

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXV

Julio - Agosto 1959

Núms. 374-375

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

El proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña elaborado por la Comisión de juristas nombrada por la Orden de 10 de febrero de 1948, en cumplimiento del Decreto de 23 de mayo de 1947, es sin duda alguna el intento más afortunado para reunir en un Cuerpo legal orgánico y sistemático, al estilo de los Códigos modernos, los elementos dispersos en los Derechos canónico y romano, *Constitucions y altres drets de Catalunya* y demás fuentes de la legislación civil vigente en dicho territorio.

Destaca en dicho proyecto la parte dedicada a los fideicomisos por la amplitud con que se regula esta institución, a la que se dedican cerca de 100 artículos de los 554 que comprende, por la claridad y precisión con que aparecen redactados, por su correcta nomenclatura y porque en ellos se da solución a la mayor parte de las dudas que planteaba esta árdua y confusa materia.

Por esto no creemos del todo inútil el contribuir a su divulgación, intentado una exposición ordenada de los fideicomisos, siguiendo la pauta de dicho proyecto, aunque sin omitir nuestra modesta opinión en aquellos pocos puntos en que no se halle de acuerdo con el mismo.

I

EL CONCEPTO.

Hay fideicomiso—dice el art. 337 del proyecto—, cuando el testador o fideicomitente, designa un segundo o ulterior heredero o fideicomisario, para que lo sea en la actualidad o en una cuota de la herencia después de haber sido heredero o fiduciario, otro primeramente instituido.

Tenemos, en primer lugar, bien delimitados los *elementos personales* del fideicomiso: 1.º Un testador o fideicomitente. La partícula disyuntiva no denota aquí simplemente similitud o equivalencia, sino que tiene además otra significación más amplia. Aunque, por lo general, el ordenador del fideicomiso es un testador, puede también disponerse en los heredamientos y donaciones, por lo cual la palabra fideicomitente tiene un mayor alcance; pero para simplificar la terminología se añade en el último párrafo del artículo que nos ocupa que el concepto de testador empleado en el sentido de fideicomitente en la Compilación, se entenderá también referido a quien haya dispuesto fideicomiso en heredamiento o en donación. 2.º Un heredero, o fiduciario, primeramente instituido. Este primer instituido es heredero; a nuestro juicio, el único heredero del fideicomitente. Se le designa con el nombre de fiduciario para distinguirlo del fideicomisario, que es el segundo o ulterior llamado. 3.º Un segundo o ulterior heredero o fideicomisario. Como se ve, la Comisión redactora del proyecto atribuye al fideicomisario la condición de heredero. Así es de ver también en el art. 398 de la Compilación, al decir que «la delación a favor del fideicomisario le atribuye la cualidad de heredero o legatario, y con este carácter hace suya la herencia o legado o cuota de ellos.» Igualmente, el art. 402, al hacer responsable al heredero fideicomisario, desde que adquiera el fideicomiso, de las deudas y cargas hereditarias que no se hayan pagado con bienes hereditarios.

Así, pues, la Comisión introduce aquí una excepción, y muy ca-

lificada, por cierto, al principio general del art. 246 del proyecto, cuando dice: «El que es heredero lo es siempre» y declara en este mismo artículo que en las instituciones de heredero la condición resolutoria se tendrá por no puesta.

Nosotros, aun reconociendo que la cuestión tiene escasa importancia práctica, disentimos del criterio sustentado por el proyecto y creemos que la Comisión se ha desviado aquí de la doctrina más generalmente admitida. Así leemos en Peregrinus: «... proinde substitutio fideicommissaria, quia confertur in casum post aditam haereditatem... obliqua est, quia haereditas non vacat, sed est in manu alterius, qui illam agnovit, de cujus manu capi debet, et ab eo actiones haereditariae per restitutionem haereditatis transferri debent in fideicommissarium. Et licet quando que actiones haereditariae et jura, rerumque dominia, ipso jure, in nonnullis casibus transferantur ab herede in fideicommissarium, non tamen haereditas vacat, nec nomen haeredis, immo quaedam sunt, quae in fideicommissarium universalem transponi nequeunt: ac idcirco non potest fideicommissarius directo effici haeres, quia ejusdem tituli duo in solidum respectu ejusdem rei compotes esse nequeunt» (1). (*De Fideicommissis praesertim universalibus*. Art. I, 4). Igualmente en Mantica (*De conjecturis ultimarum voluntatum*. Lib. IV, tit. V, 3-4): «Illud vero in primis admonendi sumus, duos haeredes ejusdem haereditatis in solidum constitui non posse, quoniam nec duo ejusdem rei domini in solidum esse possunt. Unde si quis fuerit haeres scriptus, donec vixerit, et alius post ejus mortem sit institutus, primus in perpetuam haeres erit; nam qui semel est haeres, non potest desinere esse haeres. Et licet quis fuerit haeres institutus donec vixerit, tunc post mortem etiam transmittit haereditatem ad haeredes

(1) «... de donde la sustitución fideicomisaria, deferida después de haber sido aceptada la herencia..., es oblicua, porque la herencia no está vacante, sino que se halla en poder de otra persona que la ha disfrutado, de cuya mano la adquiere el fideicomisario con las acciones hereditarias anejas a la restitución. Y aunque se transmitan de pleno derecho por el heredero fideicomisario las acciones hereditarias, con los derechos y la propiedad de los bienes, no por esto la herencia queda vacante ni el nombre y título de heredero; por el contrario quedan otras cualidades o títulos que no pueden transferirse al fideicomisario universal, por lo que no puede éste ostentar la condición de heredero, porque no puede una misma cosa en su unidad o integridad pertenecer a la vez y por el mismo título a dos personas».

suos» (2). Y entre los jurisconsultos clásicos del Derecho catalán baste citar a Cancr, del cual es el texto siguiente: «Estque hoc sine difficultate, hinc substitutus vulgariter, dicitur secundus haeres, et proprie est haeres, cum assumat in omnibus et per omnia, tanquam subrogatus, omnia jura instituti, cujus locum obtinet; quod secus est in fideicommissario, qui haeres verus non est, licet quoad effectum haereditatem consequatur» (3). (*Variae resolutiones*. Cap. I, 287-288). Entre los pocos autores catalanes modernos que rozan esta cuestión, Borrell y Soler disiente de esta opinión al decir que «restituida la herencia, el fideicomisario adquiere la efectividad del título de heredero» (*Dret civil vigent a Catalunya*, tomo V, cap. V, sección 4.^a, subsección 5.^a. Barcelona, 1923). En su apoyo cita un texto del *Codex* (Lib. VI, tit. XLVIII, 7-1); pero a nosotros nos parece dudosa la aplicación al caso debatido de dicho texto, que dice así, según la traducción de García del Corral: «... mandamos, que, ora si por contumacia hubiere estado ausente aquel a quien se le impuso la restitución, ora si hubiere sido sorprendido por la muerte sin haber dejado ningún sucesor, ora si se mandó que la transferencia se le hiciera por el primer fideicomisario al segundo, se transfieran de derecho las acciones útiles.» Como se ve, aparte el alcance que tenga esta transferencia de las acciones útiles, que seguramente se refiere a las acciones específicas dirigidas a obtener la posesión de los bienes fideicomitidos al margen de la titularidad hereditaria, el texto no se refiere a un caso normal de delación de fideicomiso, sino al supuesto excepcional y anómalo de ocultación maliciosa del fiduciario o fallecimiento del mismo sin sucesor o entrega del fideicomiso por un segundo fideicomisario. Por contra, Roca Sastre defiende la doctrina tradicional antes expuesta, como resulta de las siguientes

(2) «Hemos de advertir, ante todo, que no pueden darse dos herederos de una misma herencia cada uno sobre toda ella, como no pueden darse dos dueños de una misma cosa cada uno de ellos en su totalidad. De donde, si alguien fuere instituido heredero vitalicio y se designare a otro para después de su muerte, el primero será siempre heredero, porque quien ha sido una vez heredero no puede dejar de serlo. Y aunque haya sido instituido vitaliciamente, al morir transmite a los suyos su condición de heredero.»

(3) «Con toda razón el sustituto vulgar es llamado segundo heredero, porque lo es en realidad, ya que asume en todo y por todo, como subrogado, todos los derechos del instituido, cuyo lugar ocupa; al contrario de lo que sucede con el fideicomisario, que en realidad no es heredero, aunque consiga la adquisición efectiva de la herencia.»

palabras de su luminoso discurso sobre El Fideicomiso *si sine liberis decesserit*, pronunciado en el acto de su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: «... la sustitución, una vez operada, solamente origina un cambio de titularidad del patrimonio hereditario, pero el heredero fiduciario conserva su título de tal, con todos los derechos y prerrogativas emanadas del mismo» (Edición oficial del *Discurso*, pág. 64).

La excepción al principio *semel haeres, semper haeres*, nos parece justificada únicamente en el fideicomiso puro, en el que, como es sabido, el primer instituido tiene la obligación de entregar al fideicomisario inmediatamente o dentro del plazo previsto en interés de éste la herencia o legado, sin que pueda el fiduciario hacer suyos los frutos, salvo autorización del testador. En el primitivo fideicomiso romano, la cualidad de heredero tenía que recaer forzosamente en el fiduciario, porque precisamente dicho fideicomiso se arbitró para favorecer con el patrimonio hereditario a personas que no gozaban de la *testamenti factio* pasiva. Pero habiendo desaparecido dicha motivación, y no teniendo el fiduciario en el fideicomiso puro más tarea que la de entregar inmediatamente después de la delación o en un plazo seguramente brevísimo los bienes al fideicomisario, se comprende que, por excepción, en este caso se relaje el rigor del principio *semel haeres, semper haeres*, para que al realizarse dicha transmisión vaya también implícita la titularidad de heredero.

El *elemento real* del fideicomiso es la *haereditas* o una cuota de ella en el fideicomiso universal, o una cosa específica—*singula res* en el fideicomiso singular. Puede serlo también un patrimonio que el testador haya adquirido de otra persona como heredero.

Es condición del fideicomiso, sea universal o singular, que el objeto, herencia, o cosa legada, hayan de hacer tránsito en su unidad o integridad al fideicomisario o fideicomisarios llamados, pues en cuanto éstos sean llamados únicamente a bienes o derechos singulares de la herencia o a una parte del legado, el sedicente fideicomiso se convierte en legado o sublegado, debiendo regirse por las reglas de éstos. Así, en la fórmula «instituyo por mi heredero universal a B, y a su fallecimiento pasará a C la casa número 15 de la calle de Caspe»; o si dijere «lego a B la casa número 15 de la calle de Caspe, y a su fallecimiento deberá entregarse

a C el piso tercero de la casa legada», en el primer caso se ordena un legado y en el segundo un sublegado a favor de C. Así lo determina el artículo 341 del proyecto.

Se comprende que, dada la equiparación que hizo Justiniano entre legados y fideicomisos (lib. VI, tit. XLIII, 2, Cod.), si la disposición se opone a la naturaleza del fideicomiso, que exige, como se ha dicho, que los bienes fideicomitidos pasen al fideicomisario en su unidad o integridad, tenga el carácter de legado. En las fórmulas expuestas, el legado o sublegado están sujetos a término suspensivo incierto, el fallecimiento de B, y como quiera que el artículo 428, en relación con el 427 del proyecto, con referencia a los legados, siguiendo las normas romanas (Lib. XXXV, I, 1 Dig.), se apartan del criterio seguido en los artículos 262 y 342 relativos al término suspensivo incierto en las substituciones fideicomisarias y en la institución de heredero, disponiendo respecto a estos que dicho término implica condición, mientras que en los legados el *dies incertus quando* no constituye condición y si sólo actúa para retrasar su efectividad, tendremos que si C premuere a B transmite el legado a sus sucesores, lo que no ocurriría si las cláusulas expuestas implicaran fideicomiso. Esta es una consecuencia, la más importante sin duda, que se deriva de la distinción entre el legado y el fideicomiso singular en nuestro derecho.

La *relación jurídica* que se establece entre el fiduciario y fideicomisario y los bienes fideicomitidos es una auténtica relación dominical. Así dice el artículo 365 que los herederos y legatarios fiduciarios que acepten la herencia o no repudien el legado, adquirirán con este carácter la propiedad de los bienes fideicomisos, con las limitaciones derivadas de la existencia de fideicomiso. Para el fideicomisario, esta atribución dominical se hace efectiva al vencimiento del término o cumplirse la condición. Todo esto se entiende con referencia a la sustitución fideicomisaria. En cuanto al fideicomiso puro, dice el citado artículo 365 que la adquisición de propiedad por el fiduciario actuará de medio para que el fideicomisario haga suya la herencia o legado fideicomitidos.

La propiedad en el fideicomiso de sustitución es *de factu* una propiedad plena, integral, sin otro límite que su temporalidad derivada de la misma noción de fideicomiso. Por esto, un gran sector doctrinal entre el que se encuentra Gangi, Barbero, Messineo

y otros más, configuran la sustitución fideicomisaria como una combinación de dos adquisiciones de propiedad a término, una a favor del fiduciario, que es una propiedad a término final, y la otra a favor del fideicomisario, que es una propiedad a término inicial, ambas coincidentes en el momento de la apertura de la sustitución» (V. Roca Sastre en el Discurso citado, pág. 42).

La propiedad atribuida al fiduciario es una propiedad a término, cierto o incierto, que no conviene confundir con el dominio sujeto a condición resolutoria, aunque el fideicomiso sea condicional, lo cual equivale a decir que es cosa distinta la institución de heredero bajo condición resolutoria de la sustitución fideicomisaria condicional. Claro que en Derecho catalán huelga hablar de institución de heredero bajo condición resolutoria, la cual no se admite, en virtud del repetido principio *semel haeres, semper haeres* (art. 246 del proyecto). Pero es que tampoco el cumplimiento de la condición en la sustitución fideicomisaria condicional tiene el carácter de condición resolutoria desde el punto de vista del dominio ostentado por el fiduciario, sino que simplemente se limita a señalar el momento en que el dominio hace tránsito de uno a otro titular, del fiduciario al fideicomisario. Si no fuera así, es decir, si el cumplimiento de la condición en el fideicomiso de esta clase tuviera el carácter de condición resolutoria del dominio del fiduciario, dados los efectos retroactivos de la resolución del derecho, resultaría que el fiduciario nunca habría sido dueño, con todas las consecuencias de esta situación y contra lo que es inherente a la misma naturaleza jurídica del fideicomiso de sustitución.

II

LAS VARIEDADES.

