las heredades y tierras inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas no aforadas se presumirán anexas a los mismos por subordinación o destino, y estarán regidas, por tanto, por el Código Civil, salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo.

También se presumirán anejos al núcleo urbano de las doce villas no aforadas, y regidos por el Código Civil:

a) Las construcciones y espacios de terreno enclavados en su término municipal, cuando estén destinados a una explotación industrial, a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío.

b) Los espacios de terrenos enclavados en su término municipal afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo.

Las precedentes reglas se aplicarán también a la ciudad de Orduña.

Art. 4.º. Las modificaciones administrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el derecho civil aplicable a los territorios afectados.

Art. 5.º Los efectos de los estatutos personal, real y formal en Vizcaya y para los vizcaínos, así como la condición de tales en relación con los demás territorios españoles de diferente legislación civil, se regularán por las normas establecidas por el Título Preliminar del Código Civil y disposiciones concordantes o por las Leyes generales que en el futuro regulen la materia.

La vecindad local se determinará por las normas generales que regulen la ciudadanía y vecindad civil.

TÍTULO II

De la troncalidad.

Art. 6.º La troncalidad, en el parentesco, se determina siempre con relación a un bien raíz, sito en el Infanzonado.

A este efecto son bienes raíces:

1.º Los comprendidos en los números primeros a séptimo, inclusive, del artículo 334 del Código Civil.

2.º Las sepulturas en las iglesias.

Art. 7.º Son parientes tronqueros:

1.º En la línea descendente, todos los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y demás descendientes legítimos. A falta de éstos, los hijos naturales y los legitimados por

concesión del Jefe del Estado, y los descendientes legítimos de unos y otros, respecto del padre o madre que los haya reconocido.

2.º En la ascendente, los ascendientes legítimos de la línea paterna o materna de donde procede la raíz de que se trate.

3.º También lo serán, sin perjuicio de la reserva que se establece en el artículo 36 de esta ley, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados, constante matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio.

4.º En la colateral, los parientes legítimos que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate.

Art. 8.º En la línea descendente, el parentesco troncal se prolonga, cualquiera que sea el grado a que se llegue.

En la ascendente, el parentesco troncal termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz, sin perjuicio de los derechos de los ascendientes del mismo en la sucesión que no sea troncal.

En la colateral llega hasta el cuarto grado civil inclusive de consanguinidad.

Art. 9.º Tienen la consideración de troncales:

1.º Con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubieren sido adquiridos de extraños.

2.º Con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia, incluso los que este último hubiere adquirido de parientes tronqueros. En su caso, las palabras heredero y causante se sustituirán por las de comprador y vendedor.

3.º Los adquiridos por permuta de bienes troncales con otros que no lo sean, radicantes en el infanzonado.

Art. 10. Los vizcaínos, aunque residan en territorio de derecho común, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito intervivos o mortis causa de los bienes troncales en favor de aquéllos.

Art. 11. La designación de sucesor en bienes, sean o no troncales, deberá hacerse por testamento, capitulaciones matrimoniales, escritura de dote o donación.

Art. 12. La transmisión a título gratuito de un caserío con

sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el mobiliario, semovientes y aperos de labranza existentes en el mismo.

TÍTULO III

De las formas de los testamentos.

Art. 13. Además de las formas de testar que regula el Código Civil, se admiten en el Infanzonado el testamento *il-buruco* y el testamento por comisario, llamado también poder testatorio.

CAPÍTULO I

Del testamento «il-buruco».

Art. 14. El que se hallare en peligro de muerte, alejado de población y de la residencia del Notario Público, podrá otorgar testamento ante tres testigos, bien en forma escrita o de palabra.

La validez de este testamento quedará subordinada al cumplimiento de las formalidades de su adveración, prevenidas en el título VI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CAPÍTULO II

Del testamento por comisario.

Art. 15. El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.

Art. 16. El nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer en testamento ante Notario. Los cónyuges podrán nombrarse, recíprocamente, comisario en la escritura de capitulaciones.

Art. 17. El comisario desempeñará su cargo conforme a lo es-

tablecido expresamente por el otorgante en su testamento y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta Ley.

El comisario no podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte, a menos que éste le hubiera especialmente autorizado para ello.

Art. 18. Los comisarios desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se tomarán por mayoría entre los comisarios supervivientes y, en caso de empate, decidirá el nombrado en primer lugar. Las facultades exclusivas de alguno de los comisarios se extinguen a su fallecimiento. El cargo de comisario es, en todo caso, gratuito, y sus facultades, mancomunadas o solidarias, son personalísimas e intransferibles.

Art. 19. El comisario formalizará su encargo en un solo acto si los herederos fueren mayores de edad; mas, si alguno o todos ellos no lo fueren, podrá hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad.

El testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo. Si no lo hubiera señalado, el plazo será de un año, contado desde la muerte del testador, o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos.

Las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables.

Art. 20. El comisario podrá ejercitar su poder testatorio por acto *inter vivos* o por testamento, otorgado a este solo efecto y en el que no disponga de sus propios bienes. Sin embargo, el cónyuge superviviente podrá, en su propio testamento, hacer uso, en todo o en parte, del poder testatorio que el premuerto le hubiere concedido, pero sólo respecto de los hijos o descendientes comunes de ambos cónyuges.

TÍTULO IV

De la sucesión testada.

Art. 21. La legítima o herencia forzosa se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición.

Art. 22. La herencia forzosa se defiende por el siguiente orden:

1.º A los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima.

2.º A los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión del Jefe del Estado con derecho de representación a favor de su descendencia legítima.

3.º A los padres y ascendientes legítimos.

4.º A los colaterales tronqueros, respecto de los bienes troncales de su propia línea.

A falta de estos herederos forzosos, todos los bienes, troncales o no, serán de libre disposición.

Art. 23. El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás.

Los comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º de dicho artículo, podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su herencia.

El apartamiento de los comprendidos en el número 4.º podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquellos a cuyo favor no se haga institución.

Art. 24. Los ascendientes tronqueros de cada una de las líneas heredarán, si los bienes fueran troncales, los que procedan de la suya respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 7.º

Si en alguna de ambas líneas no hubiere ascendientes tronqueros, heredarán los bienes troncales los colaterales tronqueros de ella, por orden de proximidad de grado.

Art. 25. Los padres y ascendientes legítimos heredarán los bienes que no sean troncales por mitad entre ambas líneas sea cual fuere la proximidad de grado en una u otra. Si en alguna de ellas no los hubiere, heredarán los de la otra línea.

Art. 26. El cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concorra con hijos o descendientes legítimos.

Art. 27. No podrá imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes legítimos, sustitución o gravamen que exceda del quinto de los bienes, a no ser en favor de otros herederos forzosos.

Tampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales, sino a favor de otro heredero tronquero.

Art. 28. Cuando el testador tenga hijos, descendientes o ascendientes, todos legítimos, el quinto de libre disposición se computará teniendo en cuenta el valor de los bienes hereditarios, previa deducción de las deudas; pero será inoficiosa la disposición en lo que exceda de los bienes no troncales.

Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y con los raíces no troncales y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes y raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía.

Art. 29. El legado del quinto en favor del alma se computará estimando el valor de todos los bienes, hecha deducción de las deudas, pero se obtendrá en primer término de los muebles y raíces no troncales. Cuando el importe de estos bienes no llegue a cubrir el del legado, se acudirá a la raíz troncal para extraer lo que falte de ambas líneas del causante en proporción a su cuantía.

En la frase «legado en favor del alma» se entienden comprendidas todas las disposiciones piadosas del testador, como sufragios en general, limosnas para los pobres, legados a establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes.

Art. 30. Cuando la sucesión se defiera en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación, el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en el artículo 23.

TÍTULO V

De la sucesión «ab intestato».

Art. 31. La sucesión intestada se deferirá por el siguiente orden:

1.º A los hijos legítimos por derecho propio y a los demás descendientes legítimos por derecho de representación.

2.º A los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión del Jefe del Estado por derecho propio, y a sus descendientes legítimos por derecho de representación.

El derecho de representación sólo se da en la línea recta descendente.

Art. 32. A falta de los sucesores expresados en el artículo anterior, la sucesión se ordenará del modo siguiente:

a) Los bienes troncales de cada una de las líneas paterna o materna corresponderán a los ascendientes tronqueros de la línea de donde procedan, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los comprados o ganados constante el matrimonio, por el número 3 del artículo 7.º Si en alguna de las líneas no hay ascendientes tronqueros, los bienes corresponderán a los colaterales tronqueros de la misma. Si no hubiera colaterales tronqueros en alguna línea, los bienes troncales de ella perderán tal consideración.

b) Los bienes no troncales se repartirán por iguales partes entre las dos líneas de ascendientes legítimos, sea cual fuere la proximidad de los ascendientes en una y otra línea. Si en alguna de ellas no hay ascendientes legítimos, la totalidad de dichos bienes será para los ascendientes de la línea en que los haya. No habiéndolos en ninguna, se repartirán por mitad entre las dos líneas de colaterales legítimos hasta el cuarto grado, sea cual fuere la proximidad de los parientes en una u otra.

Sólo cuando en una de las dos no haya colaterales legítimos, pasarán íntegramente a los colaterales de la única línea en que los haya.

Art. 33. En las líneas ascendentes y colateral, paterna y materna, el pariente más próximo excluye al más remoto. Si los parientes de grado preferente son varios, los bienes se repartirán

entre ellos por partes iguales, y si concurren hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo, aquéllos heredarán doble porción que éstos.

Art. 34. El cónyuge viudo será llamado a la sucesión intestada de los bienes troncales, a falta de tronqueros; en los no troncales, después de los hermanos e hijos de hermanos.

En los demás casos, cuando concurriere con sucesores que no fueren hijos o descendientes legítimos, tendrá el usufructo de la mitad de los bienes que, en caso de sucesión testada, serían de libre disposición.

TÍTULO VI

Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada y a las donaciones.

Art. 35. Rigen en el Infanzonado los artículos 811 y 812 del Código Civil, sin perjuicio de la sucesión troncal de los bienes a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 7.º

Art. 36. El padre o madre que por ministerio de la Ley o por herencia voluntaria, adquiere de un hijo bienes raíces que éste, a su vez, hubiere heredado de su padre o de su madre, tendrá, si contrae ulteriores nupcias, la obligación de reservarlos a favor de los hermanos de doble vínculo del hijo fallecido o de los hijos o descendientes legítimos de aquéllos, en su caso, con exclusión de los descendientes del matrimonio ulterior.

Art. 37. El viudo que contraiga ulteriores nupcias está obligado a reservar a favor de los hijos o descendientes legítimos del matrimonio anterior, los bienes raíces que por comunicación hubiere adquirido, procedentes de la línea del cónyuge fallecido. Si no los hubiese, sucederán en aquellos bienes los herederos tronqueros de la línea de que procedan.

En cualquiera de ambos casos, podrá el viudo designar herederos entre las personas llamadas a la sucesión de tales bienes en la forma establecida para la sucesión testada.

Art. 38. En los bienes raíces donados o dotados para un matrimonio, antes o después de su celebración, sucederán los hijos

o descendientes legítimos habidos en él, con exclusión de la descendencia que el cónyuge binubo pudiere haber de ulterior matrimonio. El donatario podrá designar, de entre ellos, el sucesor de tales bienes y no podrá imponer sobre los mismos sustituciones o gravámenes, a no ser en favor de los hijos o descendientes llamados a la sucesión.

La sucesión alcanza, en todo caso, a los edificios, plantíos o mejoras que hubieren sido hechas por el binubo, con la obligación de satisfacer a éste la mitad del importe de los mismos, dentro del año y día a contar de la fecha en que hubieren entrado en su posesión.

Art. 39. Revertirán al donante los bienes raíces donados con carga de alimentos a un descendiente, si éste falleciere en vida de aquél sin dejar hijos ni descendientes legítimos.

El donatario no podrá, en vida del donante, enajenar, gravar ni disponer por título gratuito intervivos o mortis causa de los bienes donados, a no ser en favor de sus hijos o descendientes legítimos.

Art. 40. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio tendrán en la sucesión testada e intestada los mismos derechos que los legítimos.

TÍTULO VII

Del régimen de bienes en el matrimonio y de la comunidad foral.

Art. 41. El régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente, por parte del marido, de la cualidad de vizcaino infanzón.

Art. 42. A falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuere vizcaino infanzón, en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral de bienes.

Art. 43. A virtud de la comunicación foral, se harán comunes por mitad, entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro

por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen los raíces.

Art. 44. La comunicación foral, constante matrimonio, no se opondrá a la existencia de bienes gananciales, carácter que tendrán todos los que merezcan esa consideración con arreglo al Código Civil.

Art. 45. En la comunicación foral, los actos de enajenación o gravamen sobre bienes raíces comunicados, constante matrimonio, necesitarán del consentimiento de ambos consortes.

La enajenación de los bienes muebles se regulará por el Código Civil.

Art. 46. La administración de los bienes del matrimonio se regirá por el Código Civil.

Las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges sin consentimiento del otro, únicamente serán de cargo de la respectiva mitad del obligado, la cual, si por esta causa fuere vendida, el cónyuge que por su deuda u obligación dió lugar a la venta no tendrá, constante matrimonio, parte alguna en la mitad restante, que no podrá ser enajenada por el otro cónyuge y deberá destinarse a la alimentación de la familia.

Art. 47. Cuando el matrimonio se disuelva con hijos, la comunicación foral continuará entre el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, hasta la división y adjudicación de los bienes comunicados.

Los padres tendrán el usufructo y administración de los bienes adjudicados a sus hijos menores con arreglo al Código Civil.

Art. 48. Si el cónyuge premuerto hubiera encomendado el nombramiento de heredero al comisario, los bienes permanecerán *pro indiviso* hasta que haga la designación. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal.

Art. 49. Cuando el matrimonio se disuelva sin hijos, terminará la comunicación foral y se procederá conforme a las siguientes reglas:

Primera. Los bienes que no sean gananciales volverán al cónyuge propietario de ellos o a sus herederos.

Segunda. Los bienes gananciales se distribuirán con arreglo al Código Civil.

Tercera. El cónyuge viudo que hubiere venido al caserio del premuerto, tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él y de gozar el usufructo de la mitad de sus pertenecidos durante un año y un día, usufructo que será compatible con lo establecido en los arts. 26 y 34.

Cuarta. Cuando el cónyuge viudo hubiere traído dote u otra aportación, el plazo establecido en la regla anterior se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolvérselas, sin perjuicio del derecho que le asiste para reclamar aquéllas en cualquier tiempo una vez transcurrido el año y día expresados.

Quinta. Las compras o mejoras de bienes raíces troncales serán para el cónyuge de cuya línea provengan o para sus herederos tronqueros, pero se tendrá presente en la liquidación de la sociedad conyugal lo que importen tales compras o mejoras, con abono al cónyuge sobreviviente del haber que le corresponda.

Lo dispuesto en esta regla podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días.

Art. 50. En la adjudicación de los bienes comunicados se observarán las reglas siguientes:

Primera. En primer lugar, se adjudicarán al cónyuge viudo en pago de su haber raíces troncales de su procedencia.

Segunda. Si éstos no bastaren, se completará su haber con muebles y raíces no troncales.

Tercera. Sólo cuando los bienes de las dos reglas anteriores no sean bastantes, se acudirá a la raíz troncal del cónyuge premuerto.

Para determinar el haber del cónyuge viudo, se tendrá presente lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 46.

TÍTULO VIII.

De la enajenación de bienes troncales.

Art. 51. Los parientes tronqueros, según el orden del art. 7.º y grado de proximidad a la raíz, tienen un derecho preferente de adquisición de los bienes troncales de su línea respectiva que se intentare enajenar a título oneroso, derecho que podrá ejercitar respecto de todos o de cualquiera de los que hayan de ser objeto de enajenación.

Cuando concurrieren al ejercicio de este derecho varios tronqueros del mismo grado, tendrá preferencia el que fuere titular de menor extensión de bienes inmuebles en el término en que reside la raíz.