1. *Fideicomiso puro y de sustitución.*

Conforme al derecho tradicional y con una nomenclatura más correcta clasifica el proyecto los fideicomisos en puros y de sustitución, llamados también estos últimos sustituciones fideicomi-

sarias, las cuales pueden ser a término o bajo condición. Las características diferenciales más acusadas entre unos y otros son:

- 1.º En el fideicomiso puro bastará que el fideicomisario sobreviva al testador, aunque premuera al fiduciario, para adquirir el derecho al mismo, y, en su caso, transmitirlo a sus herederos como formando parte de la herencia del mismo fideicomisario; en la sustitución fideicomisaria a término, para que el fideicomisario adquiera los bienes fideicomitados y pueda en su caso transmitirlos a sus herederos, salvo disposición contraria del testador, es preciso que viva al deferirse la herencia o legado al primer fiduciario, aunque fallezca antes del vencimiento del término; en la sustitución fideicomisaria, bajo condición, si el fideicomisario fallece antes de cumplirse ésta, aunque haya sobrevivido al testador, queda extinguido su derecho al fideicomiso (art. 343).
- 2.º En el fideicomiso de sustitución, conforme se ha dicho ya, el fiduciario adquiere con el carácter de heredero o legatario la propiedad de los bienes del fideicomiso con las limitaciones derivadas de esta institución, mientras que en el fideicomiso puro esta adquisición de propiedad actúa de medio para que el fideicomisario haga suya la herencia o legado fideicomitados (art. 365).
- 3.º En la sustitución fideicomisaria condicional, salvo prohibición expresa del testador, el fiduciario podrá enajenar o gravar los bienes fideicomitados, mientras que en los fideicomisos puros y en las sustituciones fideicomisarias a término el fiduciario carece de esta facultad (art. 373).
- 4.º En las sustituciones fideicomisarias, condicionales o a término, el fiduciario, sin más limitaciones que las del fideicomiso, tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitados, así como de sus subrogaciones y accesiones y gozará de los demás derechos que la ley atribuye al propietario, si bien lo que adquiera por accesiones y demás conceptos que no sean frutos o rentas quedará incorporado al fideicomiso (art. 369).
- 5.º En las sustituciones fideicomisarias, los gastos ordinarios de conservación y administración de los bienes sujetos a fideicomiso son función obligada del fiduciario, así como el pago de impuestos que no sean los extraordinarios sobre el capital, pensiones de censos, precio de arrendamientos, intereses de deudas hereditarias y cargas análogas. En el fideicomiso puro, los antedichos gastos y pagos son de cargo de la herencia o legado (art. 371).
- 6.º En las sustitu-

ciones fideicomisarias, el fiduciario, aparte la facultad de enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso los bienes necesarios para hacerse pago de la legítima y trebeliánica, pagar legados así como las deudas y cargas de la herencia y satisfacer los gastos extraordinarios de conservación que ésta exija, podrá también realizar los mismos actos de enajenación y gravamen para dotarse en contemplación a sus primeras nupcias la mujer fiduciaria y para constituir esponsalicio o *escreix* el fiduciario a su esposa en compensación de la dote aportada por ésta, 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. En el fideicomiso puro, el fiduciario no podrá realizar estas enajenaciones o gravámenes destinadas a las expresadas donaciones por razón de matrimonio (art. 374).

Los autores del proyecto han querido conservar el fideicomiso romano primitivo con el nombre de fideicomiso puro, en el que el fiduciario tiene la obligación inmediatamente o dentro del plazo que en interés del fideicomisario haya sido fijado de transmitir a éste la herencia o legado. Puede, por consiguiente, ordenarse este fideicomiso a término, si el aplazamiento redundará en interés del fideicomisario. Esta circunstancia, la de que el plazo establecido por el testador para la entrega de los bienes lo haya sido en interés del fideicomisario, será al parecer la única nota que diferencie el fideicomiso puro a plazo de la sustitución fideicomisaria a término. Parece parca esta distinción, comparada con la diferencia que entre una y otra determinan las características que acabamos de enumerar. En algún caso será evidente que el aplazamiento de la entrega redunde en beneficio del fideicomisario; pero, por lo general, a éste le interesará más bien que se adelante el momento de la entrega. En todo caso, se trata de un concepto muy elástico, poco apropiado para que las dos partes estén de acuerdo. De ahí que en el proyecto echemos de menos normas claras y seguras discriminatorias entre el fideicomiso puro a plazo y la sustitución fideicomisaria a término. En muchos casos no habrá duda. Si el testador dice: «Instituyo heredero a X, el cual, una vez transcurridos dos años desde mi muerte, entregará la herencia a Z. Si al término de estos dos años las operaciones liquida-

torias de mi sucesión no se hubieren terminado, se entenderá prorrogado por otros dos años, y por una sola vez el plazo de la entrega», es evidente que se establece un fideicomiso puro, porque ya se comprende que la obligación de la entrega se aplaza para que el fideicomisario adquiera la herencia libre de deudas, legados, impuestos y demás gastos sucesorios. Tampoco habrá duda por estar de acuerdo con las características del fideicomiso puro, si el testador dijere: «Instituyo heredero a X, el cual entregará la herencia a Z al llegar éste a la mayor edad, sin que pueda aquél hacer suyos los frutos y rentas de la misma y si sólo detraer la cuarta trebeliánica». Pero si se dice simplemente: «Instituyo heredero a X, y mi herencia pasará a Z, así que éste, por llegar a la mayor edad o por otra causa se emancipe de la patria potestad», puede dudarse si se establece fideicomiso puro o sustitución fideicomisaria a término. Es probable que el fiduciario entienda esto último y pretenda hacer suyos los frutos y rentas de la herencia; y puede ocurrir que el fideicomisario defienda que el plazo se estableció por su interés, por ejemplo, para evitar que durante su menor edad sea administrada la herencia por un padre menos diligente que el fiduciario. Para evitar posibles colisiones, tal vez lo más sencillo y seguro sería fijar un plazo máximo entre los cinco y los diez años para el fideicomiso puro y disponer que todo fideicomiso ordenado para un plazo mayor constituye una sustitución fideicomisaria a término. Podría en este caso el testador, en interés del fideicomisario, compensar el derecho del fiduciario de hacer suyos los frutos y rentas de la herencia con la prohibición de detraer la trebeliánica.

El artículo 343 del proyecto regula el fideicomiso puro instituido a favor de los hijos nacidos o no concebidos. Por derecho romano, recogido en el artículo 252 del proyecto, son ineficaces los llamamientos de herederos de los que al tiempo de deferirse la herencia no hayan nacido ni se hallen concebidos. Así, pues, si el testador dijere «instituyo heredero al primer hijo que nazca del matrimonio contraído entre A y B», corre el riesgo de hacer una institución ineficaz si muere antes del nacimiento del instituido heredero. Para prevenir ese riesgo puede ordenar un fideicomiso puro, en el que, según el último párrafo del citado artículo, no se requerirá que el fideicomisario haya nacido o se halle concebido

al tiempo de deferirse la herencia o legado al fiduciario. Diciendo, pues, el testador «instituyo heredero a X, con la obligación de entregar la herencia al primer hijo que nazca del matrimonio contraído entre A y B», tendremos una típica fórmula de fideicomiso puro, que será a plazo si el nacimiento del fideicomisario tiene lugar después de la delación de la herencia al fiduciario.

El artículo no dice qué ocurrirá si muere el fiduciario antes de ocurrir dicho nacimiento. Otro artículo del proyecto, el 364, dispone que «en el fideicomiso puro, si el fiduciario no llegare a ser heredero o legatario por cualquier causa, el fideicomisario pasará de derecho a ser heredero o legatario como nombrado directamente por el testador». Creemos que en nuestra hipótesis de fideicomiso a favor de los *nascituri* o *nondum concepti*, este artículo 364, en el párrafo copiado sólo puede tener aplicación en el caso de que el fideicomisario hubiere nacido en vida del testador, pero habiendo nacido después del fallecimiento de éste, ya hemos visto lo que dice el artículo 252. Hemos de considerar que en el supuesto previsto de nacer el fideicomisario después de la muerte sucesiva del testador y del fiduciario, la cláusula del fideicomiso queda ineficaz.

El mismo artículo 343 prevé la contingencia de que el fideicomisario no llegue a nacer y establece que en tal caso ocupará su lugar el sustituto vulgar designado por el testador. En defecto de éste, el derecho del fideicomisario acrecerá a los coherederos o colegatarios, y si no los hubiere o no procediere el derecho de acrecer se entenderán llamados como fideicomisarios por el fideicomitente los parientes de éste, que al fallecer le habrían sucedido abintestato.

Puede ser, pues, que el testador haya previsto la posibilidad de que el fideicomisario no llegue a nacer y haya nombrado un sustituto para este evento, o puede ser también que, a falta de este nombramiento, tenga el fideicomisario no nacido coherederos con derecho de acrecer, caso similar al anterior, pues es sabido que el derecho de acrecer no es más que una sustitución legal, inspirada en la presunta voluntad del causante. Naturalmente, para la existencia de estos coherederos con derecho de acrecer, es necesario que sean llamados también como fideicomisarios a una cuota de la misma herencia o legado. En uno u otro

caso, el sustituto o el coheredero o colegatario ocuparán el lugar del fideicomisario. En rigor, como representantes indiscutibles de éste, han de gozar de sus mismos derechos y prerrogativas, así como han de soportar las limitaciones y cargas impuestas al mismo. Por tanto, siendo así que en el fideicomiso puro, según antes se ha dicho, basta que el fideicomisario sobreviva al testador, aunque premuera al fiduciario para adquirir el derecho al mismo, si el sustituto del fideicomisario o coheredero o colegatario con derecho de acrecer premueren al fiduciario adquieren el derecho al fideicomiso y lo transmiten a sus herederos, que lo adquirirán cuando por la disolución del matrimonio contraído entre A y B sin sucesión, llegue el momento de deferirse el fideicomiso. Esta parece ser la situación derivada de los preceptos legales, pero que no refleja de seguro la voluntad del fideicomitente, muy lejos de suponer que el heredero fiduciario que ha designado haya de esperar a la disolución del matrimonio para a la postre tener que entregar la herencia a personas posiblemente desconocidas del testador.

Convendría, a nuestro juicio, añadir al artículo 343 un nuevo párrafo, en el que se determinara que lo dispuesto en el párrafo anterior inmediato (el último actual), con respecto al fideicomisario premuerto no es aplicable a su sustituto, coheredero o colegatario que también hubieren premuerto. Porque el llamamiento que en el artículo se hace a los parientes abintestato del fideicomitente prevé sólo la hipótesis de que no haya sustitutos, coherederos o colegatarios, pero el supuesto de nuestra duda consiste en que existan y hayan premuerto, con sucesión, al fiduciario.

La sustitución fideicomisaria condicional.—Es la de uso más frecuente y la que, en caso de duda, se presume ordenada por el testador. Así, en el artículo 348 del proyecto, en su último párrafo se dispone que, «en la duda respecto a si un fideicomiso es puro o de sustitución, se entenderá que es de sustitución, y que éste es para después de fallecido el fiduciario, y que es condicional para el caso de fallecer sin hijos».

Como es sabido, la diferencia más acusada entre el fideicomiso de término y el condicional consiste en que en el primero el derecho a la herencia fideicomitada lo adquiere el fideicomisario desde la muerte del testador, mientras que en los condicionales,

el *dies cedit* se produce al cumplirse la condición. De ahí que, según antes se ha dicho, en el fideicomiso a término, el derecho a los bienes forma parte del patrimonio del fideicomisario y lo transmite a sus herederos, aunque premuera al fiduciario con tal que sobreviva al testador; mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario que muera antes de cumplirse la condición, como no ha adquirido ningún derecho sobre el fideicomiso, nada transmite a sus herederos referente al mismo.

En la sustitución fideicomisaria condicional se puede imponer toda clase de condiciones lícitas y posibles, pero las más frecuentes son el término incierto, y la de *si sine liberis decesserit*.

a) En el Derecho romano, el día incierto expresado en el testamento tiene fuerza de condición (Ley 75, tit. I, lib. XXXV, Dig.). El proyecto recoge este principio al hablar de la institución de heredero bajo término suspensivo, y lo declara igualmente aplicable a las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario. Por tanto, implica sustitución fideicomisaria condicional la siguiente sencilla fórmula: «Instituyo heredero a X, y a su fallecimiento pasará mi herencia a Z». Esto se refiere a las sustituciones fideicomisarias ordenadas en testamento, pero no a las que se establezcan en los heredamientos. Es frecuente estipular en éstos que el hijo heredado no entrará en posesión de los bienes hasta el fallecimiento de la esposa del heredante que haya de usufructuar dichos bienes. En tal caso, el heredero, aunque premuera al heredante, transmitirá a sus hijos, en el modo y forma en que le sean herederos, su derecho y cualidad de heredero contractual (art. 130). Esta naturaleza contractual de los heredamientos hace que el *dies cedit* se produzca al perfeccionarse el contrato de capítulos matrimoniales y el fallecimiento de la esposa usufructuaria implique únicamente la llegada del *dies venit*.

b) La condición *si sine liberis decesserit*. Es ésta la condición de uso más frecuente en las sustituciones fideicomisarias de Cataluña. Ya Cancr, después de afirmar que la materia de las sustituciones es *alta, difficilis et quotidiana* (*Variae resolutiones, pars prima*, cap. I, 1), al hablar de los hijos puestos en condición (Ibid., número 78), califica el tema de *quadam utili et quotidiana quaestione*. Igualmente Fontanella encabeza su Decisio DXCVII, dicién-

donos que mil veces, si mucho vive, tendrá que ocuparse de esta materia: «*Millies, si multum vivimus veniet nobis in manus pertractanda materia filiorum positum in conditione*».

Por circunstancias históricas o raciales, o las que sean, lo cierto es que en Cataluña no arraigaron los fideicomisos familiares perpetuos, mayorazgos, señoríos u otras formas sucesorias que implicaran vinculación patrimonial. La fórmula que ha prevalecido y que auna de modo admirable esa tendencia innata a la conservación de los patrimonios dentro del círculo familiar con las razones que aconsejan su movilidad cuando así lo exigen conveniencias de economía social o circunstancias de orden individual, es la sustitución fideicomisaria con la condición *si sine liberis decesserit*. Esta fórmula permite, en efecto, asegurar la permanencia de los bienes en los sucesores del testador y evitar que por lo menos en el lapso de la primera generación pasen a manos extrañas, y al mismo tiempo se autoriza al fiduciario o sucesivos fiduciarios para disponer de los elementos del patrimonio, aunque con el gravamen sustitutorio, o subrogarlos con otros cuando las circunstancias lo aconsejen, permitiendo a sus titulares una holgura de movimientos de que se hallarían privados en las sustituciones no sujetas a condición expresa.

Como en toda sustitución fideicomisaria condicional, en la que nos ocupa, *deficiente conditione*, es decir, existiendo hijos, el fideicomiso se extingue y el patrimonio queda libre a favor de los herederos del fiduciario. Es frecuente exigir para que la herencia o legado queden libres del fideicomiso que los hijos puestos en condición alcancen la edad de testar, en cuyo caso, dice el artículo 354 del proyecto, en su último párrafo, que si el fiduciario deja al fallecer sólo algún hijo concebido o varios hijos impúberes, la efectividad de la sustitución quedará en suspenso hasta que cualquiera de ellos llegue a la pubertad, y mientras tanto, administrarán la herencia o legado los herederos del fiduciario.

El problema que más dudas y controversias ha provocado la condición *si sine liberis decesserit* atañe a los efectos que la existencia de tales hijos produce en orden a la sustitución fideicomisaria en sí misma. En otros términos, se han preguntado los comentaristas si estos hijos constituyen pura y simple condición para que su existencia produzca la extinción del fideicomiso o si

ellos mismos se consideran también llamados como sustitutos. La carencia o escasez de textos en que apoyar afirmación alguna categórica, dió lugar, al parecer, a tales controversias. Saguer, en su obra *Institución de los Fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, cap. VII, par. 28, se refiere a esta falta de textos, y dice que, leyendo y releendo en el *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, se encontró con el párrafo 13, título único, libro 30 del Digesto, que literalmente dice: «Cuando a uno se le hubiese rogado, que, si hubiere fallecido sin hijos, restituya por fideicomiso una cosa, se considerará que faltó la condición, si los hijos hubiesen sobrevivido al padre; y no se pregunta si hayan quedado herederos.» De todas formas esta discusión se halla hoy día superada, y lo mismo la jurisprudencia que la común opinión de los autores, afirma que los hijos puestos en condición no se consideran llamados a la sustitución fideicomisaria, salvo algunos casos de excepción derivados de evidente presunción de la voluntad del testador. Porque no hay que olvidar nunca que la voluntad del causante es suprema ley en las sucesiones. «Nulla est regula utilior in ultimis voluntatibus—dice Cancr—quam quae a verosimili mente testatoris ducitur» (Ibid., núm. 69).