Art. 52. La venta de bienes troncales se anunciará públicamente por medio de edicto, que se fijará a la hora de la Misa mayor de un domingo, en la puerta de la Iglesia parroquial, en cuya jurisdicción eclesiástica radique. Permanecerá expuesto por plazo de quince días, a contar del de su fijación, lo que podrá acreditarse mediante certificación, al pie del edicto, extendida por el párroco del lugar.

El edicto expresará el precio de la venta, las condiciones de su enajenación y el Notario que haya de autorizarla.

Art. 53. El tronquero que pretenda adquirir la raíz comparecerá, dentro del plazo señalado en el edicto, ante el Notario en él designado, depositando en su poder, en calidad de fianza, el 10 por 100 del precio anunciado.

En el mismo acto manifestará si acepta el precio y las condiciones anunciadas o si opta por adquirir la finca por su justa valoración. Esta decisión será notificada por el Notario al vendedor dentro de los tres días siguientes.

Si el tronquero hubiere optado por el precio anunciado, se otorgará la escritura dentro de los cinco días siguientes. Cuando hubiere optado por la justa valoración, concurrirán ambas partes, dentro del mismo plazo, asistidos por sus respectivos hombres buenos, a presencia del Notario para establecerla. Si hubiera desavenencia, será resuelta por un tercero designado en el mismo

acto por las partes, y si éstas no se ponen de acuerdo sobre la persona, se insacularán tres nombres, a ser posible de aquellos lugares que paguen contribución territorial, resultando elegido el que designe la suerte, otorgándose la escritura dentro de los cinco días siguientes:

Art. 54. Si durante el plazo expresado en el edicto no acudiere al llamamiento tronquero alguno legitimado para la adquisición, el propietario quedará en libertad para vender la raíz a tercero, en las condiciones publicadas.

Art. 55. La fijación del edicto se hará constar por acta notarial, en la que se transcribirá aquél, y, por diligencias sucesivas, se consignarán las actuaciones notariales a que se refiere el art. 53.

Art. 56. En toda escritura de bienes troncales se consignará si se dió o no el llamamiento foral, con referencia circunstanciada, en el primer caso, al acta de fijación del edicto y diligencias subsiguientes, y haciendo constar en la correspondiente inscripción registral si se dió o no, en forma legal, el llamamiento.

Art. 57. Si la raíz troncal hubiere sido vendida sin previo llamamiento, o mediando éste se efectuó aquélla bajo precio o condiciones distintas de las expresadas en el edicto, los parientes tronqueros legitimados para la adquisición podrán, en el plazo de un año, a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, y, en otro caso, desde que tuvieron conocimiento de la venta, pedir judicialmente la nulidad de la misma y que se le adjudique la raíz vendida por su justa valoración, que será pericialmente establecida en el propio procedimiento y en la forma que se establece en el artículo siguiente.

Art. 58. En ejecución hipotecaria y en todos los demás casos en los que, al proceder contra bienes raíces conste la valoración, los parientes tronqueros tendrán derecho a concurrir a la subasta para declarar su propósito de adquirir esos bienes por el precio en que se hallen valorados. En aquellos otros casos de apremio, en que no conste esa valoración, se fijará por dos peritos uno por cada parte, y si no estuvieren de acuerdo, la señalará un tercero elegido por insaculación de tres nombres, designados, a ser posible, entre los que paguen contribución territorial en el término municipal donde radiquen los bienes raíces.

En el procedimiento extrajudicial la valoración del bien raíz se hará en la forma prevenida en el último párrafo del art. 53.

Art. 59. Lo dispuesto en este Título para la compraventa se aplicará a toda transmisión onerosa de bienes troncales, incluso las que se verifiquen por título de permuta cuando se intentare permutar una finca troncal por otra que no lo sea.

LIBRO SEGUNDO

DE LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN ALAVA.

TÍTULO I

De la aplicación territorial del Derecho Civil. de Llodio y Aramayona.

Art. 60. Rige también en los términos municipales de Llodio y Aramayona el Libro I, excepción hecha de los artst. 1, 2 y 3 del Título I.

TÍTULO II.

De la legislación civil de la tierra de Ayala.

Art. 61. La tierra de Ayala comprende los cuatro términos municipales de Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo, y los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del término municipal de Arceniega, pero no esta villa y caserío de su término.

Art. 62. Los ayaleses pueden, conforme a su Fuero de Ayala, disponer con absoluta libertad de todos los bienes, o parte de ellos, por testamento, manda o donación, a título universal o singular, siempre que aparten a sus herederos legales con poco o mucho, como quisieren o por bien tuvieren. Se entienden por herederos legales quienes lo sean forzosos según el Código Civil.

Art. 63. El heredero legal no instituido o no apartado expresamente con algo, podrá reclamar su legitima, pero la institución de heredero y demás disposiciones testamentarias sólo se anularán en cuanto perjudiquen a dicha legitima, entendiéndose por tal la denominada legitima larga.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Todas las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala quedan sustituidas por las contenidas en esta compilación.

Segunda. En lo no previsto en esta ley, y, en tanto no se opongan a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Alava el Código Civil y las leyes que éste declara vigentes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Se respetarán todos los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, los cuales se declaran subsistentes y producirán sus efectos con arreglo a ella.

Segunda. Desde la entrada en vigor de esta ley, los habitantes de la parte del término municipal de Bilbao a que se extiende el derecho común en el art. 2 ganarán por aquel hecho la vecindad de dicho derecho, si bien los actos o contratos por ellos ejecutados u otorgados hasta dicha entrada en vigor, serán válidos si lo fueren con arreglo a la ley hasta entonces vigente, y, en tal caso, surtirán todos sus efectos.

Tercera. Los problemas de derecho transitorio que suscite la publicación del presente Apéndice se resolverán de conformidad con las disposiciones transitorias del Código Civil.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

ANOTADO UN MANDAMIENTO QUE DECLARA LA QUIEBRA DEL DEUDOR, NO PUEDE INSCRIBIRSE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON HIPOTECA OTORGADA POR EL MISMO, DADO EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA, PUESTO QUE LA CAPACIDAD DE DICHO DEUDOR HIPOTECANTE APARECE LIMITADA EN EL REGISTRO POR LA EXPRESADA ANOTACIÓN.

Resolución de 24 de abril de 1959 (B. O. de 20 de mayo).

El 14 de junio de 1957, ante el Notario de Barcelona, don José María Faura Ubach, se otorgó escritura por la que don José Ramón Company Tarrés concedió a don Angel Roure Balius un préstamo de 100.000 pesetas, por plazo de un año a contar de la fecha de la escritura e interés del 6 por 100 anual, en cuya garantía el deudor hipotecó una casa de su propiedad, sita en Lérida, en la calle de Redola de San Juan, 6. La citada escritura fué presentada en el Registro el día siguiente de su otorgamiento, y, una vez comprobada la no existencia de cargas anteriores sobre la finca, se entregó el capital del préstamo, según consta en acta autorizada dicho día por el Notario señor Faura; la escritura fué retirada para pagar el impuesto de derechos reales y caducó su asiento de presentación, y, mientras tanto, por auto de 5 de agosto de 1957, se declaró la quiebra de don Angel Roure Balius, ordenándose la

inscripción en el Registro de la incapacidad del quebrado, a cuyo efecto se expidieron los oportunos mandamientos que se presentaron en la oficina el día 12 de dicho mes.

Vuelta a presentar en el Registro, una vez satisfecho el impuesto de derechos reales, el 12 de septiembre de 1957, la referida escritura de préstamo hipotecario fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de hipoteca contenida en el presente documento por observarse que entre el asiento de presentación número 1.594 del Diario 26 que el mismo motivo, asiento que caducó, y el asiento número 33 del Diario 27 de nuevo extendido a 12 de septiembre último, hoy vigente, se ha despachado un mandamiento judicial, declarando en quiebra al hipotecante y no resultar de dicho mandamiento que el préstamo hipotecario de esta escritura figure o no entre los actos afectados por la retroacción de la quiebra. En su lugar, y a instancia verbal del presentante, se ha tomado anotación preventiva por plazo de sesenta días al tomo 257 del archivo, libro 59 del Ayuntamiento de Lérida, folio 139, finca número 3.896, anotación letra E, durante cuyo plazo, ya el acreedor, ya la representación del quebrado, podrán justificar lo procedente para subsanar el defecto advertido.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que había ratificado la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que al haber dejado caducar el asiento de presentación en el Registro de una escritura de préstamo con hipoteca, que fué retirada para la liquidación del impuesto de derechos reales, la cuestión que plantea este expediente queda reducida a decidir si podrá inscribirse dicha escritura después de haberse anotado un mandamiento que declara la quiebra del deudor y la nulidad de los actos dispositivos que hubiere realizado durante el período sospechoso.

Que el Código de Comercio procura proteger los intereses de los acreedores del quebrado y evitar que el insolvente con su conducta pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquéllos, y por ello decreta en el párrafo segundo del artículo 878 la indisponibilidad patrimonial, no sólo desde el momento de la declara-

ción de quiebra, sino que retrotrae los efectos y declara la nulidad de todos los actos realizados durante el período sospechoso, es decir, a partir de la fecha que el Juez determine como momento en que realmente cesaron los pagos por parte del comerciante, de tal suerte que los síndicos pueden reclamar los bienes que se hallaren en poder de terceros y disponer de ellos como si estuvieren bajo el dominio del quebrado cuando la declaración sea una confirmación tardía de una situación de insolvencia precedente.

Que esta posición justificada por la naturaleza propia de las relaciones mercantiles y un elemental deseo de protección de los intereses en conflictos, puede dar lugar cuando se trate de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de titulares comerciantes a situaciones especiales que requieren una cuidadosa aplicación de las normas, a fin de que no resulten perjudicados otros intereses igualmente dignos de amparo, como son los de aquellos titulares que inscribieron sus derechos con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que se hallan protegidos por el principio de la fe pública registral.

Que si bien no ofrece dificultades la solución, que deberá ser necesariamente negativa en los supuestos en que el tercero adquiriera su derecho después de practicada la anotación de quiebra por aparecer en el Registro la falta de disponibilidad del titular inscrito no resulta tan evidente cuando el acto se hubiere otorgado con anterioridad a la anotación y que se presentase a inscripción con posterioridad, toda vez que podría estimarse por la indeterminación del auto judicial acerca de la fecha a que se han de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra que el acto dispositivo se había realizado dentro de dicho período.

Que la finalidad del Registro de la Propiedad, de asegurar el tráfico jurídico se menoscaba por el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, que puede perturbar situaciones consolidadas al establecer un sistema de retroactividad, peligro que aumentaría si no se fija exactamente la fecha a partir de la que comienza, por lo que ha declarado la jurisprudencia imprescindible que se determine por el juzgador el momento preciso en que el comerciante sobreseyó el pago corriente de sus obligaciones, y tanto si se estima la declaración de quiebra como una incapacidad, como si constituye una prohibición de enajenar, es lo cierto

que producirá efectos en el Registro, sólo respecto de los actos realizados por el quebrado posteriores a la declaración o a la fecha a que deba retrotraerse la misma.

Que el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve, tanto por el artículo 1.875 del Código Civil como por los 145 y 159 de la Ley Hipotecaria en vigor, no permite que se pueda acceder a la pretensión de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, deducida por el interesado, cuando la capacidad del deudor hipotecante aparece en el Registro limitada por la anotación practicada para hacer constar que ha sido declarada en quiebra.

* * *

¿Podría deducirse del último considerando, que si en vez de tratarse de una hipoteca, dado el carácter *constitutivo* de su inscripción, hubiera sido de otra clase el título—venta, por ejemplo—se habría accedido a su extensión en los libros del Registro practicando el asiento oportuno?

Sin duda la Hipoteca, como dijera Federico de Castro (1), por especiales consideraciones de política legislativa, ha sido construída en nuestro Derecho con caracteres especiales.

El principio formal preside en ella hasta sus últimas consecuencias. La inscripción lo es todo para su existencia. Su derrumbamiento, esto es, la caída o anulación de la inscripción, quita el sostén necesario para que subsista el negocio de hipoteca. Al contrario que en los restantes, el de transmisión de dominio, por ejemplo, según dijimos, en los que la inscripción no influye en su vida, la hipoteca nace o muere con aquélla. Es por lo que deducía el profesor De Castro que el artículo 141 de la Ley Hipotecaria anterior, era consecuente con ésta, con el negocio de Hipoteca, en cuanto no era posible la retroacción por virtud de la confirmación, pero no con los demás, a los que generalizando el criterio de dicho artículo 141, hacía extensivo don Jerónimo González. Sin embargo, si esto es así, puede originarse una peligrosa situación para el acreedor hipotecario en el caso que nos ocupa.

(1) El artículo 141 de la Ley Hipotecaria («R. D. P.», 1929, págs. 417 y siguientes).

La piedra de toque, valga la expresión, sin duda está en el momento preciso que señala el Juzgado del sobreseimiento de sus obligaciones por el deudor quebrado, según sentencia del 16-2-1933, momento o fecha que no se indica en el mandamiento anotado (ver considerando 4.º copiado).

Si como consecuencia del criterio expuesto, interpretando a nuestro Centro, se presentase un título de transmisión de la finca efectuado por el deudor en fecha posterior al de hipoteca, y ambos (el de hipoteca y transmisión de dominio) se declarasen no afectados por la retroacción de la quiebra, caducada la anotación de la hipoteca, e inscrita la finca al nuevo titular, es claro que, presentada de nuevo la escritura de aquélla, habría que denegarla.

Indudablemente, se nos dirá, todo esto puede suceder, pero será por negligencia del mismo acreedor hipotecario, cual le acontece ahora, y por la trascendencia del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.

Ver, por su íntima relación con lo expuesto, en estas páginas, Sentencia 17-3-1958, y notable comentario de la misma por Menchén, núm. julio-agosto este año, 1959.

CUMPLIMIENTO DE CONDICIÓN EN SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—NOMBRADOS HEREDEROS UNIVERSALES DOS SOBRINOS, Y ESTABLECIÉNDOSE QUE SI NI UNO NI OTRO DEJAREN HIJOS O DESCENDIENTES, UNO O MÁS, QUE LLEGASEN A LA EDAD DE VEINTICINCO AÑOS, SERÍAN SUSTITUÍDOS POR UN HERMANO POLÍTICO DEL CAUSANTE, EL FALLECIMIENTO DE UNO DE DICHOS SOBRINOS (QUE CON EL OTRO LLEGÓ A SER HEREDERO, Y AMBOS SE POSESIONARON DE LA HERENCIA), DEL QUE QUEDARON DOS HIJOS QUE HAN ALCANZADO LOS VEINTICINCO AÑOS, DEBE ESTIMARSE COMO HECHO CONSTITUTIVO DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN, Y POR ENDE, DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO NO «PUEDEN AGREGARSE NUEVOS MOTIVOS QUE AGRAVEN LA CALIFICACIÓN».

Resolución de 29 de abril de 1959 (B. O. de 30 de mayo).