El artículo 356 del proyecto enumera los casos en que los hijos puestos en condición se entenderán llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso. Son los siguientes: 1.º Cuando con palabras claras y expresas, el testador imponga al hijo puesto en condición una carga u obligación que no podría cumplir si no tuviera el carácter de sustituto. 2.º Cuando el testador llame a la sustitución a los hijos del fiduciario o del sustituto fideicomisario más remoto, en cuyos casos se entenderán llamados los hijos de los fideicomisarios o los del primer fiduciario o de los fideicomisarios anteriores. 3.º Cuando el testador, después de llamar como fideicomisarios a sus hijos, llame como último fideicomisario a otra persona. 4.º Cuando el testador instituya herederos u ordene legados a sus hijos, sin designar a ninguno de ellos por sus nombres o por otra circunstancia particular que los individualice. Maspons y Anglases, en su obra *Nostre Dret Familiar*, añade a las anteriores excepciones las siguientes, tomadas de los autores que cita: a) Cuando el causante dispone que en el caso en que el llamado muera sin hijos, tenga los bienes a sus libres voluntades

(Fontanella, *De pactis nuptialibus*, cl. 4, gl. 24, p. I, fr. 14). Se justifica esta excepción así: si el llamado, por morir sin hijos, ha de entenderse dueño libre, al morir con ellos se ha de entender gravado en favor de estos. Es decir, que si la inexistencia de estos hijos era condición para que el llamado se considerara libre, *a sensu contrario*, su existencia ha de ser condición para considerarse gravado de restitución a favor de los mismos. b) Cuando el causante prohíbe la enajenación de los bienes ordenando que queden dentro de la familia (Peguera, *Decisiones aureae*, 1. 1.^a, cap. 102, par. 13); y c) Cuando por las palabras del testador sea manifiesto que su intención era llamarlos (Peguera, *ibid.*, 1. 2, cap. 18, par. 6).

En la condición *si sine liberis decesserit*, aunque estos hijos no se entienden llamados y su supervivencia convierte al fiduciario en heredero libre, es obvio que el testador supone que éste no hará un uso arbitrario de esta libertad, disponiendo sin fundados motivos a favor de personas extrañas. Pero si quiere que en todo caso habiendo nietos del testador, sean éstos preferidos, puede ordenar una sustitución vulgar *in fideicommisso*, mediante la cual dichos nietos pasarán a ocupar el lugar de su padre premuerto, incapaz o renunciante. Esta sustitución vulgar no ofrece particularidad alguna; el hijo o hijos como sustitutos vulgares de su padre, llamado al fideicomiso, que haya premuerto al fiduciario actual, sea incapaz o renuncie, adquieren los bienes fideicomitidos en concepto de libres, como los habría adquirido su padre si en él se hubiese hecho efectiva la sustitución fideicomisaria, dado caso que estos hijos, presuntos sustitutos vulgares, le hubiesen sobrevivido. En términos parecidos a lo expuesto se ocupan de la sustitución vulgar en fideicomiso los artículos 351 y 352 del proyecto.

La condición *si sine liberis* en la sustitución fideicomisaria tiene su reverso en la que podemos llamar *si cum liberis decesserit*, mencionada en el artículo 359 del proyecto. Bien es verdad que en ésta, la existencia de los hijos, más que condición o elemento accidental, es supuesto o elemento esencial del fideicomiso. De todos modos, el artículo habla de sustitución fideicomisaria establecida bajo la condición de fallecer con hijos, y dice que ésta no quedará cumplida si el fiduciario muere sin ellos. En este caso, añade, no tendrá efecto el gravamen fideicomisario, a menos que para tal evento el testador hubiese dispuesto otros llamamientos

al fideicomiso. Y he aquí como a la luz de este artículo se pueden configurar ambas condiciones en una cláusula tan sencilla como ésta: «Instituyo heredero a B, y a su fallecimiento pasará la herencia a sus hijos por partes iguales; si B falleciere sin hijos, la herencia pasará a C». Y si en vez de llamar como sustitutos a los hijos de B. por partes iguales, concediera a éste la facultad de elegir entré sus hijos al fideicomisario, tendríamos, además, otra eventual variedad de fideicomiso que el artículo 347 denomina fideicomiso de elección regulado en el artículo 360, comprensivo de las normas, claras y sencillas, a las que deberá atenerse el fiduciario elector. No debe confundirse la facultad de elegir fideicomisario con la de distribuir la herencia o legado fideicomitidos entre los hijos o personas que el testador haya designado, cosa distinta, aunque algunas reglas de la elección puedan servir para efectuar la distribución, en lo que el testador no haya previsto.

2. *Sustituciones fideicomisarias tácitas.*

Los fideicomisos podrán establecerse de modo expreso y también tácitamente, dice el artículo 344 del proyecto. En otros artículos del mismo se determinan o se contienen implícitos varios casos de fideicomiso tácito que nosotros procuraremos sistematizar.

A) *Sustituciones fideicomisarias, derivadas de la prohibición de disponer.*—La prohibición de disponer, impuesta por el testador, nos proporciona típicos y frecuentes ejemplos de sustitución fideicomisaria tácita, cuando no haya sido llamada persona alguna como fideicomisario, pero haciéndose referencia en el mismo testamento a determinadas personas, presuntas beneficiarias de la prohibición. Así, dice el artículo 345 del proyecto, en su segundo párrafo, que «si el testador, sin llamar a persona alguna como fideicomisario, hiciere referencia a dejar dos o más hijos e impusiera prohibición de disponer a alguno o a todos los que de ellos instituye herederos, se presumirá que a los instituidos a quienes imponga la prohibición los ha gravado de sustitución fideicomisaria, ya sea a favor sucesivamente de los otros hijos del testador, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 353 y prefe-

rencia de masculinidad y primogenitura, si es instituido uno sólo de los hijos, ya sea a favor conjuntamente de todos los demás hijos instituidos, salvo que la prohibición de disponer afectara a todos los instituidos, en cuyo caso se considerarán designados sustitutos fideicomisarios reciprocamente».

La hipótesis básica prevista en el párrafo copiado tiene expresión en la siguiente cláusula: «Declaro hallarme casado en únicas nupcias con Z, de cuyo matrimonio han nacido y viven cinco hijos, dos varones, A y B, y tres hembras, C, D y E. Con la salvedad de la legítima a todos ellos correspondiente, instituyo heredero a mi hijo primogénito, A, el cual no podrá disponer de los bienes de mi herencia por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.» Implica, pues, esta cláusula una sustitución fideicomisaria universal a favor de los hermanos de A, no a todos juntos, sino al uno después del otro, con preferencia de masculinidad y primogenitura.

Las variantes implicadas en el párrafo inserto pueden reflejarse en las dos siguientes fórmulas: 1.^a variante: «Declaro ..., instituyo heredero a mi hijo A en dos tercios, y a mi hijo B en el tercio restante de mis bienes, con sustitución fideicomisaria recíproca, no pudiendo ninguno de los dos, antes o después de tener lugar la sustitución, disponer de los bienes de mi herencia por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.» Esta cláusula implica dos sustituciones fideicomisarias: una expresa y recíproca entre A y B, el sobreviviente de los cuales quedará instituido en la totalidad de la herencia, y otra tácita a favor de C, D y E., o las que de éstas sobrevivan a dicho instituido.

2.^a variante.—«Declaro que de mi único matrimonio con Z han nacido y viven cinco hijos, A, B, C, D y E, a los cuales instituyo herederos por partes iguales, con prohibición absoluta de disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes hereditarios que se hayan adjudicado.» Esta cláusula implica una sustitución fideicomisaria recíproca entre todos ellos, de modo que a medida que vaya falleciendo cada uno de los instituidos, su parte de bienes hará tránsito a los coherederos sobrevivientes por partes iguales.

Es de advertir que las precedentes sustituciones regirán sólo en el supuesto de que el respectivo fiduciario no deje hijos al ocurrir su fallecimiento, pues, de tenerlos, serán éstos, en la forma que

su padre haya dispuesto o por declaración de intestado, los verdaderos fideicomisarios de la total o parte de la herencia que había adquirido su padre (art. 345, último párrafo). Igualmente hay que tener en cuenta que si la prohibición de disponer lo fuera sólo por acto *mortis causa*, y no por actos *inter vivos*, el fideicomiso será de residuo, es decir, de lo que deje el instituido a su fallecimiento (Id.).

B) *Sustituciones fideicomisarias, derivadas de la incompatibilidad de sucesiones.*—Como quiera que por Derecho romano, vigente en esta materia en Cataluña, son incompatibles la sucesión testamentaria y la intestada, y, por tanto, en una misma sucesión no pueden concurrir a la vez ambas clases de herederos, para el caso de que un testador no haya dispuesto de todos sus bienes cuando los distribuya instituyendo en cosas ciertas, o no agote sus cuotas hereditarias si la institución se hace en el *universum jus*, se entiende que en cuanto a los bienes omitidos o participaciones hereditarias sobrantes hay fideicomiso de sustitución a favor de los que al fallecer los instituidos serían herederos abintestato del causante o de otro coheredero instituido en cosa cierta cuando para los primeros y no para este último ordene el testador que se contenten con los bienes o cuotas asignadas. Así, pues, en la fórmula escueta «instituyo a B y C en un tercio de mis bienes a cada uno», sin disponer del otro tercio, B y C se harán cargo de este tercio como herederos fiduciarios, y al fallecer el último de los dos, este tercio pasará por vía de fideicomiso a favor de los que serían herederos abintestato del causante o testador al momento de fallecer dicho último fiduciario.

C) *Sustituciones fideicomisarias, derivadas de usufructo vitalicio y de herencia vitalicia.*—Sirve de base a este epígrafe el artículo 245 del proyecto de Compilación que dice: «El heredero instituido sólo en usufructo se equipara al heredero instituido en cosa cierta. Por tanto, si no concurre con heredero universal, aunque fuese porque éste no llegare a ser heredero, el instituido en usufructo será heredero universal; pero si concurre con heredero universal, o por llegar éste a serlo, el heredero instituido en usufructo será legatario.

El heredero instituido en usufructo que no deba considerarse legatario, sino heredero, así como el heredero instituido por durante su vida o vitaliciamente, tendrán el carácter de herederos fiduciarios, si para después de su muerte hay instituido otro heredero, el cual tendrá el carácter de heredero sustituto fideicomisario condicional. Si este segundo heredero no llegase a serlo o el testador hubiere dejado de instituirlo, dichos herederos instituidos en usufructo o vitaliciamente serán herederos universales puros o libres.»

Para exponer una síntesis de la doctrina clásica sobre este punto nos bastará partir de la siguiente breve fórmula: «Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa X, y para después de su muerte nombro heredero a Z». Siendo Z un extraño, unos autores, entre ellos Cáncer, entienden que hay establecida una sustitución fideicomisaria a favor de este último, y la primera tendrá el carácter de heredera fiduciaria con todas las obligaciones inherentes a todo fiduciario (Cáncer, *Variae resolutiones*, cap. XX, número 225, 3.ª parte). Por el contrario, Mantica sostiene ser la condición de la viuda la de simple usufructuaria, salvo que el heredero instituido *post mortem uxoris* no la haya sobrevivido o repudiar la herencia (*De conjecturis...*, art. VII, tit. V, lib. III). Siendo el heredero nombrado *post mortem uxoris* hijo del testador, y, por tanto, legitimario, la generalidad de los autores considera a tal hijo como instituido heredero puramente en cuanto a la legítima y a la viuda como simple usufructuaria del resto de la herencia (Véase Martí Miralles, *Principis de Dret successori*, 2.ª par., 4.ª lect.).

Como se desprende de su simple lectura, el artículo 245 de la Compilación no distingue entre hijos y extraños y debe considerarse que la misma solución ha de aplicarse a unos y a otros. Así parece confirmarlo el artículo 288 de la misma Compilación.

¿Y si el instituido heredero para después de la muerte de la usufructuaria premuere a ésta o, sobreviviéndola, es incapaz o renuncia a la herencia? En tal caso, así como en el de que no se haya instituido ningún heredero para después de la muerte de la usufructuaria, no había unanimidad de pareceres en los autores, pues mientras unos, Bártolo entre ellos, eran de opinión que la usufructuaria estaba gravada de restitución a favor de los herederos

abintestato del testador, otros, con Mantica, opinaban ser la usufructuaria heredera libre y universal. Como se ha visto, la Compilación acepta este último criterio en el citado artículo 245.

En nuestra hipótesis no hemos considerado la circunstancia de que el testador haya fallecido dejando uno o más hijos. Siendo así, cabe: 1.º Que al hijo o hijos se les haya dejado en el testamento su legítima por vía de legado. 2.º Que se les haya dejado dicha legítima por vía de institución; y 3.º Que se haya omitido nombrarlos. En el primer caso, la solución adoptada no varía. En el segundo, la instituida en usufructo será simple legataria de lo que reste, excluida la legítima, y al hijo o hijos legitimarios corresponderá la nuda propiedad de este resto. El tercero es caso de preterición, con todas las consecuencias que tal situación comporta.

El artículo 245 de la Compilación equipara el supuesto del heredero usufructuario al del heredero vitalicio instituidos en primer lugar, y declara que si el heredero nombrado para después de la muerte de aquél no llegare a serlo o el testador hubiere dejado de instituirlo, los herederos instituidos en usufructo o vitaliciamente serán herederos universales puros o libres.

La doctrina común de los autores no admite esta identificación y otorga trato de preferencia al heredero vitalicio sobre el instituido en usufructo. Aquél tiene el derecho de detraer la cuarta trebeliánica, facultad que no se reconoce al heredero usufructuario; igualmente, según esta doctrina, el heredero vitalicio queda heredero libre en defecto del segundo nombrado, mientras que faltando el sustituto en el instituido usufructuario, éste no quedaba libre de restitución, que había de deferirse, bien a los herederos del fideicomisario premuerto, renunciante o incapaz, bien a los herederos abintestato del testador, configurándose así como una sustitución vulgar tácita en fideicomiso.

Como decimos, el proyecto de compilación no distingue. En este punto a nosotros nos parece más acertada la doctrina tradicional de diferencia de trato, defendida, entre otros, por Fontanella (Decisiones, 575).

D) *Sustituciones fideicomisarias derivadas de codicilo o de la cláusula codicilar.*—No nos referimos a las sustituciones fideicomisarias hechas en codicilo que, naturalmente, han de ser expresas,

sino a las sustituciones tácitas derivadas de codicilo. Las dos variedades de codicilos determinan a su vez dos variedades de sustituciones fideicomisarias tácitas: 1.^a Codicilo que adiciona o reforma parcialmente un testamento anterior. Si se instituye heredero en codicilo contra lo prevenido, se entiende que el instituido es fideicomisario del que se ha instituido en el testamento anterior, el cual queda de esta forma modificado. 2.^a Codicilo de los fallecidos abintestato. El heredero que se haya nombrado en el codicilo lo es como fideicomisario, y los herederos abintestato del causante tendrán el carácter de herederos fiduciarios. Estas normas de derecho vigente en Cataluña están confirmadas en el art. 237 del proyecto de Compilación.

La institución de heredero inválida, pero sostenida en virtud de la cláusula codicilar, se transforma de pleno derecho en fideicomiso universal a cargo de los herederos abintestato o de los instituidos en un testamento anterior (Maynz, *Derecho Romano*, libro 5.º, tit. 2.º, cap. II, pág. 446).