Don Salvador Alsina Pou falleció en Barcelona en 26 de marzo de 1898, bajo testamento otorgado el 30 de julio de 1897 ante el

Notario don Miguel Tuñí y Falguera, en el que nombró herederos universales a sus sobrinos don Salvador y doña Rosa Alsina Giribets, y estableció que «para el caso de premorir al testador cualquiera de dichos sus sobrinos, o bien de que habiéndole sobrevivido fallecieren cualquiera de los mismos, quiere que al sobreviviente acrezca la parte del premuerto, a menos que éste hubiese dejado prole legítima o natural, para cuyo caso ordena que la misma prole quede repuesta y subrogada en el lugar del sobrino o sobrina premuerto, y ello en el modo y forma que el tal premuerto o premuerta hubiese dispuesto universalmente de sus bienes, y a falta de disposición, por iguales partes y porciones entre las personas que constituyan dicha prole, sustituyéndolas entre sí vulgarmente; pero si ambos o algunos de sus expresados sobrinos no llegaren a ser herederos o siéndolo no dejaren uno ni otro hijos o descendientes, uno o más, que llegaren a alcanzar la edad de veinticinco años, sustituye en la herencia, y por su universal heredero hace e instituye al citado su hermano político don Jacinto Alsina y Roca, vecino de Manzanillo, isla de Cuba, y en falta del mismo a los hijos que éste dejare en el modo que le hayan universalmente sucedido». Los sobrinos instituidos herederos sobrevivieron y aceptaron la herencia, adjudicándose los bienes por mitad en indivisión, según escritura otorgada por ambos en 5 de enero de 1942 ante el Notario de Mataró, don Emilio París. El don Salvador Alsina Giribets falleció en Barcelona el 24 de mayo de 1949, dejando dos hijos, don Salvador y don José María Alsina Arenas, declarados herederos ab intestado por auto de 28 de abril de 1950, dictado por el Juez de primera instancia número 13 de la citada capital; y según acta de notoriedad autorizada en 10 de agosto de 1955 por el Notario de Barcelona, don José María Farré Moregó, resulta que don Salvador y don José María Alsina Arenas habían llegado en esa fecha a la edad de veinticinco años. En consecuencia, doña Rosa Alsina Giribets y sus sobrinos, don Salvador y don José María Alsina Arenas, en escrito de 20 de agosto de 1956, acompañado de varios documentos complementarios, solicitaron del Registrador de la Propiedad hiciese constar por nota marginal o en la forma que mejor procediese haber quedado libre de las sustituciones establecidas por el causante una de las fincas de la herencia de don Salvador Alsina Pou.

Presentado en el Registro de la Propiedad el documento anterior, motivó la siguiente nota: «Presentada la precedente instancia en este Registro en unión de los documentos que en la misma se relacionan. Denegada la extensión del asiento pertinente, haciendo constar haber quedado libre de sustitución la porción perteneciente a doña Rosa Alsina Giribets, porque con arreglo al testamento de don Salvador Alsina Pou, el fallecimiento de uno de los herederos, habiendo dejado hijos mayores de veinticinco años, no está puesto como condición determinante de la extinción de las sustituciones fideicomisarias respecto al otro, sin que sea suficiente el consentimiento de dichos hijos, porque aparte de que no lo prestan en escritura pública, caso de que premurieran a doña Rosa se daría la sustitución a favor de don Jacinto Alsina Roca o sus descendientes, con cuya voluntad no se cuenta. Y a solicitud del presentante se extiende esta nota, que firman los dos titulares del Registro de la Propiedad del Norte de Barcelona a 28 de febrero de 1958.»

Interpuesto recurso, durante el cual el Registrador, invocando el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, agregó a su calificación el siguiente párrafo: «Se deniega asimismo porque hasta el fallecimiento de doña Rosa Alsina Giribets no se puede determinar quiénes serán los adquirentes, a virtud del fideicomiso, y habrá de otorgarse escritura pública»; interpuesto recurso, repetimos, la Dirección revoca el auto presidencial, que había confirmado la nota del Registrador, en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

Que la adición a la nota puesta en el título de un nuevo defecto hecha por el Registrador al emitir el informe, equivale a una reforma de la calificación, y aunque dicho funcionario puede, según lo establecido en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, rectificar en todo o en parte su juicio o el de sus predecesores y conformarse con la petición del recurrente, no puede durante la tramitación del recurso gubernativo agregar nuevos motivos que agraven su calificación, porque ello equivaldría a autorizar la indefensión del recurrente y a consentir la alteración de los fundamentos del debate.

En consecuencia, que la cuestión planteada en este expediente

se limita a resolver si puede estimarse cumplida la condición impuesta en el testamento de don Salvador Alsina Pou, según la que sus sobrinos nombrados herederos universales, si no llegaren a serlo o «siéndolo no dejaren ni uno ni otro hijos o descendientes, uno o más, que llegaren a la edad de veinticinco años», serian sustituidos por un hermano político del causante, o si por el contrario es necesario esperar para decidir acerca del cumplimiento de tal condición a que fallezca la sobrina sobreviviente.

Que en Cataluña, por virtud del fr. 57, párrafo 2.º (XXX-1), del Digesto, se observa una norma análoga a la establecida en el artículo 675 del Código Civil, que atribuye a la voluntad del testador valor de ley de la sucesión, y determina en cada caso la extensión y efectos del fideicomiso, por lo que convendrá atenerse al recto sentido del testamento para lograr una interpretación lógica y sistemática de sus cláusulas que, como partes de un todo, contribuyen a determinar la intención del causante.

Que el testamento de 30 de julio de 1897, otorgado por don Salvador Alsina Pou, comprende una serie de sustituciones fideicomisarias, de las que sólo ha sido objeto de discusión en este expediente la establecida en último lugar a favor de don Jacinto Alsina Roca, y ha quedado plenamente probado por las actuaciones que:

1.º Don Salvador y doña Rosa Alsina Giribets fueron herederos del causante y se posesionaron de su herencia.

2. Que al fallecimiento del primero, quedaron dos hijos que han alcanzado los veinticinco años de edad, y, por tanto, cabe estimar cumplida la condición impuesta.

Que al haberse justificado el cumplimiento de los hechos constitutivos de la condición, se extinguió el fideicomiso establecido y puede consignarse esta circunstancia en el Registro de la Propiedad mediante la extensión de la nota marginal prevenida en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, con lo cual, además de ponerse en concordancia el Registro con la realidad, podrá tener lugar la cancelación del derecho de don Jacinto Alsina Roca, al amparo del artículo 82-2.º, de reputarse extinguido por el mismo título que motivó la inscripción.

EL RETRACTO LEGAL ARRENDATICIO ES EFICAZ CONTRA TERCEROS QUE INSCRIBIERON SU DERECHO EN EL REGISTRO, SIENDO PROCEDENTE, EN CONSECUENCIA, LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA DE LOS ASIENTOS QUE SE HUBIERAN PODIDO PRACTICAR, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 82-2.º DE LA LEY HIPOTECARIA, AUN CUANDO EL RETRAYENTE NO HUBIERA ANOTADO LA DEMANDA.

NO CONSTITUYE OBSTÁCULO QUE IMPIDA LA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA, OTORGADA EN CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA DEL COMPRADOR, EL HECHO DE QUE AL SER PRESENTADA EN EL REGISTRO APAREZCA LA FINCA MATRIZ INTEGRADA, CON OTRAS, POR LAS DOS PARCELAS ARRENDADAS RETRAÍDAS, YA DIVIDIDAS EN DOS PORCIONES POR SU DUEÑO, DADO QUE LA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN NO SE HABÍA PRESENTADO EN EL REGISTRO CUANDO SE OTORGÓ LA DE RETRACTO, POR LO QUE ES NATURAL QUE AL SER AUTORIZADA ESTA EN REBELDÍA DEL COMPRADOR, SE TUVIERAN EN CUENTA EN LA MISMA, EXCLUSIVAMENTE LOS ASIENTOS REGISTRALES QUE PUBLICABAN EN ESA FECHA LA EXISTENCIA DE UNA SOLA FINCA, QUE, POR OTRA PARTE, AL FORMARSE DOS POR SEGREGACIÓN COINCIDEN PLENAMENTE CON LA PRIMITIVA EN SUS LINDEROS, EXTENSIÓN Y DEMÁS CIRCUNSTANCIAS.

Resolución de 8 de mayo de 1959 (B. O. de 2 de junio).

Por documento privado, de fecha 15 de septiembre de 1938, doña Josefa Molina Fernández, en concepto de propietaria, dió en arrendamiento a don Juan Aguilar Sánchez dos fincas rústicas, sitas en el partido del Codo, del término de Antequera. Durante el arrendamiento, la propietaria vendió las fincas, junto con otras, que formaron la denominada Corazones Altos, a don Domingo Cárdenas Pascual, en documento privado de fecha 7 de marzo de 1951. El arrendatario formalizó demanda de retracto arrendaticio el 9 de junio de 1951, previa la celebración del acto de conciliación el 17 de marzo, con resultado negativo. En 30 de marzo del mismo año se autorizó en escritura pública por el Notario de Colmenar, don Javier Amichis Goiburu, la compraventa convenida en el documento privado referido, de 7 de marzo, previa agrupación de las fincas en otra escritura de igual fecha ante el citado fedatario,

y en el mismo día 30 de marzo, el comprador señor Cárdenas Pascual hipotecó la finca adquirida a doña Clara Martín Leal, en garantía de un préstamo que confesó haber recibido de cuatrocientas sesenta y cuatro mil pesetas: la adquisición se inscribió en el Registro el 6 de agosto de 1951, y la hipoteca, el día siguiente. Tramitado el juicio de retracto y consignadas en la Caja General de Depósitos cincuenta y dos mil cuatrocientas diecinueve pesetas con veinticinco céntimos, a resultas del procedimiento, se dictó sentencia en 19 de septiembre del citado año, desestimando la acción, pero apelada la sentencia, la Audiencia Territorial falló el 11 de octubre de 1952, declarando haber lugar al retracto a las parcelas arrendadas y condenando a don Domingo Cárdenas Pascual a otorgar la correspondiente escritura. Después de publicada esta sentencia, la acreedora hipotecaria, doña Clara Martín Leal, ejercitó en el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Málaga, indudablemente por falta de pago de intereses, ya que no había transcurrido el plazo convenido, procedimiento de ejecución hipotecaria, y trabó embargo sobre la finca agrupada, de las que formaban parte las parcelas retraídas, extendiéndose en el Registro la oportuna nota el 9 de marzo de 1953. En escrito de 28 de abril de 1953, instando la ejecución de la sentencia de retracto, don Juan Aguilar Sánchez hizo constar ante el Juzgado la existencia de la hipoteca, y aunque estimaba que ésta no podía afectarle, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, creía necesario la notificación a la acreedora por analogía a lo establecido en el artículo 110, párrafo 2.º, que sujeta al gravamen las indemnizaciones debidas al dueño por expropiación: aportado al expediente testimonio de la referida escritura de hipoteca, el Juzgado acordó, en providencia de 6 de septiembre, que se notificase a doña Clara Martín Leal que se iba a otorgar escritura de retracto a favor del señor Aguilar y que la cantidad consignada quedaría a disposición del deudor del préstamo, señor Cárdenas, a no ser que previamente la embargara; la notificación se hizo personalmente el 5 de noviembre de 1953, y la interesada no realizó gestión alguna. El Juzgado, no obstante, para evitar todo perjuicio a la misma, acordó, en providencia de 5 de marzo de 1954, que el dinero quedara consignado en la Caja de Depósitos. El 11 de abril de 1954, doña Clara Martín y el señor Cárdenas otorgaron

ante el Notario de Málaga, don José Manuel Avila Pla, escritura en la que convinieron lo siguiente: primero, segregar de la finca unificada, Corazones Altos, la parte no sujeta al retracto; segundo, cancelar parcialmente la hipoteca en cuanto a la misma por la suma de ciento ochenta y tres mil pesetas; tercero, dejar el resto, que son las dos parcelas llevadas en arrendamiento por el señor Aguilar, gravadas con la hipoteca por la diferencia, o sea por ciento cincuenta mil pesetas, haciéndose constar en el Registro, por nota al margen de la inscripción, esta modificación de la hipoteca primitiva; y el mismo día, y ante el mismo Notario, el señor Cárdenas hipotecó la parte que había quedado libre del anterior gravamen en favor de don Francisco Villalobos Medina, en garantía de un préstamo recibido de 225.000 pesetas. El señor Cárdenas fué requerido para que otorgase a favor del señor Aguilar la escritura de retracto, y como no compareció, la otorgó en su rebeldía y representación el Juez de Primera Instancia de Antequera, ante el Notario de dicha población, señor García Reparaz, el 23 de abril de 1954; el señor Cárdenas presentó escrito en los autos de retracto, pidiendo que el dinero consignado por el señor Aguilar Sánchez como precio de la compraventa se entregase a la señora Martín Leal, a cuenta de su crédito hipotecario, sin hacer referencia en el escrito a la modificación entre ellos convenida del gravamen, y en diligencia extendida en 6 de septiembre, dice dicha señora que no tiene inconveniente en aceptar la cantidad que se le ofrece por cuenta de la totalidad que se le adeuda y la recibe.

Presentada en el Registro copia de la anterior escritura de retracto, puso el Registrador la siguiente nota: «Presentado este documento a las trece horas de hoy, según el asiento número 394, al folio 65 del libro 57 del Diario, y examinado, se deniegan las inscripciones de las operaciones registrales que se interesan, por observarse los defectos insubsanables siguientes: En cuanto a las segregaciones, la finca que se describe en el documento ha sido objeto de una segregación de cuarenta y seis hectáreas, setenta y nueve áreas y cuarenta y cinco centiáreas, que ha pasado a formar el número 14.570, al folio 148 del libro 399 de esta ciudad, e inscrita a nombre de don Domingo Cárdenas Pascual. Por tanto, de la finca descrita en el título se han hecho dos, y como en la

escritura se segregan las dos que en ella se deslindan, tal operación no puede llevarse a efecto, porque dicha segregación parte del supuesto de que haya una sola finca registrada, y como la realidad jurídica comprende dos, se ignora de cuál de ellas se han de hacer segregaciones, o si ha de ser de una sola o de las dos, y con qué linderos y extensión habría de quedar la finca o fincas originarias. En cuanto a la nota marginal, en la inscripción de hipoteca que se pide en el apartado III del otorgamiento, caso de que pudieran llevarse a efecto las segregaciones anteriormente dichas, no podría practicarse, porque para que aquélla pudiera quedar sin efecto habría de preceder una declaración judicial o el consentimiento del acreedor, situación que no aparece de la escritura ni del fallo que sumariamente se indica en ella. No procede tampoco anotación preventiva, que, por otra parte, no se ha solicitado. Antequera, 27 de octubre de 1954»; y presentado posteriormente testimonio de la sentencia se agregó a la escritura otra nota, manteniendo la calificación anterior el 24 de diciembre de 1954, siendo presentado, por último, el 15 de febrero de 1955 y tomándose nota el 16 de abril de haberse entablado recurso gubernativo.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, declara inscribible la escritura según la doctrina siguiente:

Que las dos cuestiones a resolver en ese expediente son las siguientes:

1.^a Si un retracto legal arrendaticio puede ser eficaz contra terceros que inscribieron su derecho en el Registro, aun cuando el retrayente no haya anotado la demanda; y

2.^a Si constituye un obstáculo que impide la inscripción de la escritura otorgada en cumplimiento de sentencia dictada en rebeldía del comprador el hecho de que al ser presentada en el Registro aparezca la finca matriz dividida en dos por su dueño.

Que la finalidad de este retracto es facilitar el acceso a la propiedad de los cultivadores de la tierra mediante el reconocimiento de un derecho preferente, fundado en poderosas razones de inte-

rés social, constitutivo de una limitación al derecho dominical en cuanto coarte la libertad del propietario para disponer de las cosas que le pertenecen.

Que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, a partir de la reforma de 1909, establece que el retracto legal se dé contra todo tercer adquirente, aunque no conste en el Registro la causa de resolución del derecho y, en consecuencia, enerva el principio de fides pública y las enérgicas defensas que la inscripción lleva consigo para todo titular inscrito que reúna los requisitos del artículo 34, lo que entraña graves peligros e inseguridades para la contratación inmobiliaria por la múltiple variedad de retractos reconocidos en la legislación vigente, de los que no hay el menor indicio de existencia en los libros del Registro y que, al actuar a modo de cargas ocultas, perjudican el tráfico jurídico y la seguridad del crédito territorial.

Que con arreglo a los artículos 1.511 y 1.518 del Código Civil, la subrogación del comprador tiene lugar en el momento mismo de la transmisión, y el retrayente adquirirá la finca vendida libre toda carga, gravamen o hipoteca, constituida con posterioridad al negocio jurídico origen del retracto, sin que el no haber solicitado el arrendatario anotación preventiva de su derecho deba impedir la inscripción de la escritura de retracto, puesto que:

1.º Dados los términos del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, tal anotación había de ser inoperante, ya que establece que si el acto dispositivo fuese anterior a la anotación de demanda, aunque la inscripción se hubiera practicado con posterioridad a aquélla, ha de ser oído el titular, porque de lo contrario bastaría realizar un acto de disposición o gravamen sobre la finca retraída para impedir la ejecución de cualquier resolución que declare el retracto.

2.º Porque si bien el rango de los derechos reales inscribibles se determina por la fecha de su inscripción en el Registro, el retracto legal, como derecho real de adquisición, gozará de prioridad, aun frente a los derechos inscritos por terceras personas, conforme declara el artículo 37 de la Ley Hipotecaria; y

3.º Porque la pérdida de dominio de la finca con carácter retroactivo priva de eficacia a todos los actos del comprador, y en su consecuencia, procederá, de acuerdo con lo establecido en el pá-

rrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación automática de los asientos que se hubieran podido practicar.

Que aunque los datos físicos no se encuentran amparados por la fe pública, la finca es la unidad fundamental en el sistema inmobiliario por ser la base sobre la que se fundan los derechos reales, y, por tanto, debe identificarse lo más perfectamente posible, en especial en las transformaciones que pueda experimentar como consecuencia de agrupaciones, segregaciones y divisiones, para que se mantenga el obligado paralelismo entre los asientos registrales y la realidad, con cuyo fin el Reglamento Hipotecario establece las normas pertinentes que preceptúan que en toda segregación se describirán siempre las fincas que sean objeto de la misma, las porciones restantes, cuando fuere posible o, al menos, las modificaciones en la extensión y linderos en que se haya efectuado la segregación.

Que segregadas por don Domingo Cárdenas en la escritura de 11 de marzo de 1954 setenta y siete fanegas y media, que formaron una finca independiente, la finca matriz quedó con una superficie de trece fanegas, correspondientes a las dos parcelas arrendadas, y si bien al otorgarse la escritura de retracto hubiera debido venderse exclusivamente este resto de finca, no se hizo así, ya que la escritura de segregación no se había presentado en el Registro cuando se otorgó la de retracto, por lo que era natural que al ser autorizada ésta en rebeldía del comprador, se tuvieran en cuenta en ella exclusivamente los asientos registrables que publicaban precisamente en esa fecha la existencia de una sola finca, pero ello no ha de suponer obstáculo para la inscripción, puesto que las dos fincas formadas por segregación coinciden plenamente con la primitiva en sus linderos, extensión y demás circunstancias.

* * *

Alegó el Registrador que al calificar había tenido en cuenta, respecto al primero de los defectos señalados, el contenido de los asientos del Registro, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se declare su inexactitud, a lo que le da réplica la Dirección en los dos últimos Considerandos, cuya interpretación, a sea ésta de inscribir, según nuestro Centro creemos que pocos Re-

gistradores se atreviesen *por sí* a realizar sin al menos otra escritura aclaratoria.

Y en cuanto el segundo apartado de su nota, entendía dicho funcionario que, estando vigente en el Registro la inscripción de hipoteca, no puede extenderse ninguna nota o asiento que invalide su eficacia mientras no se acuerde por los interesados o los Tribunales, lo cual no es discutir el fondo del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, pues la situación allí prevista no es consecuencia de la actividad de oficio del Registrador, sino del ejercicio de las acciones procedentes, ventilables ante los Tribunales, que son los que han de hacer la oportuna declaración de derecho. En suma, que no es que el documento estuviera mal redactado, sino que no era inscribible por obstáculos que nacen del Registro.

Nuestro Ilustre Centro, yendo más allá de lo declarado por él mismo en 29 de octubre de 1946, rechaza en absoluto también en este problema los razonamientos del Registrador, y aunque califica al retracto legal en algún Considerando (4.º, núm. 2.º) de «derecho real de adquisición», más bien lo sitúa en el ámbito de limitación o *delimitación* de la propiedad (C. 2.º), coincidiendo con lo expresado por Ramón María Roca Sastre, incluso en lo de la innecesidad de tomar anotación de demanda (núm. 1.º, C. 4.º).

Ver, a tal efecto, tomo III, págs. 7 a 11, *Derecho Hipotecario*, de Roca, edic. 5.ª, estimando asimismo de consulta obligada el brillante estudio del Registrador, don Tirso Carretero: «Tanteo y Retracto Arrendaticio Urbano», especialmente las páginas 801 a 830, año 1958, esta Revista, donde se hacen atinadísimas reflexiones sobre la materia que, quiérase justificar o no, barrena nuestra Institución. como bien pone de relieve el 3.º Considerando.

CADUCIDAD DE INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA POR VIRTUD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DE LA LEY HIPOTECARIA.—CONSTITUÍDA DICHA HIPOTECA EN GARANTÍA DEL PAGO DE DETERMINADOS EFECTOS CAMBIARIOS, GIRADOS CON ANTERIORIDAD A 28 DE FEBRERO DE 1920, FECHA DE LA ESCRITURA, HAY QUE ESTIMAR VENCIDOS TODOS LOS CRÉDITOS, PUESTO QUE LOS MÁS MODERNOS DEBIERON CUMPLIRSE EN 2 DE MAYO DE 1928, Y COMO DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO APARECE QUE LA HIPOTECA NO HA SUFRIDO MODIFICACIÓN NI HA SIDO NOVADA, Y HAY QUE

REPUTAR PRESCRITAS, POR OTRA PARTE, POR EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LA CADUCIDAD, LAS ACCIONES CORRESPONDIENTES, «ES FORZOSO CONCLUIR QUE ES INEFICAZ LA REPETIDA INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA».

Resolución de 9 de mayo de 1959 (B. O. de 2 de junio).

Doña C. y doña C. M., con don Rodolfo M., esposo de la última, constituyeron por escritura pública de 28 de febrero de 1920, a favor de la Sucursal del Banco de España en Cartagena, hipoteca sobre varias fincas que les pertenecían para garantizar el pago de determinados efectos cambiarios girados con anterioridad a la fecha de su constitución y una póliza de crédito personal, abierta en favor de doña C. En la cláusula quinta de la escritura de hipoteca se establece: «Siendo el propósito de los señores comparecientes que los efectos impagados que existen en el Banco de España en el día de hoy queden garantizados con la hipoteca que se deja constituida por la presente escritura hasta la cifra señalada, bastará para poder ejercitar la acción ejecutiva y que el Juzgado despache la ejecución, que a la demanda se acompañe la copia de esta escritura y cualquier efecto o título de crédito de fecha anterior al día de hoy, que lleve la firma de don J. S. o la de J. S., o J. S., por poder J. S., pues en tal caso, aunque el Banco de España entable ejecución contra cualquiera de los firmantes de las letras, podrán ser embargados y rematados en su día los bienes gravados con la hipoteca que se constituye por esta escritura.» Como complemento de este pacto figura en la escritura una relación de los efectos que ya librados con anterioridad a la misma tenían vencimiento posterior a ella—todos comprendidos entre el 20 de febrero y el 2 de mayo de 1920—; la póliza de crédito tenía un plazo máximo de vencimiento de seis meses, a contar de la fecha de la escritura de hipoteca. Por escritura autorizada en Cartagena por el Notario don Antonio Serrat y de Argila el 26 de noviembre de 1952, don E. C. adquirió las fincas hipotecadas (salvo una participación en una de ellas que aparecía a nombre de persona distinta), como contraprestación a la constitución de una renta vitalicia en favor de las hijas de las hipotecantes, doña J. y doña M., de una parte, y doña C., de otra; y el adquirente, don E. C., en escrito de 4 de diciembre de 1957, presentado en el Registro el día 7 de dicho

mes, solicitó, al amparo de lo dispuesto en la disposición transitoria, tercera de la Ley Hipotecaria, la cancelación de la hipoteca constituida el 28 de febrero de 1920, en favor de la sucursal en Cartagena del Banco de España, por hallarse incurso en caducidad.

El Registrador calificó el anterior documento con la siguiente nota: «Presentada la precedente solicitud a las doce horas de hoy con el número 807, al folio 94 vuelto del Diario 130, en unión de una copia de la escritura otorgada en esta ciudad el 28 de febrero de 1920, ante el Notario don Juan Gironés, por la que doña C. M. y don R. M. constituyen sobre varias fincas de su propiedad, sitas en este término, para garantizar al Banco de España el pago de varios efectos mercantiles por un valor total de 132.500 pesetas. Se deniega la cancelación de la hipoteca, pretendida al amparo de la tercera de las disposiciones transitorias de la Ley Hipotecaria, por no resultar del Registro ni de los documentos acompañados el plazo de vida de tal derecho, supuesto necesario para la virtualidad y eficacia de dicha disposición tercera alegada, ni ser tampoco bastante para su práctica las deducciones de plazo de los negociables asegurados, a efectos de ejecución y prescripción.»

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

Que este expediente plantea la cuestión de si se podrá cancelar por caducidad, al amparo de la disposición transitoria tercera de la Ley Hipotecaria, una inscripción de hipoteca constituida en garantía del pago de una póliza de crédito personal y de determinados efectos cambiarios, girados antes de la fecha de constitución de la hipoteca, toda vez que, según manifiesta el recurrente, se halla caducada por haber transcurrido el plazo que la mencionada disposición establece.

Que una de las finalidades de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-1946, puesta de relieve en la propia Exposición de Motivos, fué evitar que en el Registro de la Propiedad se perpetuasen inscripciones de derechos que por su antigüedad estuvieran ya extinguidos, por lo que se reguló de un modo específico la caducidad de

determinados asientos en los artículos 86, 87, 92, 96, 209, y en las tres primeras disposiciones transitorias, encaminados a limpiar y aligerar el Registro de cargas inoperantes y a mantener su concordancia con la realidad jurídica extrarregistral.

Que la disposición transitoria tercera requiere para que se produzca la caducidad de una inscripción de hipoteca: 1.º Que cuente en 1 de enero de 1945 con más de treinta años de antigüedad a partir del vencimiento del crédito, o que constituida con anterioridad a dicha fecha la alcance en lo sucesivo; 2.º Que la inscripción haya subsistido durante dicho plazo sin haber sufrido modificación, y 3.º Que no haya sido novada la obligación hipotecaria, ni se haya interrumpido su prescripción o ejercitado debidamente la acción hipotecaria dentro del plazo de dos años, a partir de la referida fecha.

Que si bien la escritura de carta de pago otorgada por el acreedor constituye el medio normal para cancelar la hipoteca constituida en garantía de una obligación, como por la minuciosa relación de efectos mercantiles incorporada a la escritura de 28 de febrero de 1920, hay que estimar vencidos todos los créditos, puesto que los dos más modernos debieron cumplirse el 2 de mayo de 1928, y de los asientos del Registro aparece que la hipoteca no ha sufrido modificación ni ha sido novada, y, por otra parte, hay que reputar prescritas, por el carácter automático de la caducidad, las acciones correspondientes, y concluir que la inscripción de hipoteca es ineficaz, afirmación que no puede desvirtuarse por hipotéticas posibilidades que no resultan de ningún asiento registral y que de tenerlas en cuenta destruirían la finalidad perseguida por la reforma legal.

* * *

Como se dijo en 1941 por la Redacción de esta Revista—páginas 777 y siguientes—en los tipos ideados después de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1909, es en el segundo que allí se describe: Hipoteca de máximo para responder de los efectos cambiarios girados, endosados, aceptados o avalados; donde puede catalogarse el presente.

Este tipo no garantiza ni la existencia, ni la exigibilidad, ni el «vencimiento», ni el importe del crédito...

Y si bien ciertamente en el caso examinado, dada «la minuciosa relación de efectos mercantiles incorporada a la escritura de 28 de febrero de 1920», hay—sin la menor vacilación—que considerar garantizada su *existencia*, no estimamos tan claro lo referente al *vencimiento* de aquéllos, deduciendo este aserto del Considerando último—y definitivo en la cuestión—, «puesto que si, como él mismo dice, los dos más modernos debieron cumplirse el 2 de mayo de 1928», los treinta años se cumplían a su vez en igual día del año 1958 y el de la presentación del escrito, pidiendo la caducidad de la garantía hipotecaria, se nos dice en cambio (final relación de hechos), fué el 7 de diciembre de 1957.

Las disposiciones transitorias, en general, suelen ser difíciles de interpretar, y, además, peligrosas.

¿No parece deducirse del texto literal, de la que nos ocupa que sobre los treinta años a partir del *vencimiento del crédito* de antigüedad del asiento, hay que agregar otras dos para lo de la novación, prescripción y aun ejecución? (1).

¿O es que puede interpretarse que *cumplimiento* no es *vencimiento*, pues éste sería anterior?

Carecemos de datos precisos, concretos, para la visión exacta del problema que con su superior criterio y competencia decide nuestro Ilustre Centro, rector contrariamente a la nota del calificador, cuyas dudas compartimos, tanto más si consideramos que en estas caducidades de hipoteca juega ese punto tan delicado de la interrupción prescriptoria, que sólo parece debe ser reservado a los Tribunales de Justicia (2).

(1) En igual sentido La Rica, aunque admite que puede sostenerse con éxito opinión diferente, pág. 338, tomo I. *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, año 1948.

(2) Roca dice que es absurdo mezclar en esta caducidad hechos que, como la interrupción de la prescripción, son extraños al automatismo de aquélla. Aquí estamos—agrega—ante un supuesto de caducidad, más bien que de prescripción, y lo demuestra precisamente, el que la Disposición tercera de la ley adopta el plazo de treinta años y no el de veinte, que es el propio para la prescripción de la acción hipotecaria, pág. 908, tomo IV, *Derecho Hipotecario*, edic. V.

Sin embargo, insistimos, para nosotros todo esto es confuso, y, por tanto, cuestionable, como cuanto precedentemente apunta Roca.

REGISTRO MERCANTIL.—AUN SUPONIENDO QUE LAS DISPOSICIONES REGISTRALES VIGENTES, DICTADAS PARA TODO TIPO DE COMERCIO, HUBIERAN RECOGIDO LA DISTINCIÓN QUE MUCHAS VECES SE HACE EN EL TRÁFICO BANCARIO ENTRE SUCURSALES Y AGENCIAS, EN BASE A CIERTOS MATICES DE JERÁRQUIZACIÓN INTERNA Y MAYOR O MENOR INMEDIACIÓN CON LOS ÓRGANOS CENTRALES, COMO QUIERA QUE TALES MATICES NI RESULTAN EN ESTE CASO DEL ASIEN TO, PRACTICADO EN TIEMPO EN QUE NO PODÍA ENTENDERSE EXIGIDA, CON TAN GRAVES CONSECUENCIAS, UNA TERMINOLOGÍA RIGUROSA, NI POR SÍ SOLOS DESVIRTÚAN LA NATURALEZA JURÍDICA DE SUCURSAL DEL ESTABLECIMIENTO, EN EL SENTIDO GENÉRICO, ACOGIDO EN LOS TEXTOS LEGALES Y FRECUENTE EN TODO TRÁFICO MERCANTIL, DEBE ENTENDERSE QUE EN LA EXPRESIÓN, SIN OTRAS DISTINCIONES, «SUCURSAL DE ALBACETE», UTILIZADA EN EL PODER, ESTÁ COMPRENDIDA LA DEPENDENCIA EN CUESTIÓN QUE PUBLICA EL REGISTRO.

Resolución de 16 de mayo de 1959 (B. O. de 9 de junio).

El 4 de septiembre de 1957 el Banco Hispano Americano, S. A., representado por su Director adjunto, don A. M. B., otorgó ante el Notario de Madrid, don Rafael Núñez Lagos, escritura de poder, en favor de su empleado don S. S. N., para que «conjunta o mancomunidamente con cualquier otro apoderado para firmar en las Sucursales de Albacete y Hellín, lleve la representación y firma social del Banco Hispano Americano en toda clase de actos, contratos, negocios y operaciones que realicen las mencionadas dependencias», con amplias atribuciones consignadas en diversas cláusulas.