E) *Sustituciones fideicomisarias derivadas de la pupilar*.—Es sabido que en la sustitución pupilar el sustituto designado en el testamento del padre o de la madre del impúber, dándose el supuesto de fallecer éste antes de llegar a la pubertad, adquiere la condición de heredero del impúber en los bienes propios de éste, y el de sustituto de los bienes que al impúber correspondieran por herencia del padre o de la madre que hayan ordenado la sustitución pupilar. Pues bien: si los padres del impúber hubiesen ordenado en sendos testamentos la sustitución pupilar para un mismo hijo impúber, sólo prevalecerá la consignada en el testamento del padre o de la madre sobreviviente y en cuanto a la sustitución ordenada por el premuerto se convertirá en fideicomisaria y sólo sobre los bienes del premuerto que hayan pasado al hijo muerto en la impubertad. Asimismo, la sustitución pupilar perderá su eficacia de tal y se convertirá en fideicomisaria si el testador hubiese ordenado aquélla para un periodo superior a la impubertad y el hijo instituido falleciere púber. Se entiende esto en cuanto a los bienes correspondientes a la herencia del testador, y no es necesario decir que en tal caso caduca toda sustitución referida a los bienes hereditarios propios del pupilo.

Todo esto, que está de acuerdo con el derecho tradicional, ha sido recogido en el proyecto de Compilación (art. 329).

F) *Otras sustituciones fideicomisarias tácitas.*—En la fórmula «Instituyo herederos universales por iguales partes a A, B, C y D y al que de ellos sobreviva», hay sustitución fideicomisaria implícita a favor de los sobrevivientes sobre la parte que correspondía al premuerto. La cuota de los que sucesivamente vayan falleciendo hará tránsito por partes iguales a los que sobrevivan, y el último de ellos habrá recibido la totalidad de la herencia, quedando heredero libre. Esta solución, conforme con el Derecho romano (L. 2.^a, tit. 53, lib. VI Cod.) y antes prevista, aunque para hipótesis distinta, en la segunda variante del apartado A), debe considerarse incluida en la regla general del art. 344 del proyecto de Compilación.

La cláusula «Instituyo heredero a X, con la obligación de nombrar heredero suyo a Z» constituye sustitución fideicomisaria tácita, de forma que Z podrá reclamar en concepto de fideicomisario la herencia del testador, si X muriese intestado o hubiese designado heredero a persona distinta de Z en los bienes que aquél hubiera adquirido del fideicomitente. Cumpliendo X la obligación impuesta, podría dudarse si al adquirir Z los bienes procedentes del autor de la cláusula que consideramos, los adquiere como fideicomisario o como heredero directo de X; pero aunque existe la disposición de X, que en un sentido riguroso podría considerarse como el auténtico título traslativo de la propiedad de los bienes, tal interpretación conduciría al absurdo de tener el segundo heredero designado un trato más favorable que el primero, llamado en primer término y directamente por el testador dueño de los bienes transmitidos, pues en esta hipótesis se trataría de un heredero gravado, sin los beneficios que tal situación comporta (trebeliánica, reembolsos por mejoras, etc.). El art. 247 considera establecida sustitución fideicomisaria sin distinción.

La solución no parece tan fácil, si en vez de una disposición preceptiva, que es el supuesto del artículo 247 se tratara de una simple recomendación o encargo que carece de fuerza de obligar (art. 348). Aun así, fundándonos en textos romanos (L. 39, tit. único, lib. 32 Dig.), podría considerarse establecido fideicomiso tácito.

Omitimos hablar de otras variedades de fideicomisos, tales como los familiares, que se proponen la vinculación de los bienes en la familia y cuyas especiales características se refieren principalmente al orden, modo y forma de sucederse los llamados en la posesión de los bienes fideicomitidos, de lo cual se tratará más adelante; los fideicomisos que el proyecto llama de elección (art. 347), por atribuirse al heredero o legatario la facultad de elegir a la persona o personas llamadas al fideicomiso de acuerdo con las previsiones del testador y a falta de éstas, conforme a normas predefinidas (art. 347); y el llamado fideicomiso de residuo, que como tal fideicomiso no tiene especialidad alguna, consistiendo ésta únicamente en la limitación de su objeto, ya que sólo comprende los bienes de que no haya dispuesto el fiduciario. Del fideicomiso de residuo, así como de la sustitución preventiva de residuo, se tratará, siguiendo el orden del proyecto de compilación, al hablar de las facultades de disposición del fideicomisario.

III

NORMAS GENERALES Y DE INTERPRETACIÓN.

En un trabajo publicado en esta Revista (núm. 282, pág. 801), dedicado a exponer la doctrina del Cardenal Mantica sobre las conjeturas en materia de sustituciones, empezábamos con las siguientes palabras, que ponen de manifiesto las dificultades que encierra este tema de las sustituciones y la necesidad de un sistema de normas aclaratorias y de interpretación: «Si el testador dijere 'Ticio en primer lugar, Seyo en segundo y Cayo en tercero sean herederos', podría dudarse si han sido instituidos en un mismo grado o sustituidos, como si dijere: 'Instituyo a Ticio, después de Sempronio', o 'Ticio después de Sempronio sean herederos', o 'Ticio sea heredero después de Sempronio'. En todos estos casos hay que recurrir a las conjeturas para saber si hay sólo instituciones o instituciones y sustituciones.» Y el Cardenal, tras advertir que

en las sustituciones hay que hacer uso de la más amplia interpretación, sienta como principio que la sustitución ambigua debe interpretarse más como directa que como oblicua o refleja, y, por tanto, en la duda, hay que preferir la vulgar a la fideicomisaria.

Que es lo que hace el proyecto de compilación cuando dice (art. 348): «De existir duda sobre si una sustitución es vulgar o fideicomisaria se entenderá que es vulgar», y refiriéndose a las sustituciones pupilar o ejemplar, sigue diciendo el artículo, que si las palabras empleadas al disponerlas parecen inducir a fideicomiso, se entenderá, en caso de duda, que no lo implican. Y es que, siguiendo a Mantica, en primer lugar, la sustitución directa es más favorable que la refleja, pues ésta comporta gravamen, y el gravamen de por sí ya es odioso, y en asuntos dudosos no sólo por justicia, sino también por seguridad, conviene inclinarse hacia la interpretación más benigna. En segundo lugar, la sustitución directa es más fuerte y poderosa que la fideicomisaria, toda vez que el sustituto directo puede tomar la herencia por derecho propio y por su propia autoridad y sin el menor detrimento, al paso que el sustituto fideicomisario adquiere por mano del heredero o de otro, y mermada la herencia en una cuarta parte. Y en último término, se prefiere la sustitución directa a la indirecta, porque aquélla es más digna y debe interpretarse siempre en el sentido de atribuir a la disposición dudosa su sentido más digno. Así, una sustitución ambigua entre los hijos del testador debe aceptarse en su sentido directo, porque en la duda, por motivos de natural afección, debe presumirse que el padre quiere favorecerles con su disposición, antes que imponerles un gravamen de fideicomiso.

Pasemos a otro punto y consideremos la siguiente hipótesis: «Sea mi heredero A, y a su fallecimiento la herencia pasará a B. No llegando A a ser mi heredero, le sustituyo por C». Tenemos aquí una doble sustitución vulgar: la que según el art. 326 del proyecto va siempre implícita en la sustitución fideicomisaria, y la que establece el testador en favor de C. Como se sabe, las dos no pueden operar conjuntamente, porque un heredero no puede tener dos sustitutos para actuar a la vez sobre la total herencia, como no puede haber dos herederos de una misma persona *in solidum* o dos dueños a la vez de la totalidad de una misma cosa. En la fórmula propuesta hemos de entender una de estas dos cosas: o que

entre los dos sustitutos vulgares hay que elegir uno con preferencia al otro o que las dos sustituciones vulgares se establecen para finalidades o supuestos distintos. El proyecto se decide por lo primero y otorga la preferencia al sustituto vulgar designado por el testador al decir en el art. 364, párrafo primero: «Siempre que el fiduciario llamado no llegue a ser heredero o legatario por cualquier causa, operará en primer término la sustitución vulgar. A falta de ésta, el fideicomisario pasará a ser fiduciario, si existe fideicomisario posterior, y, en defecto de éste, será heredero o legatario libre. No tendrá lugar en este caso el derecho de transmisión a que se refiere el art. 497.» Nosotros creemos desacertada esta solución y preferimos la segunda, considerando a los dos sustitutos vulgares investidos de una misión distinta, y en modo alguno incompatible una de otra.

Como es axiomático, en todas las dudas que se presentan en la materia sucesoria, hay que buscar la presunta voluntad del causante. Por tanto, al dar preferencia el proyecto al sustituto vulgar expreso sobre el tácito implícito en la sustitución fideicomisaria, entiende que esto es lo que quiere el testador. Pero, ¿es esto cierto? Hay en el ejemplo propuesto, que es el tipo de fideicomiso que imaginamos valedero para nuestra tesis, tres personas, además del fideicomitente: un heredero fiduciario, un sustituto fideicomisario que además ostenta la condición de sustituto vulgar tácito, según expresa declaración legal, y un sustituto vulgar expresamente designado. ¿Qué orden hemos de suponer en el afecto que el testador tenga para estas tres personas? En primer lugar, e indiscutiblemente, el heredero. ¿Y después? Si creemos que le sigue el sustituto vulgar expreso, no podemos suponer que le haya reservado un papel que raras veces se representa, ya que lo normal y corriente es que se defiera la herencia al fiduciario y quede inédita la misión del sustituto vulgar designado. Si, por el contrario, creemos que el segundo lugar en el afecto del testador lo ocupa el fideicomisario, ¿podemos suponer que, produciéndose las circunstancias de la sustitución vulgar, haya sido pospuesto el fideicomisario a una persona menos querida y que tenga que contemplar impasiblemente cómo esta persona posea los bienes durante su vida con la posibilidad de heredarlos libremente, si dicho fideicomisario le premuere?

Esta opinión nuestra mira solamente al caso de fiduciario único o instituido como heredero o legatario sobre patrimonio o cosa que constituyan unidad, pues las razones expuestas no rigen si se trata de dos o más herederos fiduciarios instituidos conjuntamente en porciones alicuotas de una misma herencia y legatarios llamados en igual forma a una misma cosa, como si se dijere: «Instituyo herederos por partes iguales a A y B, con sustitución vulgar recíproca entre ellos, y a su fallecimiento pasará la herencia a C.» Aquí la razón afectiva no cuenta, porque habiendo sido designados A y B herederos en primer lugar, se supone que el testador siente por cada uno de ellos mayor predilección que por el fideicomisario; es como si dijera: «... y al fallecimiento del último de los dos, la total herencia pasará a C». Igualmente, en la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* no es aplicable nuestra solución al segundo y ulteriores fideicomisarios, a los que, como se sabe, puede designarse un sustituto vulgar en fideicomiso, porque la razón afectiva tampoco cuenta en este caso.

En el tipo de fideicomiso representado por la hipótesis nuestra, que es el normal y frecuente, nosotros, en contra de la solución adoptada por el proyecto, creemos que la finalidad de las dos sustituciones vulgares presupone dos hipótesis distintas y no incompatibles. Opinamos que cuando el testador haya designado un sustituto vulgar al fiduciario, este sustituto vulgar sólo debe operar cuando por extinguirse el fideicomiso antes de la delación (premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario), el fiduciario, que en tal caso se habría convertido en heredero libre, renuncie también o sea incapaz o muera sin haber aceptado la herencia.

Pasando a otra cuestión, veamos las reglas que se han de guardar en la delación fideicomisaria cuando son varias las personas llamadas.

El caso normal puede reducirse a la siguiente fórmula: «Instituyo heredero a mi hijo primogénito A, libremente si muere con hijos, pero falleciendo sin ellos o con tales que no lleguen a la edad de testar, le sustituyo por mi segundo hijo B en las mismas condiciones; a éste por C, y si también fallece sin hijos que lleguen a la pubertad, pasará la herencia a D...». En esta hipótesis, si todos los hijos del testador fallecieren sin tenerlos, la herencia fideicomitida hará tránsito a cada uno de los fideicomisarios llamados

hasta llegar al último, que quedará heredero libre. En otro caso, naturalmente, el fideicomiso se extinguirá en el llamado en quien no se cumpla la condición impuesta de fallecer sin hijos. Si al primer instituido o fiduciario se le impusiere una carga o se le favoreciese con una liberalidad (con exclusión de la trebeliánica), la carga ó la liberalidad se entenderá repetida para todos los llamados sucesivamente al fideicomiso. Así lo dispone *mutatis mutandis* el art. 353 del proyecto.

Fórmula de hijos puestos en condición y llamados a la sustitución como fideicomisarios, después de su padre: «Declaro tener tres hijos: A, B y C, y una hija: D. Instituyo heredero a mi hijo primogénito A libremente si muere con hijos; falleciendo sin ellos o con tales que no lleguen a la edad de testar, le sustituyo por B, y a éste, si muere en las mismas condiciones, por C, mi tercer hijo varón, el cual, si muere con hijos que lleguen a la edad de testar, será sustituido por tales hijos; y si también falleciere sin hijos, los bienes harán tránsito a mi hija D». En esta cláusula, habiendo llamado el testador a los hijos de C como sustitutos fideicomisarios, si B premuriera a A habiendo dejado hijos, se entenderán éstos llamados al fideicomiso (art. 356, núm. 2.º).

Fórmula de sustitución vulgar en fideicomiso: «Instituyo heredero a A libremente si muere con hijos; pero falleciendo sin ellos o con tales que no lleguen a la edad de testar, le sustituyo por mi otro hijo B o por los hijos que éste tuviere, en la misma forma en que los haya llamado a su herencia propia; si también B falleciere sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, pasará la herencia a mi tercer hijo C, en las mismas condiciones...»

En la primera de estas dos fórmulas, los hijos de B entrarán en la sucesión del fideicomiso por partes iguales, y si alguno de ellos hubiere fallecido antes de la delación, dejando hijos a su vez, éstos entrarán por estirpes, ocupando el lugar de su padre premuerto. En la segunda fórmula se guardará el orden, modo y forma en que B haya llamado a sus hijos a su herencia propia. (arts. 357 y 352 del proyecto).

Finalmente, conforme a la doctrina comúnmente admitida sobre la sucesión intestada de los descendientes en los fideicomisos (V. Cancer, pars 1.ª, cap. V, págs. 13 y sig.), cuando el testador llama a los hijos del fiduciario y a los hijos de estos hijos, y así sucesi-

vamente en línea recta descendente, aunque el referido fiduciario no sea hijo del testador, dichos hijos y descendientes legítimos entrarán en el fideicomiso por orden de proximidad de grado, el uno después del otro, excluyendo el más próximo al más remoto y dentro del mismo grado por partes iguales respecto de lo que a su padre hubiera correspondido, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa (art. 358).

Y vamos ahora con las auténticas normas de interpretación, las que se dirigen a inquirir la verdadera voluntad del testador cuando ésta no se expresa con toda claridad, o a completarla con soluciones o supuestos no previstos, aunque con toda seguridad queridos.

Como dice Borrell (ob. cit., libr. V, cap. V, sec. 3.^a, 455), «siendo ley la voluntad del testador, ella determina, en cada caso, la extensión y efectos de los fideicomisos, los cuales, por su variedad y por la complicación de palabras, indispensable cuando el testador quiere prever todas las contingencias que cree posibles, muchas veces exigen su interpretación, tarea difícil y que se presta a las más varias opiniones».

Nos hemos ocupado ya de los *hijos puestos en condición*, una de las hipótesis clásicas, como las llama el autorizado tratadista que acabamos de citar, que más abundante literatura jurídica ha motivado. Sigamos ahora con otras hipótesis también previstas en el proyecto.

a) Dice el artículo 350 que «la institución de heredero o el legado otorgados por el testador a favor de hijos o descendientes, no a todos juntos, sino guardando un determinado orden de llamamientos, que resulte de la mera designación nominativa, o de prelaciones como las de sexo, primogenitura u otras análogas, se entenderá sustitución vulgar y no fideicomisaria, salvo que del testamento o codicilo se infiera que la voluntad del testador fué establecer una sustitución fideicomisaria con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivos».