Presentada primera copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Albacete, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la Sucursal de Albacete, por falta de su previa inscripción, ya que solamente figura inscrita una Agencia, y no una Sucursal del Banco de que se trata.»

Interpuesto recurso, la Dirección revoca la nota del Registrador, en méritos de la doctrina que hemos consignado de encabezamiento, a lo que añade «que el término «agencia» de significado

múltiple, no logra destruir el carácter típico de sucursal de la dependencia inscrita, el cual resulta evidente del texto del asiento (del que se reclamó certificación literal para mejor proveer), pues, según éste, se trata de un establecimiento no central, de alcance local, perteneciente a la entidad mercantil que lo crea en relación de dependencia y subordinación con sus órganos rectores, y en el que puede desarrollarse la misma actividad jurídica que constituye el objeto de tal entidad mercantil».

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

NOTA.—Es interesante consultar los Vistos de la Dirección: artículos 21-4.º, 50 y 57 C. C.; 11 L. S. A.; 5.º L. S. R. L.; 212, 213, 240-3.º, Estatutos Propiedad Industrial; 93-6.º, 107-3.º, 120-3.º, 122-3.º y 124 Reglamento R. M., 1919; 71-4.º, 84-2.º, 88-97, 98, 102, 120-5.º actual Reglamento R. M.; 17 del Arancel Anexo y R. O. 10-IV-1922.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1958.—*Responsabilidad subsidiaria, según el artículo 1.903 del Código civil.*—Sólo alcanza al dueño cuando el daño lo causa un dependiente, si éste actúa en el servicio en que estuviere colocado, o con ocasión de las funciones que ejerce.

Emiliano L., persona de buenos antecedentes, ex combatiente de la guerra de liberación, prestaba sus servicios como obrero agrícola fijo en una finca rústica propiedad del Conde de C., en cuyo caserío vivía con su mujer e hijos, en unión de otros obreros y empleados y sus familias. Hállase la finca enclavada en lugar que por la autoridad militar había sido declarado sector o zona de huidos, habiendo llegado a la casa varias veces, durante la noche, personas sospechosas a las que no se les abrió la puerta, y teniendo recibidas órdenes los habitantes del sector de avisar a la Guardia Civil la presencia de sospechosos y de cooperar a su persecución. Al regresar de su trabajo, sobre las 19,30 horas de cierto día de noviembre de 1947 al caserío, unos niños pastores le dijeron a Emiliano que habían visto tres hombres sospechosos dentro de la propiedad, por lo que en su afán de perseguir a los huidos y no encontrándose en la finca los guardas, ni el administrador, cogió una escopeta propiedad de éste, y en unión de otro obrero llamado Valentín se fué en busca de los supuestos bandoleros, sin conocer previamente el estado de funcionamiento de la escopeta y sin comprobar las condiciones de seguridad de su mecanismo. Al llegar, ya de noche y lloviendo, cosa que dificultaba la visibilidad, al sitio conocido por «Valle de la Mora», Emiliano, que caminaba distanciado de Valentín y que iba silbando para darse ánimos y saber dónde estaba cada uno, descubrió a tres hombres escondidos entres unos matorrales, tomándolos por bandoleros, aunque en realidad eran cazadores furtivos. Víctima del nervosismo producido por

el pánico que le causó la presencia de aquéllos, que aumentó al ver que salían de su escondite, le dió el alto y le preguntó el motivo de su presencia allí a uno que creyó que venía en actitud amenazadora, llamó en su auxilio a Valentín, y como viera que los otros corrían y temía que lo cercasen, cuando lo que hicieron era marcharse hacia el pueblo, hizo un movimiento con la escopeta para amedrentar al que creía bandolero, por lo que rozó el gatillo del cañón derecho, que llevaba montado, disparándose el arma y alcanzando el tiro al que se figuraba bandolero, al que le causó la muerte instantánea.

Demandado el propietario de la finca como responsable subsidiario, en reclamación de daños y perjuicios, fué absuelto en Primera Instancia, sentencia que confirmó la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, alegando sustancialmente:

Que probado en el juicio que el procesado, obrero agrícola del Conde de C., y por consiguiente desprovisto de toda función de guarda jurado de la finca, única que concede licencia de uso de arma para la guardería, con la prevención verbal de la Guardia Civil, de que tan pronto como viese gente extraña sospechosa la avisasen, sus funciones y obligaciones de mero obrero agrícola no le imponían la de ejecutar los hechos que realizó, y tuvieron tan funestas consecuencias; y en aquellas funciones de obrero agrícola o con su ocasión, no se produjeron los hechos que ocasionaron la muerte al cazador furtivo, y no puede hablarse de responsabilidad civil subsidiaria para el demandado.

Que, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de junio de 1929, conforme al contexto claro y terminante del párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código Civil, el principio general reconocido por el 1.902 de que quien por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado, únicamente es extensivo a los dueños o directores de los establecimientos en que se producen los perjuicios, cuando son originados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren colocados o con ocasión de las funciones que ejercen, doctrina confirmada, entre otras sentencias, por las de 21 de octubre de 1932, expresiva de que la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito y cuasi delito declarada en los artículos 21 del Código Penal y 1.092 y 1.903 del Código Civil alcanza a los amos, maestros, personas, empresas, padres, tutores, etc., de los directamente obligados, pero tan sólo por las infracciones delictivas o culposas en que éstos hubiesen incurrido en el desempeño de sus obligaciones o servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con ocasión de sus funciones, y por la de 6 de julio de 1934, declarativa de que la responsabilidad impuesta a los dueños en el artículo 1.903 del Código Civil por los perjuicios causados por sus dependientes sólo es exigible cuando los causen en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados o con ocasión de sus funciones.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que impuesta al procesado la responsabilidad penal directa por un delito, sólo puede ser exigida responsabilidad civil de carácter subsidiario ante los Tribunales, en los casos concretos en que el perjudicado manifiesta reservar el ejercicio de la acción civil para después de terminar el juicio criminal. Así las sentencias de 13 de noviembre de 1930, 17 de marzo de 1924, 5 de noviembre de 1925 y 8 de marzo de 1927. Se manifiesta en la primera que en el caso a que se refiere ya no existen términos hábiles para declarar y exigir de nuevo en procedimiento distinto una responsabilidad que no se invocó en tiempo procesal oportuno, ni se instó con sujeción a los preceptos legales reguladores de la materia. Ante esta doctrina, cae por su base, añade la sentencia, la argumen-

tación de los actores de que no pudieron ejercitar la acción por haber sido acusado el procesado solamente como autor de homicidio voluntario, lo que les impidió perseguir al demandado Conde de C., como responsable civil subsidiario, argumentación errónea, ya que se ejercitaba la acción penal, juntamente con la civil, y el Código Penal, en su artículo 22, establece la responsabilidad civil subsidiaria para los amos, maestros, personas y entidades, por los delitos y faltas, sin distinguir entre dolosos o culposos, en que pudieran haber incurrido sus criados, discípulos, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 615, les otorgaba medios suficientes para perseguir al demandado como responsable civil subsidiario, exigiéndole fianza por ello, o, en su defecto, el embargo de bienes y la correspondiente pieza separada; por todo lo cual procede la desestimación íntegra del recurso.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1958.—*Carácter consensual de la compraventa de cosa ajena.—Inscripción de venta de inmueble ganancial.*

La parte demandada suscribió un contrato en documento privado en el que consta haber recibido del actor la cantidad de 16.000 pesetas, como parte del precio de la finca que luego se describiría, que la enajenaban en la suma de 30.000 pesetas libre de toda carga. Se consignó también que en la fecha del otorgamiento de tal documento privado tomaba posesión de la finca la parte actora, y que se fijaba como plazo para otorgar la escritura de compraventa diez meses.

No habiendo sido otorgada dicha escritura, a pesar de haber transcurrido el plazo, la parte demandante solicitó del Juzgado que se condenara a los demandados a dicho otorgamiento.

Compareció solamente, por los demandados, doña Mercedes P., alegando que el referido documento era nulo, toda vez que estaba autorizado por doña Matilde P., de estado casada, sin licencia de su marido y no intervinieron en él dos de los seis propietarios de la mitad de la finca, que se hallaban en América, por lo cual procedía la rescisión del mismo y la devolución al actor de las cantidades entregadas.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada. La Audiencia Territorial de Granada revocó dicha sentencia y condenó a los demandados a que otorgaran la correspondiente escritura de compraventa en favor del actor en las porciones en que eran propietarios de la finca, o sea, en la mitad de la finca por lo que respecta a doña Josefa B., viuda del propietario anterior y propietario de tal mitad por ser bien ganancial y en las cuatro dozavas partes a los cuatro hijos demandados del aludido causante. De tales porciones sería titular en pleno dominio el demandante, las que tendría en proindivisión con las dos dozavas partes no enajenadas, y que eran las que en la escritura particional se adjudicaban a los dos hijos del repetido causante que no suscribieron el documento privado de compraventa.

Es de advertir que la finca fué adjudicada a los vendedores, en la partición hereditaria, en la proporción antes indicada.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó alegando principalmente:

Que, dado el carácter, puramente consensual que conforme a los claros términos de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil tiene en nuestro Derecho

positivo el contrato de compraventa, la validez del mismo es forzoso admitirla desde el momento que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes sobre la cosa y precio, pues desde entonces surgen las respectivas obligaciones de las partes. El hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor, no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato, podrá determinar, en sustitución de aquella, la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento, si no quiere o no pudiere—salvo que en este último concurran circunstancias especiales—adquirir lo que libremente se comprometió a entregar, o en su caso la acción de saneamiento de los artículos 1.475 y siguientes del Código Civil: todo lo cual viene a evidenciar la eficacia obligatoria del contrato.

Está reconocida la licitud de la venta de cosa ajena por la autorizada doctrina de la Dirección General de los Registros, que en Resolución de 6 de diciembre de 1898 declaró que no es de esencia en la venta que el vendedor sea dueño de la vendida y en la de 2 de septiembre de 1902, que no adolece de vicio de nulidad la escritura de venta de un inmueble de origen ganancial otorgada por el marido después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación y partición, siendo por el contrario inscribible, sin más requisito, desde que lo fueron en el Registro las operaciones particionales, que hicieran posible la eficaz consumación de aquella venta, doctrina que aunque no sin fluctuaciones explicables ante las divergentes opiniones que en terreno científico ha suscitado el tema, aparece ya sancionada por la jurisprudencia en sentencias de 1 de marzo de 1949, y últimamente en la de 27 de mayo de 1957.

Que en orden a la disposición de bienes hereditarios específicos antes de practicarse la división, aparte de lo que acaba de exponerse en el Considerando precedente, y sea cualquiera el concepto que se acepte sobre la naturaleza traslativa o simplemente declarativa de la partición, lo que no puede desconocerse es que, conforme a los artículos 657 y 661 del Código Civil, los herederos tienen derechos a las herencias y suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones desde el momento y por el solo hecho de su muerte, y si bien, no obstante esta última expresión, se requiere además la aceptación de la herencia, ésta, conforme al artículo 989 del propio Código, retrotrae siempre sus efectos al momento de la muerte de la persona a quien se sucede, que es lo mismo que, en relación con la posesión, establece el artículo 440 del mismo Cuerpo legal, al declarar que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. Como, finalmente, por un lado, según el artículo 450 del referido Código, cada uno de los partícipes de una cosa poseída en común se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse la cosa le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión, y por otro, conforme al artículo 399, todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la podrá ceder o enajenar, pero quedando limitada la enajenación a la porción que se le adjudique en la división de la cosa. Preceptos que, aunque reguladores de la comunidad de bienes en sentido propio, por extensión y como se reconoce expresamente en el recurso y se propugna especialmente en cuanto a otro de los preceptos que rigen aquella, puede estimarse aplicables también, aun sin desconocer sus notorias desemejanzas jurídicas y de hecho, a la comunidad hereditaria, es indudable que el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la porción o cuota ideal que le corresponde en él al hereditario, sino igualmente las cosas deter-

minadas comprendidas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias, como viene a entenderse, en su especial supuesto de posible adquisición de la cosa en subasta judicial, en la sentencia de 1 de marzo de 1949, y sin que ello suponga ni de cerca ni de lejos alteración alguna en la cosa común, que es lo prohibido en el artículo 397 del Código, y mucho menos cuando de ningún modo se perjudica con ello a los restantes indivisarios.

La sentencia que acabamos de reseñar nos trae a consideración el problema de la venta de cosa ajena. Brevemente lo estudiaremos desde dos puntos de vista, a saber: desde el punto de vista del Derecho Civil y desde el punto de vista del Registro de la Propiedad.

En el campo del Derecho Civil, sabido es que nos encontramos con dos soluciones diferentes: La romano-española de la validez o licitud, y la francesa de nulidad; nulidad no absoluta, sino con ciertas atenuaciones.

El Derecho romano seguimos a Benito Gutiérrez decidió por una de sus famosas sutilezas, que la venta no tenía por objeto hacer al comprador dueño de la cosa, sino transmitirle su posesión y eviccionarle. De aquí dedujo como consecuencia que la venta de la cosa ajena era permitida. El vendedor contrae, respecto de la cosa, las obligaciones que constituyen la compraventa, lo cual basta para que haya contrato; mas como su relación es personal e independiente de la que tiene la cosa con el dueño por el título absoluto de su dominio, éste, que permanece extraño a aquella relación, persigue la cosa donde la encuentra y puede reivindicarla del vendedor.

El Fuero Real declaró nula la venta de cosas ajenas sin licencia del dueño y la Ley de Partidas, por el contrario, la admitió: «Cosa ajena vendiendo un óme a otro valdrá la vendida» (desenvuelve después los supuestos de que el comprador conozca o no tal condición).

Nuestro Código Civil no se ocupa de la venta de cosa ajena. ¿Cuál será, pues, la eficacia de tal convención? Será (1) plenamente válida, porque en Derecho español los contratos sólo son productores de obligaciones. Si el vendedor no puede transmitir la cosa ajena, nada le impide obligarse a transmitirla; será de difícil o imposible cumplimiento la prestación, pero sobre que esto no obsta a la validez de lo convenido, el cumplimiento o su posibilidad, más que a la existencia de la obligatio hace referencia a su extinción por el pago, tomada esta expresión en su sentido amplio.

Como dicen Pérez y Alguer, citados por Roca, la compraventa no transfiere el dominio, sino que es negocio puramente obligatorio, y como la obligación del vendedor es, simplemente, la de entregar la cosa, garantizando su quieta y pacífica posesión, resulta que la validez de la compraventa dependerá no tanto de que la cosa sea propia del vendedor en el momento de celebrar el contrato, como cuanto de la posibilidad del cumplimiento de su obligación de transmitir. Y esta obligación es siempre objetivamente posible, ya que el vendedor podría adquirir y quedaría obligado a adquirir la cosa ajena para transferirla después al comprador. Si no lo consiguiera, su obligación se haría subjetivamente imposible en la forma originaria y se modificaría en el sentido de obligación de indemnizar, o daría lugar a las demás conse-

(1) Ensayo sobre la *venditio rei alienae* en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas de F. Menéndez, en «Rev. de D Priv»

cuencias del incumplimiento, pero nunca a la nulidad del contrato. El problema es, pues, sólo un problema de la eficacia de las obligaciones contraídas por el vendedor. Como quiera que la obligación es, en principio, objetivamente posible, el contrato es plenamente válido. Si el vendedor no logra adquirir la cosa para entregarla al comprador, esta imposibilidad subjetiva subsiguiente (ni objetiva ni originaria), sólo da lugar a que la obligación se convierta en obligación de indemnizar o a que se produzcan las demás consecuencias del incumplimiento, nunca la ineficacia del contrato.

Algunos autores como de Diego y Manresa estiman que la venta de cosa ajena es nula en nuestro sistema o, al menos, anulable.

No hay duda, como sostiene Roca, que en el régimen de nuestro Código la venta de cosa ajena es válida. Basta con recordar, como lo hace dicho autor, las palabras de Jerónimo González: Quien compra, no compra una cosa, sino una obligación.