El antecedente romano de este artículo se halla en la introducción al título XV, libro II, de la *Instituta*, que dice: «Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredem facere, ut puta si ille heres non erit, ille heres esto: et deinceps, in quantum

velit, testator substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere» (4).

Frecuentemente, en las cláusulas testamentarias o pactos establecidos en capítulos matrimoniales, el supuesto del art. 350 se enuncia en estos o parecidos términos: «Instituyo heredero mío universal a X, y si este heredero mío no fuese, sustituto y heredero mío universal, instituyo a sus hijos y descendientes, varones y hembras, de legítimo matrimonio procreados, no a todos juntos, sino al uno después del otro, de grado en grado, siguiendo orden de primogenitura y con preferencia de los varones a las hembras.» Esta expresión *no a todos juntos, sino al uno después del otro* ha hecho dudar sobre la naturaleza de los fideicomisos contenidos en la cláusula. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de febrero de 1896, consideró que una cláusula parecida implica una sustitución fideicomisaria condicional tácita. En contra de esta interpretación, autorizados tratadistas catalanes entienden que no hay fideicomiso, sino sustitución vulgar, aunque reconocen que la expresión es defectuosa. «Tampoco deja de ser vulgar la sustitución, dice Borrell, por el mero hecho de disponer que los hijos sucedan *el uno después del otro*; porque esta fórmula es compatible con la sustitución vulgar, entendiéndose en el sentido de que tales hijos *son llamados a la herencia* por el orden establecido, una sola vez; *no que sean herederos el uno después del otro*; y, por tanto, los que no ocupan el lugar preferente, al deferirse la herencia, a la muerte del testador, ya nunca más son llamados como herederos. Naturalmente, sería más clara la fórmula si dijera *el uno en defecto del otro*; pero, en sustancia, se quiere decir lo mismo» (Ibid.). En parecidos términos se expresa Sagner (Ob. cit., cap. XIII, página 315).

b) *Sobre la significación de ciertas palabras en las sustituciones fideicomisarias dispuestas para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos.*—Si el testador no dispone otra cosa, se entiende que cuando establece la sustitución fideicomisaria, con la condición de fallecer el fiduciario sin hijos, se entiende que se refiere a los

(4) «Mas puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, *si aquél no fuere heredero, sea heredero éste*; y puede el testador instituir así sucesivamente, en cuanto quisiere, y, en último lugar, instituir subsidiariamente heredero necesario hasta a un esclavo.»

legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio. Las expresiones «no dejar hijos», «sin dejar sucesión» y otras análogas se entienden igualmente referidas a la condición *si sine liberis decesserit*, condición que puede también configurarse en sentido inverso al usual, diciendo que el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos si fallece con hijos o si deja hijos. Así lo determina el art. 354 de la Compilación.

c) *Caso de la ley «cum avus»*.—El art. 349 del proyecto recoge el sentido de la ley 102, tit. I, libr. XXXV del *Digesto*, que dice: «Habiendo un abuelo instituido herederos a un hijo y a un nieto habido de otro hijo, le pidió al nieto que, si muriese dentro de los treinta años, restituyese la herencia a su tío paterno; el nieto falleció dentro de la mencionada edad habiendo dejado hijos; respondí que por conjetura de piedad faltó la condición del fideicomiso, porque se entendería que se había escrito menos que se había dicho.» Naturalmente, el texto no contiene la condición *si sine liberis decesserit*, sino que se refiere al tránsito de los bienes pura y simplemente, al fideicomisario designado una vez ocurrido el fallecimiento del fiduciario dentro del plazo previsto. El art. 349 de la Compilación contiene dos prevenciones perfectamente justificadas, aunque no figuran en el texto citado: que el instituido o legatario carecieren de descendencia al tiempo de otorgarse el testamento, o que, de tenerla, ignorase su existencia el testador.

d) *Llamamiento del heredero universal o de aquel a quien de derecho corresponda*.—Este llamamiento se ordena de dos distintos modos: o al principio de la cláusula o al final de una serie de sustituciones. Lo primero es frecuente en capítulos matrimoniales, en los que suele hacerse el heredamiento o donación universal, con el siguiente o parecido pacto: «Si el donatario premuere a los donantes sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, volverán los bienes donados a los donadores, si viven, y si no, a su heredero o legítimo sucesor.»

Propiamente, aquí no se trata de sustitución fideicomisaria, sino de un simple pacto reversional. Según el art. 138 del proyecto, la reversión, no viviendo los donantes, se estimará otorgada a favor de sus herederos testamentarios, o, en su defecto, de los pa-

rientes que en el momento de tener lugar la reversión serían llamados a su herencia, según las normas de la sucesión intestada. Se trataría de una sustitución fideicomisaria y se regiría por las reglas de esta institución si la reversión se ordenara a favor de persona distinta de los heredantes o de sus herederos.

La segunda forma suele disponerse después de una serie de sustituciones testamentarias, ordenando que, después del último sustituto, pasen los bienes a quien por derecho correspondiere. Según Borrell, este caso se resuelve a favor de los que resulten herederos legítimos del testador, al tiempo de deferirse la última sucesión. En cambio, si en vez de la persona a quien por derecho corresponda, se llama a los parientes más próximos como últimos fideicomisarios, se entiende la sustitución a favor de los herederos del último llamado, y no del testador (obra y lugar citados). En el proyecto no se prevé esta segunda forma.

(Continuará.)

JOSÉ SERVAT,

Registrador de la Propiedad jubilado.

La Ley de 24 de abril de 1958

REPERCUSIONES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 1.413 DEL CODIGO CIVIL EN CIERTOS CONTRATOS

I

Un ilustre Notario de Madrid, Santamaría Rojas (1), relata que en un examen de Derecho civil se preguntó a un alumno si los cónyuges son parientes. Contestó que *no*; a lo que agregó el Profesor que ello era exacto, porque los cónyuges constituyen *una unidad*, unidad que es la base del matrimonio, y que las leyes civiles no se atreven a declarar, pero que tratan de obtener, imponiendo la autoridad del marido y estimando que la mujer plega su personalidad, casi fundida con la de aquél.

No es éste el momento de traer a presente el carácter que, en Derecho romano, tuvo la autoridad marital, ni cuál fué la misma en el Derecho germano; pero sí hay que resaltar la decidida influencia del cristianismo en la personalidad de la mujer casada. Elevado el matrimonio a la categoría de Sacramento, ya San Pablo, en su *Epístola a los Efesios*, claramente determina el carácter de la mujer cristiana casada. Sin embargo, los Códigos modernos no quieren llegar a la igualdad de los cónyuges, y es que el proceso

(1) *La autoridad marital en la vida*. Conferencia de 29 de enero de 1947. «Anales de la Academia Matritense del Notariado». Tomo V, pág. 44. Madrid, 1950.

de adaptación de dos inteligencias, de dos caracteres, o al menos lo que podríamos llamar *adaptación externa* de marido y mujer, no puede ser regulado por algo tan hermético como la ley, teniendo o debiendo tener al menos, como base, el *amor*.

El Derecho español y nuestro Código Civil, en esta materia eran absorbentes; los Códigos modernos, en cambio, alterando la concepción católica de la relación entre los cónyuges han ido convirtiéndola en una relación jurídica de *derecho de obligaciones*.

No podían faltar en España, fiel a su tradición católica, juristas que se ocuparan con destacada brillantez del problema, y no podemos menos de evocar los acabados estudios del ilustre jurista Castán Tobeñas (2).

Entre las doctrinas modernas favorables a la atenuación de la autoridad marital, sobre todo en el orden económico, está la teoría de la autoridad de ambos cónyuges (véase obra primeramente citada, pág. 97). Esta autoridad de ambos cónyuges—al decir del civilista alemán Planck—debe ser indivisa, conjunta; la resistencia de uno de los cónyuges paraliza la decisión divergente del otro, obligándoles así a entenderse de una manera o de otra. Ya apreciaremos más adelante, cómo esto ha tenido su reflejo en la modificación del art. 1.413 del Código Civil español.

No han faltado quienes resaltarán los inconvenientes de esta autoridad conjunta por conducir al triunfo del más fuerte o con más tesón, y ser contrario al ritmo de rapidez en el tráfico de la vida (3).

Rechazada por cuantos propugnaban la reforma, la administración solidaria por cualquiera de los cónyuges, así como el sistema de autoridad dividida, mediante separación de esferas bosquejado por Krause y desenvuelto por Ahrens, se ha llegado a una separación de esferas propugnada, entre otros, por Gierke.

Dejando de lado cuanto se ha dicho y escrito sobre el papel de la mujer en el régimen económico de la sociedad conyugal, el he-

(2) *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Discurso de apertura de Tribunales. Madrid, 1954.

Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad. Discurso de apertura de Tribunales. Madrid, 1955.

(3) PALÁ: *Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés*. Zaragoza, 1949, página 12.

cho es que se llega a la conclusión de modernizar, de poner a tono nuestro Código Civil con las corrientes modernas, y surge la reforma de la ley de 24 de abril de 1958.

Sólo entra en nuestro estudio un artículo: el 1.413, que regula las facultades de ambos cónyuges en la enajenación y gravamen de bienes; y reduciendo aún más nuestro objetivo, a la enajenación y gravamen de bienes *inmuebles*, puesto que a Registradores de la *Propiedad inmobiliaria*, sólo esto puede interesarles.

Concretamente, como estimable antecedente doctrinal, Castán Tobeñas (4) se preguntaba si, sobre todo, sería conveniente exigir el consentimiento de ambos esposos para aquellos actos dispositivos o de administración que afecten de modo esencial a la comunidad (determinados arrendamientos, actos de disposición a título gratuito u oneroso, obligaciones garantizadas con bienes de valor esencial para la familia y especialmente los que afecten a inmuebles, empresas mercantiles, industriales o explotaciones agrícolas, etc.).

Este régimen, nos dice Castán (5), tiene hoy su ambiente en las legislaciones extranjeras.

En España, para Hinojosa (6) era imprescindible la intervención de la mujer casada, para hipotecar y enajenar los inmuebles de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, Palá (7) entendió que la necesidad de tal *consentimiento* debe ser templada por una presunción *juris tantum* de consentimiento, respecto de los terceros.

Serrano Suñer (8), que acepta en principio el requisito del consentimiento de los dos cónyuges, hace constar que en la legislación foral de Aragón, prácticamente ya ocurre así, puesto que, por el juego del derecho expectante a viudedad y su renuncia, para la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, se exige la concurrencia del marido y de la mujer; si bien reconoce que este sistema no es irreprochable, toda vez que el disenso de uno de los cónyuges obliga a llevar la diferencia ante los Tribunales.

(4) *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Madrid, 1954, pág. 193.

(5) Véase en Francia, MOISSINAC-MASSENAT.

(6) *La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno*, pág. 550.

(7) Ob. cit., pág. 18.

(8) *Capacidad civil de la mujer*, en «A B C» de 1 diciembre 1953.

II

Y llegamos a la ley de 24 de abril de 1958, cuyo examen fragmentario, limitado al problema de la necesidad de la intervención de la mujer en la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, será el único objeto de nuestro estudio.

Nada aclara tanto el sentido de la reforma como las mismas palabras del legislador, en el preámbulo de la ley, y que puede clasificarse:

A) Aspecto general de la reforma.

«La presente modificación del Código Civil, la más extensa de las introducidas hasta ahora, afecta principalmente al régimen matrimonial..., aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer, que hace mucho tiempo se hallaba planteado...»

«Se han cuidado las repercusiones de la reforma, no sólo en el articulado específicamente correspondiente a las materias afectadas, sino en todo el Código, y así aparecen en el texto de esta ley, como modificados, muchos artículos en los que no hay más variación que la impuesta por la necesidad de su armonización con las novedades que se introducen.»

B) Capacidad jurídica de la mujer.

«Por lo que refiere a la capacidad jurídica de la mujer en general, la presente ley se inspira en el principio de que, tanto en un orden natural como en el orden social, el sexo por sí solo, no puede determinar en el campo del Derecho civil una diferencia de trato que se traduzca, en algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer, a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas.»

«Si bien es cierto que el sexo, por sí, no debe dar lugar a diferencias, y menos a desigualdades de trato jurídico, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial

de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que a ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales, que, conforme al derecho natural, está llamada a cumplir. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que por exigencia de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido, dentro de un régimen, en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica, que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo, las relaciones entre los cónyuges...»

C) Facultad de la mujer en la disponibilidad de bienes gananciales.

«Objeto de muy particular examen en la preparación de la reforma se ha hecho del tema de la sociedad de gananciales para arbitrar una fórmula que, sin contradecir los pilares fundamentales de este sistema económico o matrimonial, que se estima digno de ser mantenido, permita atribuir a la mujer nuevas facultades en orden a la disponibilidad, constante matrimonio, de los bienes gananciales.»

«Los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales, quedan sin mengua del sistema más protegidos, al exigirse su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles o establecimientos mercantiles, y al preverse posibles cauciones judiciales, que los defiendan frente a una imprudente actuación marital. No ha dejado de considerarse la crítica de que podría ser objeto tal criterio, habida cuenta de la importancia económica del patrimonio mobiliario; pero se ha juzgado oportuno orientar en tal sentido la reforma, con el propósito de limitar en la mayor medida posible, las perturbaciones que en tráfico jurídico pueden introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición. Por otra parte, se ha tenido presente que los bienes inmuebles, si no representan en todos los casos un mayor valor económico, si son los que de ordinario encarnan valores de uso y afección muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia, al paso que los establecimientos mercantiles son, frecuentemente, la expresión

de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica.»

III

Texto legal del artículo 1.413 reformado del Código Civil.

«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.»

«Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de primera instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención a este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

IV

Problemas que plantea.

I.—¿El artículo 96 del Reglamento Hipotecario de 1947, puede estimarse como antecedente legal de la reforma?

Admitida por el artículo 95 del expresado Reglamento la inscripción de bienes adquiridos por la mujer casada, sin que se prejuzgue la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes, se

planteaba como lógica consecuencia la atribución dispositiva de tales bienes a un cónyuge u otro.

Basta sólo recordar la naturaleza de nuestra sociedad de gananciales en derecho común, para deducir que no se trata de bienes de dominio ya dividido, ni de carácter previamente prejuzgado. Nos remitimos a cuanto se ha dicho y escrito sobre ambos extremos y a la jurisprudencia que por economía de espacio hay que omitir.

Ahora es indudable, que justo es reconocer a ambos cónyuges derechos sobre tales bienes claramente no dotales, ni parafernales de la mujer o exclusivamente patrimoniales del marido; y los autores del Reglamento de 1947, optaron, con indubitado acierto a nuestro juicio, por incrustar en aquél, un auténtico precepto de derecho civil estricto, más que un precepto de carácter hipotecario.

Un ligero examen comparativo entre aquel precepto y el artículo 1.413 del Código Civil reformado, atisba claramente una analogía, siquiera sea a la inversa, entre ambos preceptos. En aquél, el otorgamiento de actos y contratos de disposición sobre bienes de naturaleza no prejuzgada ganancial o privativa, corresponde a la mujer *con consentimiento* del marido. Según el artículo 1.413 del Código Civil reformado, el marido, para *enajenar y obligar*, o sea para *actos de disposición* a título oneroso sobre bienes *inmuebles* de la sociedad ganancial, necesitará el *consentimiento* de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido.

No es aventurado reconocer una indudable influencia del primer precepto sobre el segundo y que, en definitiva, es una manifestación de la autoridad compartida de marido y mujer en los bienes sobre los que ambos puedan ostentar algún derecho.