Que la Jurisprudencia patria se inclina a esta tesis es también indudable. Las palabras de la sentencia que nos ocupa son terminantes: «El hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato...»

Solución análoga la encontramos en el vigente Código italiano. Si la cosa, dice Barassi, no es del vendedor en el momento de la conclusión del contrato, aquél debe procurar su adquisición por el comprador, adquiriéndola al actual propietario. El comprador puede resolver el contrato si, cuando lo concluyó, ignoraba que la cosa no pertenecía al vendedor. Desde el momento de la adquisición por el vendedor, el comprador se convierte en propietario de la cosa, pero si ignoraba que ésta no era del vendedor, puede, antes de que el mismo la adquiera, resolver el contrato (art. 1.478 y 1.479).

En Derecho francés es clásica la solución contraria, aunque no tan contraria como se viene proclamando. La venta de cosa ajena es anulable. El artículo 1.599 de su Código Civil, sienta el principio de que no se pueden vender aquellos bienes que no pertenezcan al vendedor, aun cuando ninguna causa especial los haga inalienables o intransmisibles para su propietario. Según la intención de los redactores del Código Civil, la nulidad de la venta de cosa ajena se halla íntimamente relacionada con la transmisión de la propiedad, que va unida a la conclusión del contrato de compraventa. Si esa transmisión está imposibilitada por carecer de derechos el vendedor, la venta es nula.

En este plano (seguimos a Pianoi), debiera haberse llegado como conclusión a la nulidad absoluta de semejante venta, así como a su total carencia de efecto. Tales consecuencias parecieron extremadas a los Tribunales; en interés de la facilidad y de la seguridad en las transacciones les pareció innecesario considerar como inexistente y privar de todo efecto un contrato, válidamente celebrado entre partes capaces, so pretexto de que el efecto esencial del contrato no puede realizarse. De ahí se deriva la búsqueda de otro motivo que pudiera explicar el artículo 1.599 sin atribuirle preceptos absolutos, que hubiera impuesto la interpretación, conforme a la voluntad de sus redactores. La protección al comprador proporcionó esa razón: siempre que la compraventa no baste para hacerle adquirir la propiedad de la cosa, el comprador queda autorizado para ampararse contra ella pidiendo su nulidad. Así entendido por una Jurisprudencia constante, el artículo 1.599 se convierte en un texto menos radical y de más flexible aplicación: tiene como principal obje-

tivo autorizar al comprador para pedir la nulidad de la compraventa sin esperar a ser perturbado por la reivindicación del verdadero propietario. Es una garantía de evicción anticipada. Solamente el comprador tendrá el derecho de alegar tal nulidad. Considerando solamente el interés de la práctica, la Jurisprudencia francesa ha admitido que la venta de una cosa ajena se hace matabable cuando determinados hechos posteriores a la misma hayan puesto al comprador a cubierto de todo riesgo de evicción. Ciertamente, en estricta lógica, esos hechos debieran carecer de influencia en la suerte del contrato; pero su cumplimiento hace desaparecer una de las condiciones que los Tribunales consideran indispensables para aplicar el artículo 1.599: La existencia de un riesgo de evicción que amenace al comprador. Así, puede suceder que el vendedor adquiera la propiedad de la cosa, o que la prescripción adquisitiva se cumpla en favor del comprador, o que el comprador se convierta por algún otro camino en propietario de la cosa, o que el verdadero propietario ratifique la venta. En todos estos casos, los Tribunales franceses niegan al comprador el ejercicio de la acción de nulidad, si todo riesgo de evicción ha desaparecido.

Vista la cuestión desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, para nosotros no surge problema alguno. En efecto, admitida en principio la validez de la venta de cosa ajena, cuando ésta llega al Registro: 1.º, o la finca sigue inscrita a favor del tercero, titular ajeno a la venta, en cuyo caso es clara la denegación; 2.º, o la finca ha sido ya adquirida por el vendedor, en cuyo caso se inscribe a nombre de éste previamente y se cumple el tracto hipotecario, y no hay obstáculo para inscribir la venta; 3.º, o la finca no aparece inscrita a nombre de nadie y si se hace constar que pertenece a un tercero en la escritura de venta, no podrá ser inmatriculada por faltarle un requisito tarativamente previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria: el que el vendedor acredite de modo fehaciente haber adquirido con anterioridad.

En el segundo supuesto, no es obstáculo para la inscripción que la adquisición del último adquirente o comprador sea anterior a la de su vendedor. En el Registro es titular el vendedor y basta; no examinaremos la fecha de su adquisición, no interesa.

Esto que nos parece a nosotros tan claro, tal vez porque estamos imbuidos de esa validez de la venta de cosa ajena, no lo vió tan claro el Registrador de la resolución de 2 de septiembre de 1902.

En efecto, veamos el caso. En 1896, don José vendió a don Santos una finca. Don José la había comprado durante el matrimonio con su primera mujer y la vendió estando casado en segundas nupcias; se presumía, pues, ganancial del primer matrimonio. En 1900, se practicó la partición de su dicha primera esposa y se le adjudicó al nombrado don José, la finca que ya tenía vendida en 1896, en pago de sus aportaciones gananciales y gastos de testamentaria, adjudicación que fué inscrita. Además, don José y don Santos otorgaron escritura de ratificación de la venta, después de la adjudicación expresada. El Registrador denegó la inscripción de la tan repetida venta por medio de la siguiente nota: «Denegada la inscripción del título que antecede por adolecer del defecto insubsanable de nulidad, puesto que la primera escritura es nula, y los actos y contratos en su origen esencial y absolutamente nulos, no son susceptibles de ratificación, pues con respecto a ellos rige el conocido principio de que lo nulo no puede ex-post facto convalecer.» La Dirección, con prudente, sano y práctico criterio, a nuestro entender, confirmó la resolución del Presidente de la Audiencia que había sido contraria al criterio del Registrador; entre otros, con este claro Considerando: «Que habiéndose subsanado

la falta, por haberse inscrito ya en el Registro las operaciones particionales efectuadas por fallecimiento de doña M. M., primera mujer del vendedor, en cuanto a la finca de referencia, que aparece adjudicada al mismo en pago de sus aportaciones, y mitad de gananciales y gastos de testamentaria, es indudable que debe efectuarse la inscripción omitida, para lo cual hubiera bastado con presentar nuevamente la misma escritura de venta, aun sin necesidad de otorgar la de ratificación.»

Como en tantas otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha recogido e invocado en la sentencia que comentamos la Jurisprudencia de nuestro Centro directivo.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3
de junio de 1958.*

En esta Resolución se discutió el tema de si lo dispuesto en el apartado 2) del artículo 9.º del Reglamento del Impuesto es aplicable a los hijos adoptivos al ordenar que en las transmisiones onerosas de bienes inmuebles y derechos reales «otorgadas por los padres a favor de los hijos», se aplique el tipo de las herencias cuando, dada la cuantía de lo transmitido, el tipo por el concepto herencia es superior al de la compraventa.

La reclamante era hija adoptiva de D. X. X., y a la vez hija natural de la mujer de éste, y adquirió por compra a dicho D. X. X. ciertos bienes inmuebles.

Presentada la correspondiente escritura a la liquidación fué liquidada aplicando el tipo de herencia, muy superior al de compraventa, y la liquidación fué recurrida sosteniendo que el precepto reglamentario citado se refiere, exclusivamente, a las transmisiones de «los padres a favor de los hijos» y que en éstos no debían comprenderse más que los que lo son por naturaleza y tienen además la condición de legítimos, siendo, por tanto, improcedente

dar al texto reglamentario una interpretación extensiva y debiendo ser rectificadora la liquidación impugnada.

Se trataba de aplicar la legislación de 1947 y el Central resolvió que en el concepto hijos se comprendían, en virtud del principio que dice «Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus», los legítimos, los naturales, los adoptivos e incluso los que lo sean por afinidad. Esto, aparte del contrasentido que resultaría al aplicar el precepto en sentido contrario y quedar, por consiguiente, en peor situación fiscal los legítimos que los demás hijos que no tengan esa condición.

Hoy, conforme a la nueva legislación de la ley del 58 y Reglamento del 59, el problema no se podría plantear, porque el citado apartado del mencionado artículo 9.º, al hablar de esas transmisiones onerosas, las refiere a los hijos legítimos, naturales o adoptivos, si bien es de notar que no comprende como la Resolución que nos ocupa a los descendientes por afinidad.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de junio de 1958.

ESTE ACUERDO SIENTA LA DOCTRINA DE QUE, DECLARADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS LA INEXISTENCIA DE UNA HIPOTECA POR NO HALLARSE EXTENDIDA LA CORRESPONDIENTE ESCRITURA CON LAS FORMALIDADES LEGALES, ÉSTA ES, NO OBSTANTE, LIQUIDABLE, PORQUE ENCERRABA, ADEMÁS, UNA CESIÓN DE CRÉDITO LIQUIDABLE POR EL CONCEPTO «MUEBLES», Y POR AÑADIDURA, EL TIPO APLICADO FUÉ EL DE «BENEFICENCIA», QUE ES INFERIOR AL CORRESPONDIENTE A AQUEL CONCEPTO. EN SU CONSECUENCIA, NO ES APLICABLE AL CASO LA DEVOLUCIÓN PRETENDIDA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 58 DEL REGLAMENTO.

Antecedentes.—El Banco Hipotecario era acreedor hipotecario de cierta sociedad anónima por importante suma, y entre esta última entidad y una Caja de Ahorros concertaron en la oportuna escritura que la Caja de Ahorros se subrogaba en los derechos y obligaciones de la hipoteca que garantizaba el crédito.

La escritura fué liquidada por el concepto «beneficencia», número 9 de la Tarifa, y la Caja de Ahorros *a posteriori* inició ex-

pediente de devolución de lo liquidado, al amparo del artículo 58 del Reglamento, fundándose en que la escritura aludida no había podido ser inscrita en el Registro de la Propiedad, según acuerdo de la Dirección General de los Registros por falta de requisitos legales, y, por tanto, era nula a efectos hipotecarios, conforme al artículo 145 de la Ley Hipotecaria, el cual exige como requisito fundamental para que la hipoteca quede válidamente constituida que sea inscrita en dicho Registro.

En el expediente de devolución recayó acuerdo desestimatorio apoyado en que la Resolución de la Dirección General de los Registros no contemplaba ninguno de los casos previstos en el artículo 58 del Reglamento del Impuesto; y planteado el tema ante el Tribunal provincial se insistió en que se declarase definitivamente que la escritura referida no se hallaba extendida con arreglo a las prescripciones legales, y era, por consiguiente, inexistente, y por lo mismo que el gravamen tributario no era exigible.

El referido tribunal desestimó la reclamación por entender que la subrogación de los derechos del acreedor hipotecario, a efectos fiscales, tiene el concepto de transmisión de derechos reales, según el apartado 8), artículo 13 del Reglamento del Impuesto, y, aparte de esto, es indiferente la especificación de si los derechos transmitidos son de naturaleza mueble o inmueble, puesto que en el caso tributan por el mismo tipo y concepto, dado el carácter benéfico de la entidad adquirente, y aparte también de que la transmisión cuestionada es de cesión de un crédito de naturaleza mueble.

La Caja de Ahorros recurrente se alzó ante el Central, sosteniendo que no existió subrogación ni hipotecaria ni legal ni convencional, ni cesión de crédito, ni relación jurídica entre el Banco Hipotecario, la propia Caja y la Sociedad Anónima dicha, según se desprende de la Resolución de la Dirección de los Registros, en la que expresamente se dice que no existió subrogación legal ni se acreditó que dicha Caja fuese acreedor hipotecario posterior, no pudiendo tampoco hablarse de la subrogación convencional prevista en el artículo 1.211 del Código Civil, puesto que el pago del Banco de V. al Hipotecario, por orden de la repetida Caja de Ahorros y cuenta de la Anónima, fué anterior al otorgamiento de la escritura originaria de la contienda; añadiendo por fin que,

por tanto, no era dable invocar *a posteriori* un nuevo concepto de cesión de crédito con el objeto de que subsista una base tributaria. En conclusión, pidió la devolución de la liquidación por aplicación del artículo 58 del Reglamento.

El Tribunal Central, centrandó el problema, dice que el tema consiste en dilucidar si la Resolución de la Dirección que declaró no inscribible la escritura de subrogación debe ser estimada como resolución administrativa, apta para producir, conforme al artículo 58 del Reglamento la devolución del impuesto, como sostiene la recurrente.

Con ese planteamiento empieza por sentar que el derecho real de hipoteca no llegó a transmitirse, supuesta la nota denegatoria de la inscripción confirmada definitivamente por la Dirección General. Eso dicho, añade que la inexistencia jurídica se refiere no más que a la institución accesoria de la convención, puesto que afecta únicamente a la garantía y al proceso registral regulado en la Ley Hipotecaria para darle el rango de derecho real, pero ello no afecta al contenido de la relación jurídica principal, consistente en la existencia de un préstamo otorgado en principio por el Banco Hipotecario, en el que la Caja de Ahorros se subrogó con autorización del deudor en la forma determinada por el número 2.º del artículo 1.210 del Código Civil, según consta en la repetida resolución de la Dirección de los Registros. De donde se deriva que subsistiendo el préstamo personal como reconoce la recurrente y consta en la calendada escritura con la variante de la persona deudora y transmitido el correspondiente crédito, el acto está comprendido en el número 14, en relación con el 46 de la Tarifa del Impuesto.

La consecuencia final es, termina diciendo el Central, que la devolución pretendida al amparo del repetidamente citado artículo 58 exigía la declaración de nulidad del acto liquidado, o sea, en este caso, de la adquisición a título oneroso por la Caja de Ahorros de un crédito contra una persona en escritura pública, como acto comprendido en el número 9.º de la Tarifa, concepto «beneficencia e instrucción privada»; pero tal nulidad no fué acordada, y, por consiguiente, la liquidación cuya devolución se pretende no hay términos hábiles para modificarla ni para acordar su devolución.

Comentarios.—Planteada la cuestión en los términos propuestos por el Tribunal Central la solución no puede ser otra que la dada por el mismo. Supuesto que la escritura de subrogación carecía de los requisitos legales, según declaró la Dirección General, es claro que al no ser inscribible la subrogación en el derecho real, no pudo existir tal subrogación ni jurídicamente ni fiscalmente.

También es verdad que una cosa es que el derecho de garantía sea nulo e inexistente, y otra que lo sea el derecho de crédito y su transmisión, puesto que la sustantividad del segundo no depende de la subsistencia de la garantía que la hipoteca le presta, pero, ¿es que en el caso de ambos derechos, el real de garantía y el de transmisión del derecho de crédito, nacieron ambos con el otorgamiento al ser autorizada la escritura de subrogación?

Según la entidad recurrente—y esto no está desmentido en la Resolución que nos sirve de tema—, ella, en diciembre de 1943 pagó al Banco Hipotecario el crédito que éste tenía contra la Sociedad Anónima, y lo hizo ordenando al Banco de Vizcaya que lo solventase a cuenta de esa Sociedad y con cargo a la Caja de Ahorros recurrente, y, por consiguiente, según esto, al otorgarse la escritura de subrogación de la Hipoteca en febrero de 1944 el crédito estaba ya transmitido por la Anónima a la repetida Caja, resultando así patente que si por la escritura de subrogación no se transmitió el crédito, y la hipoteca como inexistente no podía ser objeto de liquidación, lo liquidado debió ser devuelto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de junio de 1958.

VENDIDAS UNAS FINCAS EN UNA CONSIDERABLE CANTIDAD, EL MISMO DÍA LOS COMPRADORES OTORGARON OTRA ESCRITURA DE HIPOTECA A FAVOR DEL VENDEDOR PARA GARANTIZAR LA DEVOLUCIÓN DE UNA CANTIDAD MUCHO MAYOR QUE LA QUE IMPORTÓ EL PRECIO DE LA VENTA.