II.—¿*Este consentimiento de la mujer, es una auténtica licencia para que el marido disponga, o en realidad disponen ambos?*

Dice el Notario Santamaría (9), que en realidad la licencia es un consejo o asesoramiento prestado por el marido, en virtud de la experiencia que la ley le atribuye, siquiera en la realidad no siem-

(9) Obr. cit., pág. 74.

pre esto sea exacto. De ello es ejemplo viviente el caso de algunas regiones españolas, donde el marido, dedicado exclusivamente al campo, se asesora en todo de la mujer que incluso es la guardadora del dinero de la familia.

Pero la palabra licencia tiene un sello de autoridad o superioridad que no es en ningún caso el que movió ni a los autores del artículo 96 del Reglamento Hipotecario, ni a los del artículo 1.413 del Código Civil.

La palabra *consentimiento* empleada, significa en realidad una igualdad entre ambos para realizar el acto dispositivo, hasta el extremo que los actos y contratos sobre los bienes propios que la mujer casada puede otorgar, pero con licencia del marido (art. 60 del Código Civil), son inscribibles sin tal licencia (art. 94 del Reglamento Hipotecario), pues solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de ellos (art. 65 del Código Civil), sin que puedan pedir esta nulidad los extraños (sentencia de 29 mayo 1907, S. T. E. 4 junio 1943).

En cambio los contratos a que se refiere el artículo 95, regla 2.ª del Reglamento Hipotecario y el artículo 1.413 del Código Civil, exigen *un consentimiento* conjunto de ambos cónyuges, cuya omisión por parte de cualquiera de ellos, determinaría la inexistencia del contrato a tenor del artículo 1.261 del Código Civil.

Precisa, pues, una auténtica concurrencia de marido y mujer para la existencia de los contratos a que se refiere el artículo 1.413 del Código Civil reformado.

Sin embargo, el expresado precepto, en su párrafo final, supone la existencia de *actos de disposición* que el marido realice *en contravención al Código*, o en fraude la mujer sea cual fuere la condición de los bienes afectados.

Que el marido realice actos para los que esté autorizado a realizar por sí solo, y que éstos no perjudicarán a la mujer ni a sus herederos, ello está claro.

Lo que ya no está tan claro, es qué actos de disposición son los que el marido puede realizar *en contravención al Código Civil*, sea cual fuese la condición de los bienes afectados, lo que supone afirmar que en este supuesto entran también los inmuebles.

¿Quiere ello decir que tales actos se pueden considerar como anulables? (supuesto similar al de los artículos 62 y 65 del Código

Civil); y, por tanto, ¿serían inescribibles dejando a salvo las acciones pertinentes a favor de la mujer y sus herederos?

No nos atrevemos a afirmar tanto, si bien en el caso del artículo 62 del Código Civil la rigidez de las palabras «son nulos» se halla luego atenuada por la reserva de acciones a favor del marido y sus herederos (art. 61 del Código Civil); en el caso del artículo 1.413 del Código Civil, parece deducirse que estos actos de disposición *externa*, realizados por el marido sin la mujer, y, por tanto, *en contravención* al Código, no perjudican ni a la mujer ni a sus herederos, sencillamente porque son *inexistentes*, y lo que no existe, mal puede perjudicar.

III.—*Supuestos que se pueden dar:*

1.º *Compraventa.*

Si por ella uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 del Código Civil); el vendedor, en este caso marido y mujer, necesariamente han de intervenir para que el contrato se considere existente, y prestar su consentimiento.

Cuando el comprador es el marido, ¿puede éste solo adquirir bienes inmuebles para la sociedad conyugal?

El problema no es banal, puesto que si la reforma quiso evitar el perjuicio a la mujer por los actos del marido, tanto puede perjudicar el marido que malvende una finca, como el marido que paga un precio excesivo por una finca de escaso valor. En ambos casos hay un perjuicio y un inmueble por en medio. ¿Es esto lo que ha querido evitar el legislador?

Si nos atenemos a la intención y no a la letra estricta de la ley, *acto de disposición*, parece que tanto en la adquisición como en la enajenación de bienes inmuebles deben intervenir ambos cónyuges. Mas si se tiene en cuenta que el párrafo 1.º del artículo 1.401 del Código Civil no ha sido reformado, y que se consideran gananciales lo adquirido a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien *se haga la adquisición para la comunidad, bien*

para uno de los esposos, hay que estimar que en la adquisición no precisa la intervención de ambos cónyuges.

Sin embargo la cosa no termina ahí. Todos hemos conocido los frecuentes casos de adquisiciones hechas por el marido, equivocando el nombre de la mujer, dato que ahora pasa a la calidad de *precioso*, desde el punto de vista del tracto sucesivo, puesto que luego ha de prestar su consentimiento la mujer, sin que baste el arreglo de última hora, de «si bien se dijo que estaba casada con doña A, en realidad lo estaba con doña B».

Fiar a una nueva declaración del marido o de la mujer, la fijación de titular registral, cuyo consentimiento va a precisar para la transmisión, nos parece algo efímero y dado a posibles suplantaciones, que ni aún la presentación de la certificación del acta de matrimonio podría fijar debidamente.

Dios nos libre a meternos a definidores, más en una materia como esta, en la que puede haber opiniones encontradas; pero si se quiere que en el Registro conste ya claramente inscrito el derecho de la mujer, que ha de consentir con toda la eficacia de un auténtico *consentimiento*, a la adquisición, terminamos propugnando por la exigencia de la intervención de la mujer para que el marido adquiriera por título de compraventa y para la sociedad conyugal, bienes inmuebles.

Quedan, claro está, cientos de miles de inscripciones anteriores extendidas a nombre de los maridos, unas veces con constancia del nombre de la esposa, otras sin ella; pero si se ha variado el sistema, si a la autoridad exclusiva del marido, ha sido anexionada una autoridad compartida de la mujer, para cumplir el tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, precisaría la intervención de la mujer en las adquisiciones o inmuebles y su constancia en la inscripción.

La jurisprudencia necesariamente habrá de aclarar el problema o una doctrina científica reiterada y constante.

2.º *Permutas.*

Si la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra (art. 1.538 del Código Civil), todas las razones apuntadas son aplicables, puesto

que cada contratante es transmitente y adquiriente al mismo tiempo.

Si las fincas permutadas son todas gananciales, habrán de prestar su consentimiento las esposas de ambos permutantes.

Si una de las fincas permutadas es patrimonial de uno de ellos, éste no precisará el consentimiento de su esposa, ya que la finca adquirida tendrá el mismo carácter que tenía la que cedió.

Cuando haya diferencia de valor entre ambas fincas, se aplicará a aquélla las reglas de la compraventa.

3.º *Adjudicación de bienes inmuebles y derechos reales a virtud de documento judicial.*

Entra en este supuesto la enajenación forzosa de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales (10).

En ella el carácter de *forzosa* y la forma externa de la transmisión, no le quitan el carácter genérico de *acto dispositivo*, siquiera sea por la ficción que en el proceso de ejecución, se establece de la voluntad presunta del deudor a la enajenación al consentir, por su resistencia, a que el proceso siga adelante.

No es este el lugar de estudiar al detalle la llamada *transferencia colectiva* en la ejecución cuya nota esencial (Pugliatti) es ir contra la voluntad del deudor. Transferencia realizada por un poder propio y originario (Betti): el órgano jurisdiccional, y es (Chioven-da) un negocio jurídico de fisonomía particular y su efecto principal es la transferencia forzosa en la adjudicación de la propiedad, derivado de la responsabilidad ejecutiva.

En ella—dice Zanzucchi—, tratándose de inmuebles, hay que oír a las partes con audiencia de los acreedores inscritos que no hayan intervenido, que pueden formular observaciones; y al decir de Zuzatto, en la venta forzosa el acreedor actúa, equiparándole a la venta ordinaria, como un gestor del deudor, a causa de un mandato legal.

Estimamos, por tanto, que en todo proceso ejecutivo debe dirigirse la acción contra marido y mujer, para que puedan ser ena-

(10) «La adjudicación de bienes es a modo de venta» (S. 14 nov. 1881. Resolución R. D. 31 mayo 1909).

jenados los bienes de la sociedad de gananciales y en nombre de ambos se hará la venta en rebeldía, o la adjudicación.

Derivado de las razones antes apuntadas, la intervención del marido para ser postor en la subasta, si el precio es a costa de la sociedad de gananciales, es conveniente sea con consentimiento de la mujer.

Claro es que en los juicios ejecutivos, actualmente en curso, esta audiencia de la mujer, ya no podrá verificarse ante la imposibilidad de retroceder en su curso, lo que crea una situación de derecho transitorio sumamente casuística y difícil.

4.º *Donaciones onerosas.*

Si bien en las donaciones gratuitas de bienes de la sociedad conyugal siempre se ha admitido la necesidad de la intervención de ambos cónyuges, como lógica derivación del contenido de los artículos 624 y 1.413 del Código Civil, con mayor motivo es conveniente la intervención de ambos para hacer o aceptar donaciones onerosas de bienes inmuebles de o para la sociedad de gananciales.

5.º *Constitución, modificación y extinción de derechos reales: usufructo, uso, habitación, censos y servidumbre. Arrendamientos inscribibles.*

Equiparados a los actos de enajenación de bienes inmuebles, la constitución de derechos reales a favor de otros y la cancelación de aquellos derechos reales de nuestra pertenencia (11), es indudable que precisa el consentimiento de la mujer, con relación a bienes de la sociedad de gananciales, para constituir a favor de otro, a título oneroso, los derechos reales de usufructo, uso y habitación, censos, servidumbre y arrendamientos inscribibles y para su modificación y extinción. En cuanto a la adquisición también a título oneroso y a favor de la sociedad de gananciales, de tales derechos, el problema ha sido planteado al estudiar la compraventa.

(11) R. 30 agosto 1876, 30 dic. 1882, 14 marzo 1887, 16 sepbre. 1890, 25 agosto 1894 y 5 abril 1892.

6.º *Constitución de hipoteca.*

No cabe duda alguna de que en los términos *obligar a título oneroso*, que emplea el artículo reformado 1.413 del Código Civil, comprende la constitución de hipoteca sobre bienes de la sociedad de gananciales, para lo cual precisa también el repetido consentimiento de la mujer.

Lo propio ocurre con la transmisión a título oneroso de los créditos hipotecarios de la pertenencia de dicha sociedad. En el mismo caso está la hipoteca legal (en garantía de tutela, por ejemplo).

7.º *Adjudicación de bienes para pago de deudas.*

Sin entrar, por no ser de este lugar, a analizar la naturaleza de la *adjudicación para pago de deudas* (12), Gonzalo Palomino cita la Resolución de 14 de junio de 1922 y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1935, para recordar que se trata de *un fenómeno complejo*, y estima que la *masa de bienes* (en el caso que estudiamos los bienes adjudicados, ¿del dominio exclusivo del adjudicatario casado?, ¿de la sociedad de gananciales, si el pago se verifica con bienes de esta naturaleza?) *objeto* de la adjudicación, no tiene como finalidad el pago de las deudas, sino el pago *de la asunción de las deudas*.

Y he aquí lo fundamental para nuestro estudio. Si el pago de las deudas asumido por el adjudicatario casado, se verifica con dinero de la sociedad de gananciales, la finca adjudicada debe ser de aquélla, y su enajenación por el marido-adjudicatario, debe ser con consentimiento de la mujer. Si el pago de la deuda se verifica con dinero de la exclusiva propiedad del marido (y esto habrá que probarlo), no precisará tal consentimiento.

Lo bien cierto es que en cada caso la declaración y prueba de la procedencia del dinero, con el que se pagan las deudas, es precisa y a falta de esta prueba, el artículo 1.407 del Código Civil autorizaría a exigir este consentimiento de la mujer.

Aun con mayor audacia en el opinar, podría estimarse (si bien con reservas) necesaria la intervención de la mujer del adjudica-

(12) Véase GONZÁLEZ PALOMINO: *La adjudicación para pagos de deudas*. Conferencia anual de la Academia Matritense del Notariado. Año I, pág. 248, 1945.

tario, en la partición en que se verificase la adjudicación, que llevaría consigo la asunción de la deuda que, en todo caso, no podría perjudicar a la mujer y sus herederos.

El problema es de una complejidad extraordinaria y ofrece en su estudio límites insospechados.

Cuando la finca adjudicada se vende para pagar las deudas, ¿precisa el consentimiento de la mujer? A nuestro juicio, sí. Nos basamos en la dificultad que en la práctica ve Ruiz Artacho (13) para diferenciar los dos tipos de adjudicación para pago de deudas, que se admiten: a) traspaso de bienes adscritos a la finalidad del pago, comprometiéndose el adjudicatario a realizarlos, pagar las deudas, y debe devolver el sobrante o pedir lo que falte para el pago. Es un mandatario y no asume las deudas. Hay una transmisión fiduciaria (14). En el segundo tipo los bienes se adjudican, con plena asunción de deuda por el adjudicatario, ya sobre o falte dinero (15). Es un comprador. En la duda de la naturaleza de la adjudicación, optamos por la conveniencia del consentimiento de la mujer, tanto en la adquisición, por las razones expuestas, como en los actos de disposición de los bienes adjudicados, por considerarlos claramente comprendidos en el artículo 1.413 del Código Civil que nos ocupa.

8.º *Expropiación forzosa.*

La única especialidad que en el expediente de expropiación se habrá de observar, es la necesidad de la intervención de la mujer para prestar su consentimiento cuando se trate de bienes de la sociedad de gananciales, por ser tal enajenación un verdadero acto de transmisión de la propiedad y sin que el carácter de *forzoso*, que tiene, le librase de la intervención de la mujer.

En cuanto a los expedientes actualmente en curso, como ya se dijo al estudiar la venta con expediente de apremio, existe un problema de derecho transitorio, ante la imposibilidad de retroceder el expediente en su curso.

(13) *La adjudicación para pago de deudas*, «R. C. D. Inmob.», 1946, pág. 461. LACAL: *Aportación al estudio de adjudicación para pago de deudas...*, «R. D. Privado», 1931, pág. 294. Res. R. D. 26 diciembre 1946 y 14 junio 1922; arts. 1.º y 2.º, núm. 3.º, L. Hipotecaria.

(14) Véase art. 9.º Regl. Impuestos Derechos reales.

(15) Véase art. 1.084 Código Civil. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, III, página 90.

9.º *Apremios administrativos.*

En los expedientes a incoar debe exigirse la intervención de la mujer, tratándose de bienes gananciales embargados.

En los expedientes en curso, nos remitimos a lo antes dicho.

10. *Expedientes de dominio.*

El artículo 272 del Reglamento Hipotecario, desconvolviendo en parte el artículo 201 de la ley, faculta al propietario para promoverlo. ¿Precisa el consentimiento de la mujer? Juzgamos que sí; en él se trata de justificar el dominio, y ello lleva como consecuencia la determinación del carácter ganancial o no de los bienes, objeto de aquél; en el primer caso, precisará el consentimiento de la mujer no sólo para realizar actos de disposición, sino para instar el expediente.

11. *Declaraciones del dominio en juicio ordinario.*

Para intervenir como parte demandante o demandada en juicio ordinario, que deba finalizar con sentencia, declarando el dominio de bienes pertenecientes a una sociedad de gananciales (16), han de intervenir como tal parte, tanto el marido como la mujer; lógica consecuencia de la doctrina de fondo contenida en el artículo 1.413 del Código Civil, pues en realidad la defensa del derecho correspondiente a la sociedad de gananciales, entraña *un grave riesgo* para la expresada sociedad y ninguna medida mejor, de aseguramiento, que la intervención de la mujer.

12. *Ejercicio del derecho de retracto.*

En los bienes de la sociedad de gananciales, enajenados con pacto de retro (art. 1.507 del Código Civil), los vendedores (en este caso marido y mujer) son los que ostentan el derecho a recuperar la cosa vendida. En el caso inverso, o sea cuando ambos cónyuges adquieren la finca con pacto de retroventa a favor del vendedor, para ejecutar éste el expresado derecho de retracto, habrá de dirigir su acción conjuntamente contra marido y mujer.

(16) Véase Resoluciones de 19 mayo 1879 y 15 julio 1891.

En el retracto legal (art. 1.521, 1.522 y 1.523 del Código Civil), cuando los bienes retraídos son de la sociedad conyugal, la intervención de ambos cónyuges la creemos necesaria para evitar el posible perjuicio de la mujer, tratándose de inmuebles.

Si el derecho de los cónyuges a ejercitar el retracto (comuneros, colindantes) nace por razón de una finca de la sociedad de gananciales, deben ejercitarlo ambos cónyuges conjuntamente.

13. *Cancelación de hipoteca (17).*

La claridad con que el artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige el consentimiento para la cancelación de la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción, lleva, como consecuencia, la exigencia del consentimiento de la mujer para cancelar créditos hipotecarios de la pertenencia de la sociedad de gananciales.

Y no se pretende, basándose en las palabras del texto legal, que la mujer no es la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción, pues si bien es cierto que la forma de equilibrio inestable con que la legislación anterior trataba el tema y que la constancia del nombre de la esposa en la inscripción (párrafo 2.º, art. 159 del Reglamento de 2 de junio de 1944, del Notariado) no es una auténtica inscripción a su favor. El argumento es más de forma que de fondo, y ello pone de relieve la trascendencia de la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, y nos mueve a adquirir con más firmeza la convicción de la necesaria conveniencia e intervención y consentimiento de la mujer, no sólo para la cancelación del crédito hipotecario perteneciente a la sociedad conyugal, sino también para la constitución por otra persona, de hipoteca a favor de la sociedad de gananciales.

El problema de derecho transitorio creado y ya aludido en apartados anteriores, habrá de ser resuelto armonizando la anterior legislación más extensa de lo que a primera vista parece, y que tiene una mayor o menor relación con el tema tratado.

(17) Este trabajo fué remitido a esta Revista antes de la publicación de las modificaciones del Reglamento Hipotecario.

14. *Rectificaciones de inscripciones del Registro de la Propiedad.*

El artículo 40, párrafo antepenúltimo de la Ley Hipotecaria, exige que en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra *todos aquellos a quienes el asiento de que se trate de rectificar, conceda algún derecho.*

He aquí nuevo ejemplo del sutil linde entre las adquisiciones en que claramente la mujer tiene un derecho inscrito y aquella en que el derecho de la mujer se deduce del mismo asiento.

Juzgamos el precepto claro y la intervención de la mujer nos parece aquí necesaria.

IV.—*Problemas adicionales.*

1.º *Caso de incapacidad del marido.*

Puede ocurrir que el marido esté incapacitado, y en este caso hay que armonizar los preceptos del Código Civil, relativos a la tutela, con el 1.413 del mismo.

Si el marido está loco o sordo-mudo, o interdicto, los artículos 220 y 230 confieren el cargo de tutor al cónyuge no separado legalmente. La mujer en este caso consentirá por sí y como tutora en los casos del artículo 1.413.

Si el marido es declarado pródigo, la cosa se complica. El artículo 227 no confía el cargo de tutor a la mujer, en ningún caso. El consentimiento de la mujer habrá de ser, en este caso, unido al del consentimiento del tutor.

Desde luego, siempre con la necesaria intervención del Consejo de familia (art. 269 del Código Civil).

2.º *Derecho foral.*

Desde luego, el artículo 1.413 no es aplicable a las legislaciones forales, que se rigen por su derecho peculiar.

El preámbulo de la ley, dice como capital idea de la reforma:

«Se trata también de conseguir, si no la completa identificación, sí una siempre deseable aproximación entre el régimen del Código Civil y el de los Derechos forales, generalmente considerados como más comprensivos y justos en este punto.»

3.º *Derecho transitorio.*

Aún sin proponérselo, el artículo 1.413 del Código Civil lleva en su reforma una tan honda raíz en el derecho patrimonial y matrimonial, que precisa de reglas de derecho transitorio.

Hasta ahora la mujer, sometida a las limitaciones de los artículos 59, 61 y 62 del Código Civil, sólo tenía respecto de los bienes de la sociedad de gananciales, derechos limitados (18) en cuanto la exteriorización de este derecho de la mujer, sólo existía la deleznable declaración del nombre y apellidos de la cónyuge del artículo 159 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, para lo cual no se exigía ni la modesta aportación de la certificación del acta de matrimonio y la fe de vida de la esposa.

Pues bien: esta modesta manifestación que debe constar en los libros registrales, ahora ha de ser la piedra básica en que se ha de construir todo el edificio de la aplicación del artículo 1.413 reformado.

En todos los casos que anteriormente hemos señalado, siquiera de modo muy somero, el dato de la esposa que ha de intervenir nos lo dará la escritura de adquisición y de inscripción en el Registro de la Propiedad, y ello ha de servir de base al Registrador para exigir este consentimiento.

Sin embargo, la práctica nos ha puesto de manifiesto casos en que una ligera enunciación del nombre de la esposa de modo imperfecto, plantea problemas que, dicho sea en verdad, la buena voluntad y comprensión del Registrador, va resolviendo como Dios le da a entender, aportaciones de certificaciones de matrimonio para su cotejo con la fecha de adquisición y fe de vida de la esposa; acta de notoriedad, etc. (19).

(18) Artículos 59, 1.412, 1.413 anterior, 1.441 Código Civil. Véase el acabado estudio sobre el tema realizado por el ilustre civilista doctor Castán Tobeñas, *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Madrid, 1954, pág. 158.

(19) La Resolución de 8 mayo 1954 se pronuncia en contrario.

Por todo esto *precisamente* es por lo que juzgamos que no puede existir un derecho de la importancia del concedido a la mujer, sin una precisa constancia fehaciente y sin una adecuada intervención de la mujer también en los casos de adquisición de bienes o derechos a favor de la sociedad de gananciales. Si se va a reivindicar a la mujer concediéndole la altura jurídica al marido, no conservemos la antigualla de negarle la intervención en las adquisiciones, ya que la palabra *adquisición*, pese a su sentido, no siempre significa un mejoramiento económico, ya que el marido manirroto también podría realizar por sí solo una adquisición de bienes tan despreciados, que el precio pagado por ellos significase una ruina económica, o, al menos, una pérdida notable para los intereses de la sociedad de gananciales.

4.º *¿Puede el marido realizar los actos de disposición del artículo 1.413 del Código Civil sin la concurrencia de la mujer, subordinándoles a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento de la «ratificación» o «consentimiento» (20) por la mujer, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo, si la mujer o sus herederos no le impugnaron? (21). Sin embargo, optamos por la negativa. La intervención que el Código Civil da ahora a la mujer no es una licencia al marido, sino un auténtico *consentimiento* para transmitir, cuya omisión determinaría la inexistencia del contrato (art. 1.261 del Código Civil).*

Sin embargo, no negamos la posibilidad de que una posterior jurisprudencia, basándose en las palabras finales del artículo 1.413 reformado (actos de disposición que el marido realice en contravención al Código, sea cual fuere la condición de los bienes afectados), pueda admitir tales actos sujetos a la posterior ratificación.

(20) El art. 169 del Reglamento notarial usa de ambas palabras como sinónimas.

(21) Véanse el citado artículo del Reglamento notarial, el art. 94 del Reglamento Hipotecario y los arts. 60 y 61 del Código Civil.

CONCLUSION

A vuela pluma y sin mérito alguno, hemos meditado sobre el tema expuesto. Tal vez alguien más avisado piense que todos los problemas planteados puedan tener fácil solución, otorgando a la mujer a favor del marido, unos poderes amplísimos que dejarían la reforma limitada a una cosa externa y sin contenido. Pero si se piensa que este otorgamiento por la mujer significaría aún más una mayor compenetración y confianza en el marido, confianza nacida del *amor*, el éxito del legislador aún sería mayor, ya que lejos de haber buscado de intento la escisión en el matrimonio, ha querido, con un auténtico sentido cristiano, reforzar aún más esa *unidad* de que nos hablaba el viejo Profesor de Universidad, para llegar a la conclusión de que cuando esta *unidad* se basa en el *amor*, todos hemos de sentirnos satisfechos, porque el amor... existe.

ANTONIO VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad.

Derechos reales innominados

El Registro de la Propiedad forma parte del ordenamiento jurídico de todos los pueblos de cultura occidental—con algunas excepciones—, como medio de obtener el fin, buscado desde hace siglos, de alcanzar la seguridad jurídica del comercio de los bienes inmuebles.

Este organismo o «servicio público», según la terminología de López Medel (1), tiene por objeto un Derecho especial: el Derecho Inmobiliario llamado también Hipotecario o Registral, como parte integrante del Derecho Civil o rama desprendida del tronco del mismo, aunque en el contenido de aquél se encuentran normas de Derecho de Procedimiento y aún de Derecho Administrativo.

Lacruz Berdejo (2) concibe el Registro de la Propiedad como un organismo que tiene por fin «conciliar, en cuanto al patrimonio inmueble de una persona, la seguridad de los derechos adquiridos, o sea de los Derechos subjetivos, y la seguridad del obrar jurídico, la que se llama seguridad del tráfico».

La función de ese organismo o actividad administrativa del Estado se realiza en dos fases: primera, protección de los derechos subjetivos, legitimación registral, presunción *iuris tantum* de exactitud del contenido del Registro, etc., y segunda, organización

(1) *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, «Rev. Crit. de Der. Inm.», núms. 358 y sigs.

(2) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 1.

de un sistema de seguridad del tráfico de inmuebles, defensa del tercer adquirente a título oneroso y presunción *iuris et de iure* de exactitud de los datos del Registro de la Propiedad. Todo ello referido a titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Como queda dicho, el Registro de la Propiedad es una institución de Derecho inmobiliario.

Dice Roca Sastre (3) «Al Derecho inmobiliario no le interesa la estructura y contenido del derecho real, sino su *dinámica*, o sea, su adquisición, transmisión y pérdida. Podemos decir que, más que su anatomía, le preocupa su biología, es decir, todos los problemas de su constitución, declaración, reconocimiento, transmisión, modificación y extinción. Por ello, en los tratados de Derecho inmobiliario no se examinan las cuestiones relativas a las facultades integrantes del dominio, ni al contenido de los derechos de usufructo, enfiteusis, etc., sino que, únicamente se tratan fundamentalmente los problemas planteados por el nacimiento, transmisión y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.»

Por excepción que también expone dicho autor, el Derecho Registral regula íntegramente el derecho real de hipoteca, motivado esto por razones conocidas por todos los profesionales de las ciencias jurídicas.

Una definición del Registro de la Propiedad presenta considerables dificultades. Una definición es la expresión de las propiedades básicas de un complejo de relaciones, que forman un resumen o un extracto de un determinado orden de conocimientos.

Abel Rey (4) dice: «Se comprende fácilmente que la definición, resumen de conocimientos, no puede ser inmutable ni definitiva. Se transforma sin cesar, a medida que la inducción y la demostración nos hacen penetrar más en la esencia del fenómeno.»

Acaso por estas consideraciones, los autores de la Ley Hipotecaria se han abstenido de formular una definición del Registro de la Propiedad, limitándose a exponer su finalidad.

El párrafo 1.º del artículo 1.º de dicho texto legal, dice: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

(3) *Derecho Inmobiliario*. Tomo I, pág. 9.

(4) *Lógica*, pág. 298.

Del contenido del citado precepto, resulta, por exclusión, que los negocios obligacionales o derechos de obligación no tienen acceso al registro.

El artículo 9.º del Reglamento de la Ley Hipotecaria declara ya explícitamente que en el ámbito del Registro sólo caben los derechos reales sobre bienes inmuebles.

En aplicación del principio hipotecario de legalidad, el artículo 18 de la expresada ley, encomienda a los Registradores la misión de calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de la parte dispositiva de las escrituras públicas.

Pero, aunque la ley no lo diga expresamente, es indudable que impone al Registrador—como operación previa a la calificación registral—el deber de asegurarse de que el título examinado no contiene un derecho personal, y, en caso afirmativo, le exige que no admita la inscripción, por tratarse de materia ajena a la actividad jurídica que el Registro desarrolla.

Pudiera llamarse a esta operación la calificación preliminar a la que determina el citado artículo 18 y sus concordantes. Una vez extendido el asiento de presentación que, en todo caso—cuando el documento presentado se refiera a bienes inmuebles—debe hacerse si el Registrador, como resultado de su estudio, llega a la conclusión de que en el título presentado se configura un derecho personal, debe denegar su inscripción. No obstante contener el título materia ajena al Registro, es necesario practicar la calificación en cuanto a las formalidades, tanto extrínsecas como intrínsecas, o sea la calificación registral propiamente dicha, en previsión de que sea interpuesto un recurso por entender los interesados que el documento contiene no un derecho de obligación, sino un derecho real, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento para la aplicación de la Ley Hipotecaria.

Esa operación de distinguir un derecho real de uno de crédito, no está exenta, en ciertos casos, de algunas dificultades. Estas no se presentarían, ciertamente si nuestro Derecho aceptara la teoría del *numerus clausus* en los derechos reales, porque cada uno de éstos, modelado por la ley, podría ser inmediatamente identificado. Pero el Derecho español admite el principio del *numerus apertus*,

según declara el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario al establecer que no sólo deben inscribirse los derechos reales que se expresan en el artículo 2.º de la ley, «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, 'sin tener nombre propio en derecho', modifique, desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Este precepto reglamentario desarrolla el contenido del número 2.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que declara inscribibles los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres «y otros cualesquiera reales».

Ocurre a veces que el título presentado en el Registro contiene un derecho real, pero en él se ha insertado alguna estipulación o pacto que, por ser de naturaleza obligacional, no debe tener acceso a los libros registrales.

El artículo 434 del Reglamento Hipotecario ofrece la solución del problema. En este caso se inscribirá el derecho real—si no hubiera obstáculos provenientes del título o del Registro—y se denegará la inscripción del pacto de naturaleza personal.

Por consiguiente, la ley adopta las más cuidadosas precauciones para cerrar el ingreso en el Registro de los derechos personales. «No obstante—dice Roca Sastre (5)—, es frecuente ver inscritos en nuestros Registros derechos verdaderamente personales, sea por descuido, sea por falsa orientación doctrinal...» Y también por las dificultades anteriormente indicadas, de diferenciar el carácter real u obligacional de algunos pactos o convenciones.

En estos casos, la ley arbitra recursos para extraer del Registro esos derechos personales que en él hayan erróneamente ingresado. Respecto de los consignados en los libros registrales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria vigente, sabido es que la disposición primera de las transitorias de dicho texto legal, dispone la «caducidad» y consiguiente cancelación de oficio o a instancia de parte interesada, a partir de 1 de enero de 1947, de las menciones—así las denomina la ley—de derechos personales que existan en los Registros de la Propiedad.

(5) Ob. cit., pág. 213, t. II.

En cuanto a los derechos de la misma naturaleza que, por los motivos anteriormente expresados, pudieran haber tenido acceso al Registro durante el imperio de la Ley Hipotecaria vigente y no estuvieran asegurados especialmente, deben ser cancelados a instancia de parte interesada, según lo dispuesto en el artículo 98 de la citada ley.

En esta forma, nuestro Derecho hipotecario ha construido un cerrado sistema prohibitivo para oponerse a la registración de los derechos personales.