LA OFICINA LIQUIDADORA COMPROBÓ Y LIQUIDÓ LA COMPRAVENTA, Y AL CONOCER Y LIQUIDAR LA ESCRITURA DE HIPOTECA PRESTADA DÍAS DESPUÉS DE HABERLO SIDO LA DE COMPRAVENTA, PROPUSO A LA DIRECCIÓN

GENERAL LA REVISIÓN DE LA COMPROBACIÓN, LO CUAL ACORDÓ EL CENTRO DIRECTIVO, SIENDO CONFIRMADO EL ACUERDO POR EL TRIBUNAL CENTRAL EN LA RESOLUCIÓN QUE NOS OCUPA.

Antecedentes.—Las escrituras se presentaron casi simultáneamente, primero la de compraventa y después la de hipoteca, otorgadas el mismo día, ante el mismo Notario, y con números de protocolo correlativos.

La Dirección general admitió en principio la posibilidad de revisar la liquidación y reclamó los antecedentes a la Oficina liquidadora; y puesto de manifiesto el expediente a los interesados, éstos comparecieron exponiendo que si bien la Dirección general entendía que no había por qué tomar en consideración como base liquidable en la compraventa la cantidad fijada para la subasta de las fincas en la escritura de hipoteca por ser ésta posterior, admitía la posibilidad de la revisión, lo cual era improcedente, porque, según un procedimiento judicial sobre división de las fincas, del que presentaban testimonio, éstas habrían sido tasadas en cantidad inferior al precio de la compraventa; y además—añadían los contendientes—es inconsistente el argumento de que el precio señalado a la venta no es el real, puesto que las partes pueden establecer los pactos que crean convenientes, y además, y en definitiva, el precio se pactó para después de nueve años contados desde la fecha de la escritura.

Aparte del aludido testimonio se presentaron justificantes del líquido imponible de las fincas y un informe técnico sobre mejoras y trabajos a realizar en el fondo, pero, en definitiva, la Dirección acordó llevar a cabo la revisión de la comprobación, fundándose en que, aun no estimando aceptable el criterio de la Abogacía del Estado consistente en suponer que el hecho de constituir una hipoteca sobre los bienes enajenados en favor del transmitente implicaba el disfraz de un sólo contrato de compraventa con precio aplazado, es de tener en cuenta el artículo 141 del Reglamento que faculta a la Administración para revisar la comprobación mientras no prescriba la acción comprobadora, y para revisar las liquidaciones mientras no prescriba la acción para exigir el impuesto, y, en su consecuencia, hizo uso de tales facultades, pues si bien la Administración, según el artículo 41 de dicho

texto, no está autorizada para sentar una presunción de simulación, tampoco puede admitir pasivamente el hecho anómalo de que los mismos compradores y en el mismo día en que adquieren el inmueble constituyan seguidamente, mediante otra escritura ante el mismo Notario con el siguiente número de protocolo una hipoteca a favor de quien acaba de vendérselos y fijando la garantía en una cantidad notoriamente superior a la fijada como precio de la compraventa. Esto, sin entrar en los móviles de una operación de tan extrañas apariencias, ofrece racionales motivos para estimar que el valor de las fincas es mayor que el obtenido por la comprobación ordinaria, y, por tanto, deba procederse a otra de las previstas en el artículo 80 del Reglamento, e incluso a la extraordinaria del artículo 81 del mismo texto.

El Tribunal Central, después de invocar los pertinentes artículos del Reglamento y de la Ley del Impuesto, especialmente el artículo 141 de aquél, que consignan el derecho de la Administración a revisar los expedientes de comprobación de valores y atribuyen a la Dirección General de lo Contencioso la competencia para revisar los actos de las Oficinas liquidadoras de las capitales de provincias y estimando que en el caso se cumplieron los trámites reglamentarios de tales expedientes, desestima el recurso entablado contra el acuerdo revisorio y dispone que la Oficina liquidadora revise el expediente de comprobación.

Comentarios.—Ante la claridad del caso huelgan realmente los comentarios, ya que los actos enjuiciados ofrecen unas particularidades y circunstancias un tanto extrañas de las que vivamente brotan unas presunciones que exigen que la Administración no sea sorda a ellas y esclarezca por medio del procedimiento reglamentario cuál sea la realidad que aquéllas encierran, para lo que sin duda alguna está la Dirección General facultada.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959.

EL HECHO DE QUE, AL CONSTITUIRSE UNA SOCIEDAD, UNO DE LOS SOCIOS APORTE BIENES EXPRESAMENTE VALORADOS POR LOS CONTRATANTES EN CUANTÍA SUPERIOR AL VALOR DE LAS ACCIONES QUE A CAMBIO DE ELLOS RECIBE, ENGENDRA EL ACTO DE CESIÓN A FAVOR DE LA SOCIEDAD POR LA DIFERENCIA ENTRE DICHA CUANTÍA Y EL VALOR NOMINAL DE LAS ACCIONES QUE SE ENTREGAN AL SOCIO APORTANTE.

Antecedentes.—Por medio de la correspondiente escritura pública, se constituyó una sociedad civil particular, bajo el nombre de E. A. Martín e Hijos, de duración indefinida, entre don E. A. y tres de sus hijos, aportando el primero un conjunto de edificios, valorados de común acuerdo en cuatro millones de pesetas, y los segundos exclusivamente su actividad personal para la explotación de las fincas, constituyendo esta explotación el objeto social y reconociéndose a todos los socios, expresamente, participaciones sociales iguales, tanto en capital como en los beneficios sociales.

La Oficina liquidadora, comprobado el valor de los bienes, obtuvo un considerable aumento en relación con el valor declarado, fijando aquel valor en 7.334.052,25 pesetas.

De tal valor dedujo el 90 por 100 en cuanto a tres de las fincas aportadas, en razón de tratarse de una primera transmisión de viviendas bonificables, fijó la base liquidable en 1.301.326,73 pesetas, y sobre esa base giró la Oficina una liquidación a cargo de la sociedad al 1 por 100, concepto «sociedades», y otra, también a cargo de la misma, sobre la base 975.995,04 pesetas, número 14 de la Tarifa, al 6 por 100.

La liquidación por el concepto «cesiones» fué recurrida por la Sociedad con apoyo en los apartados 1) y 2) del artículo 19 del Reglamento, por entender que para que proceda girar liquidación por el concepto cesión de bienes al constituirse una sociedad es menester que la diferencia tributable nazca entre el valor declarado por los interesados y el nominal de las acciones que a cambio de los bienes aportados se les reconozcan; cuya circunstancia no concurre en el caso, ya que no se ha tenido en cuenta el valor dado a los bienes, sino el comprobado, la Sociedad carece de ca-

pital representado por acciones o participaciones sociales y no existe diferencia entre el valor declarado y el capital de la Sociedad.

El Tribunal provincial confirmó las liquidaciones y el Central modificó la base de la girada por el concepto «sociedades», pero sostuvo la procedencia de la girada por «cesiones», y planteado el problema a la Sala, ésta mantiene la liquidación en el siguiente Considerando: «toda vez que a D. E. M., que al constituir con sus tres hijos la sociedad aportó a la misma bienes valorados por propia declaración documental en cuatro millones de pesetas, se le reconoce en el capital social una participación de la cuarta parte, igual a la de los otros tres socios, que salvo su actividad, nada aportaron, no puede ofrecer duda la existencia de una diferencia de valor entre el de la participación reconocida al expresado D. E. M. y el de los bienes por él aportados, ni ofrecer duda tampoco que ello constituya un acto sujeto por el concepto cesión de bienes, conforme al referido párrafo 2.º del artículo 19 del citado Reglamento...»

Comentarios.—Los creemos innecesarios, ya que está patente que el dueño y aportantes de los bienes, pactó como contrapartida sólo la cuarta parte de las utilidades, y en realidad, cedió a la sociedad—es decir, en puridad, a los hijos—las tres cuartas partes de aquéllos. Diremos, en conclusión, que sin esfuerzo alguno jurídico se llegaría fácilmente a la conclusión de que lo que vivamente late en el fondo del contrato es una donación del padre a los hijos, enmascarada en un contrato de sociedad.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1959.

Contratadas las obras de ejecución de una estación de ferrocarril de la RENFE, ésta y el contratista, ante la imposibilidad de obtener los materiales necesarios para realizarlas, acordaron la rescisión del contrato con devolución de la fianza, y el contratista instó del Delegado de Hacienda la devolución del impuesto correspondiente a la parte de obra no ejecutada, fundado su pretensión en que se trataba de un caso de fuerza mayor.

La Delegación no accedió a la devolución por entender que se trataba de resolución voluntaria de contrato y no de rescisión, y que era de aplicación al apartado 5) del artículo 58 del Reglamento de 1957—apartado 6) del de 1959—, que dispone que, en todo caso, cuando el contrato quede sin efecto por acuerdo de ambas partes no procederá la devolución del impuesto liquidado.

El Tribunal provincial y el Central confirmaron la resolución del Delegado de Hacienda y otro tanto hace la Sala, dados los términos del aludido artículo 58, en sus apartados 1) y 5), al exigir que la devolución se funde en una decisión firme, judicial o administrativa de nulidad, rescisión o resolución del contrato de cuya liquidación se trate.

Como se ve, la Sala reafirma una vez más el criterio restrictivo que debe imperar al interpretar dicho artículo.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

V A R I A

La Universidad por dentro, por Jesús López Medel. Colección Remanso Juan Flors, Editor. Barcelona, 1959.

Así reza la portada de la obra y a ella me limito. López Medel no necesita de esta nota bibliográfica para ser presentado. De sobra son conocidos por los lectores de esta REVISTA así como sus actividades, sus aficiones y su actuación. En la solapa interior de la portada del libro consta su historia hasta el presente, y digo hasta el presente, porque dentro de no mucho tiempo necesitará historia de varias hojas, si sigue como hasta ahora, lo que es de suponer, dada su actividad y su inquietud espiritual y física.

Lo que desde luego se desconoce es el compromiso en que ha puesto a quien esto redacta. El problema nunca se le ha presentado, ni ha merecido su consideración al carecer de hijos y, además, sus ideas difieren extraordinariamente de las comunes en auge, aunque coincidan plenamente con otras aisladas y de mucho peso, lo que siempre es reconfortante, aunque no sirva para nada, ni remedie nada. El remedio tal vez sea únicamente la bomba atómica.

El prologuista José María Javierre, después de repasar la labor de otras Naciones (Italia, Alemania, Francia, Inglaterra, Estados Unidos) dice, y dice bien: «Se pregunta uno por qué en España no hemos de beneficiar tanta riqueza ya adquirida, por qué no hemos de intentar (¡Ojo! las imitaciones nunca nos fueron bien) una ponderada adaptación de las fórmulas que la experiencia ajena

consagra como válidas; se pregunta uno si de verdad el Estado, la Iglesia, la sociedad, la familia, los estudiantes, tocan cuidadosamente, con gran amor e inteligencia atenta, las cosas de la Universidad». También acertadamente cuenta que el prólogo inserto es el cuarto que escribió, y que el lector, después de leer, debe de escribir el epílogo (de mayor importancia siempre que el prólogo, porque es el hecho consumado y no como el prólogo, un aviso, un deseo, una presentación o una crítica, que casi nadie se atreve a hacer, como es natural: para eso no se escriben los prólogos). Realmente se refiere al pavoroso número de graduados sin salida, de la multiplicación de profesores, aulas, residencias, laboratorios, sistemas de protección escolar, de ayuda al estudiante...

Como vemos, tiene razón, pero ¿no sería posible que el buscar salida debe de ser *efecto de los propios esfuerzos*, que tanta protección y tanta ayuda oficial y tanto abandono *familiar* sean contraproducentes, algo así como sucede con la producción, que se duerme, se hace cara y nociva, cuando el Estado interviene (economía dirigida) porque falta la libre competencia, la lucha donde cae el débil y triunfan los demás? Naturalmente que esto no es el común sentir, como acaso no lo sea el que por donde había que empezar la educación es por los de mi generación y las sucesivas (y para eso es tarde), que no han sabido educar y han ocasionado con su abandono, su debilidad, su deseo de evitar llores, problemas y quejas, su búsqueda de la comodidad antes que realizar el cumplimiento penoso y duro de un deber. la actual deseducación, desenfreno y falta de noción del deber, y del pecado (religioso y civil), causa seguramente de todo. El pavoroso número no es solamente el de graduados, sino *el de graduados sin preparación, sin hábito de esfuerzo*, o sea de no graduados, los que tendrán que perecer y buscar otro lugar inferior ante la libre competencia para conseguir el puesto, que hay que ganar y no recibir sin molestarse.

Lo expuesto demuestra el desconcierto y la falta de preparación para elogiar o criticar el libro de López Medel, tan distinto de la prosa que prefiere el cultivador del Derecho privado (concisa, densa, a fondo), puesto que es ágil, crónica periodística, indicaciones de temas sin desflorarlos, aunque sean acertadísimas las indicaciones. Así, por ejemplo, el estudio, primer deber según López Medel, es algo incuestionable, pero ¿cómo hacer estudiar sin educar antes

en el deber y *refrenar en vez de dejar hacer* para evitarse molestias?

La razón del libro, para el autor, es hacer la Universidad más católica, más cercana a las realidades políticas y sociales, al hacerla más perfecta. Es su idea al escribir o leer los ensayos que, agrupados, constituyen el trabajo en conjunto, fruto de la experiencia del universitario que fué y del profesor auxiliar que es. Es decir, que la religión, la política y lo social deben de integrarse en la Universidad. Tanto el prologuista como el autor critican a «las clases acomodadas» porque sólo quieren que aprueben los chicos y no perturbem sus vacaciones o que no les importa se formen generaciones sin otra vocación que la de hacerse ricos y disfrutar con egoísmo de la vida. De acuerdo: lo último, irremediable, porque es el ambiente, no de las clases acomodadas, sino de *todas* (cuidado; no admito excepciones, ni las hay, y acaso no sea mayor en las clases acomodadas, hoy tan criticadas, por envidia acaso y querer igualar abajo en vez de igualar arriba), pero lo primero, aparte de la muchísima verdad y realidad, puede derivar de que el principal fin de la Universidad, según sus ideas, sea preparar científica y prácticamente al estudiante en la disciplina elegida, por que lo demás, catolicidad, educación, etc., no lo creen fines de la Universidad, sino fines familiares. Equivocación, tal vez. Comodidad, en absoluto; es cargar con el deber íntegramente. No defendiendo: observar y relatar.

Pero hora es ya de dejar decir a López Medel (abreviadamente, en caracteres de miniaturas y de trozos: casi una disección más que una descripción).

Esquema: Introducción, con estudio de lo que pasa en la Universidad, lo que es el escritor y el problema de la Universidad, por dentro y por fuera, aunque más por dentro. Estamentos universitarios, con temas de tanta trascendencia como el estudio, primer deber; la conciencia de universitario, primer derecho; los Maestros y Catedráticos, los Profesores y el estudiante, y su dedicación a la Universidad y la responsabilidad de ésta. La Universidad en sí misma: evolución y presencia histórica de la Universidad, lo institucional y lo corporativo, los Colegios Mayores regionales, lo oficial y lo libre, Universidad oficial y Universidad de la Iglesia, el Profesor libre, el estudiante no oficial, la descentralización admi-

nistrativa. Elementos formativos y profesionales: la formación y el título, vocación y aptitud profesional, las oposiciones, encrucijada y aventura, la formación política y religiosa, la Universidad, selección de dirigentes. Estado, Universidad y Sociedad: paternalismo, proteccionismo, reproches recíprocos, deberes del graduado para la Universidad. Algunas proyecciones humanas y sociales: presencia del universitario en la vida, perfil universitario de la concentración parcelaria, incorporación al sindicalismo, la profesión y la política, la emigración, la libertad, la Universidad de verano, la descendencia de la juventud, la Universidad como intimidad de salvación. Por último, maestros e intelectuales que fueron: Menéndez Pelayo, Maeztu, Primo de Rivera, Unamuno, García Morente, Eugenio d'Ors, Ortega y Gasset, Álvarez de Miranda y un capítulo a Pío XII y los universitarios.

Es inútil encerrar el agua y formar un pequeño lago en un cesto de mimbre. Así, gravedad en el deber ineludible del estudio: poesía, sentimiento, honor en conciencia de universitario, ¿quién es capaz de resumirlos? Misión y vocación del Maestro, dedicación a la Universidad (realidades: dedicación sin compensaciones, tarea inútil) (realidades: dedicación íntegra, al estilo sacerdotal, es soñar con fantasmas) y más sorpresa aún, cuando la dedicación es según generaciones, no igual, algo así como el contenido del Derecho público y Derecho privado en diversas épocas históricas, cuando en realidad, por mucho que el hombre haga, el contenido de cada uno es perenne, aunque el lugar en la estantería sea distinto. Exacto que la Universidad, si bien no debe de ser sólo Oficina expendedora de títulos, debe de ser la *única* que expida los títulos, con garantías de sus profesionales Maestros o Catedráticos: en el texto hay otras sugerencias sobre Colegios Mayores, especialmente Regionales (Universidad regional, ¿por qué no?: no conozco lo que es el Colegio Mayor para opinar sobre él, pero lo hace, y bien, el autor: leerle y os convenceréis). Creo necesario lo oficial y lo libre, pero el examen, repito, únicamente por lo oficial: he visto en la práctica la necesidad de ello, por mera observación y se diga lo que se diga.

La Formación: tema discutido. El título, bien, si se conjuga con la vocación. Distinta es la profesional de la educadora: no confundir. Las oposiciones, tema eterno: los que han triunfado en ellas, las defienden y ven, objetivamente ya, su necesidad, sus ven-

tajas y su imposible sustitución, porque sin ellas la arbitrariedad reinaria: los fracasados y quienes tienen que hacerlas, las miran con horror, como es natural. La realidad es que, al menos en España, son insustituibles, y lo digo importándome un pito que las supriman o no, lo que quita toda posible idea de egoísmo. Pero además, es que tienen que ser fuera de la Universidad, aunque el autor defienda lo contrario: enorme abismo de dos generaciones, que por los síntomas, deviene en el eterno «tesis, antítesis y síntesis» para volver a empezar por lo primero, y es que nada es perdurable y bueno intrínsecamente: en todo hay bueno y malo, y por eso se cambia, y el olvido de un fracaso, vuelve a hacer buscar aquel método, sin perfeccionarle en la síntesis: es realidad la antítesis y la tesis, pero la síntesis, no la he podido percibir.

Leer y releer la página 176 y el principio, primer párrafo de la 177. Y el último párrafo de la 178. No digo más, y que me perdone mi muy querido amigo y admirado autor, al que no trato como merece en esta nota, por incompreensión y por incompetencia mía en la materia, al no saber hacer una recensión de su libro, sino un conglomerado inconexo de frases y palabras. Pero si con ello llamo la atención, es suficiente y me doy por satisfecho, aunque no lo esté el autor.

Legislación del Registro Civil. Colección de textos legales «Pretor», 1957 y 1959, Madrid.

Comprende la ley de 8 de junio de 1957, concordada y anotada con comentarios y bibliografía, el Reglamento de 14 de noviembre de 1958, anotado y concordado con la ley, y las Disposiciones complementarias. El libro está impreso en papel muy blanco, letra pequeña y grande, y encuadernado en tela roja, de fácil manejo y excelente presentación. Además, contiene íntegras las Exposiciones de motivos de ambos textos. Y el discurso del Ministro en las Cortes.

La Redacción de la revista «Pretor», bien acreditada en estos menesteres, ha hecho un buen alarde de rapidez para que los profesionales, principalmente los encargados de aplicarla, dispongan de modo inmediato del material imprescindible y adecuado.

Todo ello era necesario, pues el cúmulo de disposiciones gubernativas sobre la vieja ley, perturbaba la buena aplicación de la misma y sugería continuas dudas, nunca resueltas definitivamente por el cambio de orientación legislativa, en especial, acerca del laicismo y matrimonio civil o del matrimonio canónico, con sus peculiares consecuencias, tan dispares e irreconciliables.

Del carácter eminentemente práctico, da buen conocimiento el haber insertado tabla de concordancias entre la ley y el Reglamento, las disposiciones complementarias (aranceles, timbre, etc.), índices completísimos y los modelos oficiales, impresos y no impresos. Bien se conoce la mano de quienes manejan cotidianamente el Registro civil.

Todo está dirigido a una completa y clara ordenación de los textos y a la seguridad en su aplicación, lo que estimamos se ha logrado a la perfección y por él felicitamos a la revista «Pretor», en la seguridad del éxito editorial de esta obra tan lograda y digna de la capacidad y competencia de sus redactores.

Interpretación del testamento, por Juan B. Jordano Barea. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1958.

Muchos quebraderos de cabeza han proporcionado los testamentos a los juristas, y muchos pleitos han tenido su causa en la interpretación de un testamento. Por eso Jordano, con visión acertada, ha resumido la doctrina, la jurisprudencia y los textos legales relativos a cómo ha de hacerse y cómo debe de ser la interpretación de los testamentos para que se ajuste a la verdadera voluntad del testador.

En principio, la interpretación contractual y de negocios jurídicos intervivos (incluidos los gratuitos, como la donación), no debe de aplicarse a los testamentos, pues ni los principios de responsabilidad, protección a la buena fe y a la seguridad del comercio jurídico, tienen relación con el fin del acto de última voluntad, ni cabe en realidad otra solución que buscar la verdadera voluntad e intención del testador, procurando situarse en el medio ambiente, costumbres, afecciones, aficiones y reacciones del testador, sin perjuicio de que entre los medios que se empleen en la exploración

de tal *mens testantis* puedan encontrarse comprendidos todos los objetivos.

En el desarrollo de su estudio, el autor nos explica el fundamento técnico jurídico del principio *voluntas spectanda*: no es exclusivo, en el Derecho español, a los negocios gratuitos (artículos 1.281, 1266, 1287, 1289, párrafo 1.º, etc.): no radica en que el testamento no es recepticio: es un medio de conocimiento y no medio de vinculación (Rover, Ferrer Correia): es imposible de renovación después de muerto el testador: teoría de Varela sobre el beneficiario real y el aparente: peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad, etc. Estos epígrafes son explicados y refutados somera y claramente por el autor.

Continúa con el examen de las normas legales interpretativas: artículos 675 y 773 del Código Civil: interpretación subjetiva: normas interpretativas particulares, en los artículos 346, 347, 668, 747, 749, 751, 768, 769, 770, 771 y 780: posibilidad de aplicar por *analogía* las reglas legales de interpretación de los contratos, aunque no directamente; reglas de interpretación subjetiva de los contratos, acomodadas a las características de unilateralidad, no receptibilidad y solemnidad del acto (actos coetáneos y posteriores, e incluso anteriores; elementos gramatical, lógico y sistemático, etc.); en cambio, no procede aplicar las reglas de interpretación objetiva de los contratos, ni el principio de la buena fe.

Concluye, por exponer los criterios fundamentales de la interpretación testamentaria, que resumidos, son: el intérprete debe encarar siempre la declaración desde el ambiente y desde el punto de vista del testador, pudiendo valerse de todos los elementos, intrínsecos y extrínsecos, para descubrir la voluntad real del declarante, la cual rige, en principio, el sentido decisivo del testamento, aunque hay que contar con que la naturaleza formal del acto impone una fuerte restricción. No debe olvidarse tampoco lo que se denomina interpretación integradora del testamento y voluntad conjetural del declarante, cuyo alcance expone, según la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho positivo.

Como epílogo, incluye un dictamen sobre un caso práctico, concreto, breve, conciso, de gran enseñanza práctica, como en general lo es la monografía, sobre casos de frecuente aplicación, ahora y en el futuro, en tanto exista el testamento.

La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones *a non domino* de bienes muebles), por Carlos Melón Infante, Doctor en Derecho, Colaborador científico del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957.

Trabajo muy completo, que es un alarde de erudición (264 notas; más de diez páginas de bibliografía, en apretados renglones; autores españoles, franceses, italianos y alemanes en gran profusión; incluso uno suizo y otro griego). No es censura, es una fotografía, una realidad innegable y meritoria, de gran valor para escudarse en las afirmaciones aventuradas y que acredita un trabajo a conciencia, todo lo contrario de una improvisación, por brillante que sea.

Sabido es que el artículo 464 del Código Civil puede interpretarse de dos maneras: una, según el brocardo romano, de «la posesión equivale al título», o sea, que la posesión hace presumir un justo título a efectos de la usucapion, postura desacreditada doctrinalmente; y otra, la postura germánica de auténtica y verdadera adquisición *a non domino*.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de junio de 1945, ha interpretado este artículo en forma inadmisibile.

Ahora bien: para la aplicación de la regla de irreivindicabilidad, es preciso la previa existencia de: a) una situación jurídica de mediación posesoria; b) una transmisión del mediador posesorio a un tercero, y c) buena fe en el adquirente. Aparte, claro es, de que el dueño haya perdido voluntariamente la posesión de la cosa, pues si la ha perdido involuntariamente (sin o contra su voluntad), no procede la irreivindicabilidad. La causa de ella es conocida: la necesidad de amparar el tráfico jurídico. La seguridad vence a la legalidad.

Ahora bien: el trabajo se centra exclusivamente en el primero de los requisitos previos o presupuestos necesarios, sin desdeñar las indicaciones de los demás cuando fuere preciso. Dicho presupuesto es la existencia de una situación jurídica de mediación posesoria, y a su vez comprende tres condiciones: a) que el propietario entregue

la cosa al mediador; b) que la entrega sea voluntaria, y c) que dicha entrega se haga en virtud de una relación jurídica que entraña una confianza del dueño al mediador.

Además, puede existir una mediación posesoria en sentido analógico, a saber: 1) Servidor de la posesión. 2) Titularidades transitorias o interinas. 3) Titularidades efectivas, privadas del *jus disponendi*. 4) Titularidades aparentes. 5) Titularidades sujetas a impugnación (nulidad, rescisión, resolución, revocación, etc). 6) Otras titularidades de origen diverso (patria potestad, tutela, potestad marital, dote, parafernales, gananciales, separación, albaceazgo, representación, secuestro judicial, patrimonio especial, mandato, etc.).

En cada apartado, se estudian detallada, aunque someramente, cada titularidad y se concreta la opinión del autor. Igual sucede con el art. 1.765 del Código Civil, que nada tiene que ver con el 464.

Se cierra el estudio con referencia extensa a la posesión del transmitente: comparación del 464 del Código con el 34 de la Ley Hipotecaria: detentación material o señorío ficticio; posesión conjunta con otros bienes, muebles o inmuebles; arrendamiento de vivienda amueblada; posesiones mediatas; apariencia de posesión, etcétera.

En conclusión, el autor cree que no es necesaria una tenencia material o detentación efectiva, sino que es suficiente una relación más o menos directa con el bien mueble de la que surja una apariencia de titularidad. Acredita finura de observación y examen de colección de casos, algunos no considerados por la doctrina española anteriormente. Un buen trabajo, de fácil lectura y provechosa enseñanza.

PEDRO CABELLO,
Registrador de la Propiedad.

Derecho Mercantil, por D. Rodrigo Uría, Catedrático de la Universidad de Madrid. Madrid, 1958, 857 páginas. 350 pesetas.

Hasta hace unos años el profesional que ingresó en un Cuerpo, tras las oposiciones, conservaba el nivel necesario para el cumplimiento de su misión fácilmente. Los libros, más o menos pedagógicos, que le sirvieron para prepararse, los textos legales y alguna revista y obra de consulta le tenían al día.

El panorama actual es otro. Yo no sé si entre las neurosis de ansiedad que por lo visto aquejan a tanta gente, figura la que sufre el profesional del Derecho que ha de aplicar la disposición vigente entre la balumba legislativa que anega el *Boletín Oficial*; pero estoy convencido de que todos sufrimos con demasiada frecuencia tal preocupación.

Y no ésta sola. Porque no se trata únicamente de un continuo tejer y destejer disposiciones, con reenvíos a otras, cláusulas derogatorias parciales, exposiciones de motivos que no concuerdan con el articulado y otras semejantes, sino que la evolución científica, al crear y desarrollar las distintas ramas jurídicas, obliga en su aspecto teórico a un continuado estudio.

Ejemplo para nosotros claro es el del Derecho Mercantil. De aquellas famosas «Contestaciones», redactadas como el Ripalda, bien poco fruto pudimos obtener. Y cada día más la profesión, la vida misma, exige una preparación profunda, un estudio a fondo del Mercantil. Para los Registradores de la Propiedad, ya por derecho propio y en virtud del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, Registradores Mercantiles, la especialización en dicha rama es imprescindible. Y estamos seguros de que en las Oposiciones los temas de Mercantil han de tener suma importancia.

Entre el gran Tratado y el Epítome, el difícil tono medio lo alcanza la obra que examinamos. Exposición científica, método didáctico, y referencias constantes a la legislación vigente. Exactamente un instrumento útil. Y una especial virtud: su manejo se hace inmediatamente familiar, como si se tratara de un libro que, de antiguo, fuera nuestro compañero de trabajo.

Para quien desee una visión completa y objetiva de alguno de los problemas actuales del Derecho Mercantil, la obra de Uria es muy importante. Fijémonos, por ejemplo, en la empresa. De tan traída y llevada de lo social a lo económico, apenas cabe la posibilidad de centrar su estudio jurídico. Y, sin embargo, empresa y empresario han de ser conceptos decisivos en el futuro. Paradigma de claridad son las páginas que Uria le dedica; empresa, empresario y establecimiento mercantil son estudiados en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia. Muy aguda la observación que atribuye al nuevo Reglamento del Registro Mercantil, efectos decisivos en la determinación del empresario. Comprensiva y be-

névola la crítica a la cambiante jurisprudencia que pasa de estimar la empresa como una «organización», a posible «objeto» de negocios jurídicos, tras la última moda mercantilista italiana o la siempre penúltima Ley de Arrendamientos Urbanos. Y ponderada la exposición de las distintas tendencias.

El examen de los Títulos de crédito, con la profundidad necesaria, permite una visión de conjunto. La letra de cambio se estudia en capítulos dedicados a: nociones generales, creación, aceptación, provisión de fondos, circulación, aval y pago, que en pocas páginas ofrece una idea cabal.

Con especial interés hemos leído la parte dedicada a suspensión de pagos y quiebra. Recordamos los apuros de opositor que pretende enterarse primero de qué es la quiebra y que luego ha de encajar, contra reloj, la turbamulta de artículos, periodos y efectos, órganos y retroacción. ¡Qué bien hubiera venido la obra de Uría! Ante la amenaza de una nueva ley de quiebras—que mucho tememos complique los problemas actuales o cree otros nuevos y no resuelva ninguno—, esperamos, al menos, que se nos diga en castellano, sin gongorismos, como lo hace Uria, la regulación aplicable a la quiebra.

Ya en los comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, que con tanto acierto como éxito publicó con Garrigues, destacaban sencillez y claridad. Hoy, en que los autores parece que no pueden escribir sin dedicar a notas la mitad de las páginas, resumir opiniones ajenas, refutarlas, con un sistema ergotista, que tan donosamente puso en solfa Menéndez y Pelayo, es un descanso encontrar un libro con las citas imprescindibles y en el que su autor expone ideas propias.

Conocimos a Rodrigo Uría en los trabajos de la Comisión que redactó el último Reglamento del Registro Mercantil; a través de dos largos periodos, muy distintos, su constante buen sentido, su cultura jurídica, su experiencia, siempre estuvieron presentes. En las apasionadas y necesarias discusiones, ante puntos de vista diferentes, cuando surge un problema, como una liebre, sin que haya podido prepararse en el despacho para lucimiento, entonces puede contrastarse quién es quién. El *Derecho Mercantil*, de Rodrigo Uria, Catedrático de la Universidad de Madrid, es digno de él.