Eliminado el factor derecho obligacional del conjunto de normas que aseguran el comercio jurídico de los bienes inmuebles, se presenta frente al Registro un conjunto de derechos reales, a los que se les dota de energía real, los cuales pueden ser reunidos en tres grupos:

Primero. Los derechos reales específicamente modelados por el Derecho positivo que determina su estructura y contenido.

Estos derechos reales forman un catálogo, pero no cerrado, puesto que nuestro Derecho acepta el sistema del «*numerus apertus*» y, por tanto, admite la formulación de derechos de la expresada naturaleza elaborados por los particulares.

En esta materia, nuestro ordenamiento jurídico se aparta del sistema del Derecho romano y también del alemán.

El Derecho científico ha construido diversas clasificaciones que interesa indicar brevemente, porque en ellas aparece la contextura de los derechos reales.

Castán (6) agrupa estos derechos por sus propiedades específicas. Sánchez Román (7) fija como núcleo el dominio pleno, su similar—según este autor—la posesión civil y el derecho hereditario; y reúne los demás derechos reales en dos categorías: dominio menos pleno—facultades separadas del dominio—y dominio limitado.

Enneccerus (8) los divide en la siguiente forma:

A) Derechos reales de dominación.

B) Derechos de la misma naturaleza, de adquisición.

(6) *Derecho Civil*, t. II, pág. 39.

(7) *Estudios de Derecho Civil*, t. III, pág. 14.

(8) *Derecho Civil*, t. I, págs. 310 y 312.

Ya se ha indicado que en el Derecho alemán no se plantea el problema de los derechos reales innominados, ya que en aquél rige el sistema del «*numerus clausus*».

El sistema del «*numerus clausus*»—dice Wolff (9)—existe también en Suiza, Austria, Hungría, Suecia, Finlandia, Holanda, Portugal, Argentina y Japón. En cambio, el derecho francés—y ya hemos visto que el español—admite la posibilidad de crear cualquier forma de la copropiedad, y con ello, cualquier tipo de gravamen.

Segundo. Aquellos derechos que sin ser de naturaleza real, son declarados inscribibles por determinación de la ley, que se funda, sin duda, en razones de seguridad jurídica y de interés social, y, además, en motivos de analogía, ya que sus semejanzas o relaciones de semejanzas son mayores que sus diferencias, «*ad exemplum*», los derechos expresados en el número 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, o sea «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

El arrendamiento, en Derecho español, es, sin duda, un derecho de naturaleza personal, pero la participación que el arrendatario tiene en el disfrute del inmueble arrendado; la obligación que asume el dueño de la cosa, de procurar al arrendatario el goce de la cosa arrendada, por todo el tiempo del arrendamiento, como dice Planiol, citado por Castán (10); el efecto real de imponer al adquirente de la finca la vigencia del arrendamiento y «la sustancia del censo que pretende incorporarse en el instituto arrendaticio (Roca Sastre) aproximan al mismo al derecho real, si es que no lo identifica, como se inclina a creer Vallet de Goytisolo, citado también por Castán (11). Para De Buen, el arrendamiento es un derecho real. Y según el criterio de Huber, el hecho de que el arrendamiento sea eficaz contra cualquier propietario, le reviste de fuerza real.

Tercero. Los derechos reales innominados, a los cuales se refieren la última parte del número 2.º del art. 2 de la Ley Hipoteca-

(9) *Derecho de cosas*, t. I, pág. 8.

(10) *Derecho Civil*, t. IV, pág. 250.

(11) Obra expresada, pág. 245.

ria y el art. 7.º de su Reglamento, disposiciones anteriormente citadas.

Estos derechos reales innominados pueden constituir el contenido principal de un documento presentado en el Registro de la Propiedad, pero con mayor frecuencia se presentan como pactos o estipulaciones insertas en un contrato. El Registrador debe estudiar cuidadosamente esos contratos o esas estipulaciones para asegurarse de la naturaleza real de los mismos y, por ende, que el derecho sometido a su calificación es inscribible.

Para ello es necesario contemplar los diferentes elementos que componen la estructura del derecho, es decir, analizar su contenido. «El pensamiento peculiar de la norma jurídica—dice Winscheid, citado por Jerónimo González (12)—se representa en conceptos; es decir, en agregados de elementos dialécticos, y se trata de resolver los conceptos en sus partes constitutivas.»

Esta descomposición de conceptos presenta graves dificultades, porque a veces los elementos cuya separación se pretende, no aparecen con unos contornos plenamente definidos.

Operando ahora con un caso concreto, véase cómo el derecho de opción, antes de la publicación del nuevo Reglamento Hipotecario, planteaba el problema de precisar si aquel derecho era de naturaleza personal o real; problema de difícil solución, pues mientras la doctrina, como dice La Rica (13) «admitía la construcción dogmática de la opción como uno de tantos derechos reales de adquisición»; la jurisprudencia «se inclinaba a considerarle como derecho personal e incluso a confundirle con la promesa de venta».

Es la opción un derecho que, aun si se le considera como personal, es necesario admitir que se inclina marcadamente hacia la estructura del derecho real; que sus fronteras con éste no están claramente definidas, y que hay en él, por lo menos, una sensible analogía con los derechos de naturaleza real.

Cree el mismo autor, La Rica (14) que «la opción es un derecho de vocación real, un «jus ad rem» que, mediante su consta-

(12) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 141.

(13) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.ª parte, pág. 23.

(14) *Obra cit.*, parte 1.ª, págs. 25 y 27.

tación en el Registro, adquiere la categoría de derecho real, o, al menos, su eficacia».

Roguín, citado por Saldaña, entiende que el legislador puede modelar a su voluntad un derecho como real, si le atribuye una obligación pasiva universal que le haga exigible a todos los sucesivos propietarios de la cosa, o, como personal, si reduce su trascendencia a las relaciones «inter partes». En el primer caso, el derecho será inscribible y su registración tendrá una apariencia externa de constitutiva, porque ésta es la que la dota de eficacia respecto de todos, en tanto que la carencia de dichos efectos lo reduce a la categoría de un derecho obligacional.

Como anteriormente se ha expuesto, ésta es la teoría del Derecho español. El legislador se ha reservado la facultad de conceder el privilegio de la registración a determinados derechos personales, con la cual quedan investidos de energía o eficacia real. Pero los particulares no pueden convenir—excepto en los casos en que la ley lo autoriza expresamente—que un derecho personal se configure como real y que ese pacto se haga constar en el Registro.

Pero, en virtud del principio del «*numerus apertus*», que admite nuestra legislación, pueden estructurarse derechos reales no comprendidos en la lista o catálogo de los modelados en los textos legales, siempre que los elementos que los compongan sean de naturaleza real.

¿Qué medios, reglas o fórmulas existen para diferenciar estos derechos reales innominados de los derechos de obligación? Es éste un difícil problema, resuelto teóricamente pero lleno de obstáculos al transportar los principios abstractos a la realidad.

Según enuncia Carrel (15), en el Universo—tanto en los fenómenos físicos como en la actividad social del hombre—«no encontramos la claridad y la precisión de nuestro pensamiento...».

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reconoce la complejidad del problema.

La Resolución de 7 de julio de 1949 declara: «En la práctica se ofrecen graves dificultades a Notarios y Registradores para determinar si las relaciones jurídicas configuradas por los particula-

(15) *La incógnita del hombre*, pág. 15.

res en los documentos inscribibles tienen carácter real u obligacional, porque los requisitos señalados por la doctrina como típicos de los derechos reales, en ocasiones no se presentan en la realidad con toda su pureza e integridad, y tampoco faltan casos en que es forzoso reconocer la existencia de figuras intermedias de dudosa naturaleza real, que revisten los caracteres de los derechos de crédito, dudas que se aumentan porque nuestro Código Civil no enumera taxativamente qué derechos son reales, ni puede deducirse de su articulado firme orientación en tal sentido.»

Con anterioridad, la Resolución de 1 de marzo de 1939, había establecido la doctrina de que aunque la legislación vigente no contiene una lista que agote el número de los derechos reales, pueden los particulares «regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley, y modificar desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio...» «Pero—añade la misma Resolución—la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, las características externas y aparentes que les hacen trascender a terceros extraños al negocio, y siempre las que son necesarias para reflejar tales derechos en el Registro de la Propiedad».

Para aplicar el método analítico al contrato, o, en su caso, el pacto, estipulación, cláusula, compromiso o modalidad que han de examinarse con el fin de poder determinar su naturaleza real, es preciso vencer los obstáculos que origina la diversidad de conceptos heterogéneos y descifrar el nexo causal que los una, así como separar aquellos conceptos no claramente determinados e interpuestos entre elementos conocidos.

Según Borrell (16), «los derechos reales son desmembraciones del dominio a favor de persona distinta del propietario, o sea derechos *in re* sobre cosa ajena, cualquiera que sea su propietario. No son, pues, reales los derechos que se tienen sobre una cosa de otro, aunque ésta sea cierta, si consisten en prestaciones que debe una persona determinada.»

El autor deja fuera de esta definición al dominio, cuya naturaleza de derecho real y señorío total sobre una cosa no ofrece duda alguna.

(16) *Derecho Civil*, t. II, pág. 153.

Enneccerús (17) dice: «Derechos reales o derechos de cosas son los que recaen inmediatamente sobre una cosa.» Conceden un señorío inmediato sobre ella; esto es, dan la facultad de influir sobre la misma o de excluir la influencia ajena; pero corrientemente van unidas ambas.

El derecho real es, por tanto, el poder jurídico sobre una cosa.

Florez de Quiñones (18) cita la opinión de un antiguo autor, Soler, quien creía que «las cargas, en relación a la persona que pueda exigir su cumplimiento, son derechos reales, y como tales son también inherentes a la cosa y no se extinguen por muerte del que la posea, sino que siempre subsisten en ella».

Este antiguo autor se refiere sólo a los derechos reales en cosa ajena, y no entra en el examen del dominio, sin duda por considerarlo innecesario, pero afirma la cualidad más característica del derecho real: la relación inmediata y directa entre su titular y la cosa.

Como afirma el mismo conferenciante, «el concepto de cargas no se ha elaborado técnicamente, pues no existe en España, con referencia precisa a la historia del Derecho y al Derecho vigente, trabajos monográficos de elaboración moderna que fijen sus características jurídicas...»

Y observa asimismo que en nuestros textos se emplean indistintamente los términos «cargas o gravámenes», «limitaciones de dominio», «cargas perpetuas», «censos, hipotecas y demás gravámenes», y que la doctrina se refiere a «censos, hipotecas y cualesquiera otros gravámenes u obligaciones», así como a reservas, expectativas jurídicas y condiciones.

La ley, la jurisprudencia, la doctrina y los tratadistas de Derecho consideran, al parecer, los términos, cargas y derechos reales como sinónimos, y así, pues, sólo las cargas reales, o sea los derechos intrínsecamente reales pueden tener acceso al Registro de la Propiedad. Pero queda sin resolver el problema de encontrar la fórmula que permita precisar en cada caso concreto, producido por la realidad jurídica, si un derecho tiene los elementos específicos del derecho real, cuando no sea uno de los modelados por

(17) Ob. cit., t. I, págs. 310 y sigs.

(18) Conferencia en la Academia Matritense del Notariado en 5 de abril de 1945.

la ley, y se trate, en consecuencia, de un posible derecho real innominado.

Según Sohm, citado por Castán (19), los derechos reales son «aquellos derechos privados que atribuyen un poder de inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera».

En esta fórmula, que contiene una notable concentración de ideas, se comprenden los dos elementos pudiera decirse primarios del derecho real: el poder de inmediato señorío y utilización de la cosa y la defensa de este señorío, que puede hacerse efectiva «frente a cualquiera».

Bonnecase (20) dice: «Tradicionalmente se define el derecho real y el de crédito u obligación en función uno de otro.»

Este autor emplea el término función en sentido, claro es, cualitativo. En una brillante metáfora, transporta el concepto matemático de función, es decir, la cantidad cuyo valor depende del que, en cada momento, tenga otra, por su naturaleza, variable, a la idea metafísica de la función, o sea la relación que existe entre varios fenómenos, de donde se deduce que todo fenómeno que pueda percibir la mente es función de otro ya conocido o por descubrir.

Los derechos de cosas o de los bienes y los derechos de crédito están estrechamente relacionados como formando el derecho patrimonial. Son estados de un todo superior. Pero también presentan diferencias esenciales que se perciben con claridad cuando esos derechos se contemplan abstractamente—ya se ha dicho que el problema se plantea frente a la realidad o práctica jurídica—, y se llega a profundizar en el contenido de ambos conceptos.

El citado autor entiende que «el derecho real es una relación de derecho por virtud de la cual una persona tiene la facultad de obtener de una cosa exclusivamente, y en una forma oponible a todos, toda la utilidad que produce o parte de ella».

No obstante la precisión lógica del concepto de relación inmediata y directa entre una persona y una cosa, hay autores que opinan que el Derecho orienta sus normas en el sentido de regular solamente las relaciones entre personas, seres humanos o personas abstractas—corporaciones, asociaciones, etc.—, y que el deber pa-

(19) *Derecho Civil*, t. II, pág. 11.

(20) *Elementos de Derecho Civil*, t. I, pág. 262.

sivo universal, así como las obligaciones que los tratadistas llaman «propter rem», son relaciones entre personas, de una parte, el titular de un derecho real, y de la otra los demás hombres o las personas sociales o una persona determinada, esta última en el caso señalado de las obligaciones «propter rem».

No es éste el momento de estudiar esa teoría. Lo cierto es que, con frecuencia, se produce una zona oscura entre los derechos personales y los derechos de crédito, en la que es difícil fijar los límites propios de cada uno de aquéllos. Así opinan Valverde y otros escritores jurídicos pertenecientes a la Escuela Unitaria o sólo simpatizantes con ella.

Para aclarar esos contornos brumosos e indeterminados, cuya presencia es innegable, en numerosos casos algunos tratadistas modernos han pensado en someter a nuevo examen la vieja teoría medieval de Derecho Canónico, del «ius ad rem», a fin de tratar de descubrir un estrato intermedio entre las dos dimensiones del derecho patrimonial—una «vocatio»—entre el «ius in re» y la «obligatio», al objeto de encontrar, dice Castán, en el concepto del «ius ad rem» «solución racional a ciertos puntos o exigencias del moderno Derecho inmobiliario».

Sehling (21), con referenciá a la elección de Obispos, de acuerdo con el Concordato con Baviera, dice que, mediante la elección por el Cabildo, «el elegido adquiere un derecho a la cosa...». Y añade más adelante: «Sólo con la preconización por el Papa y después de recibir la Bula papal de confirmación, adquiere el Obispo el derecho real y la potestad de jurisdicción en su Diócesis».

Una vez practicado el análisis del derecho cuya naturaleza real se esté investigando, a base de los reactivos indicados en las precedentes definiciones, deben hallarse para poder fijar su configuración real, los siguientes elementos:

Que el señorío del sujeto activo del derecho, sobre la finca o derecho, sea inmediato, es decir que aquél pueda ejercitar sus facultades directamente, y que, por tanto, no exista persona intermedia, sujeta a dar o hacer algo, por obligación puramente personal.

Que esta facultad pueda ejercitarse directamente sobre la cosa, «cualquiera que sea su poseedor», como dice el art. 104 de la Ley Hipotecaria.

(21) *Derecho Canónico*, pág. 117.

Que, según ideas de Sánchez Román (22), el derecho real tiene que reaar sobre «una cosa específica y determinada», y no sobre una prestación, como entregar una cosa indicada genéricamente, impuesta como obligación a una persona determinada.

Que si aparece una persona a quien se imponga el deber de hacer algo, no sea como un «ius obligationis» que le sujete a él y a sus herederos por una convención, sino como una de las llamadas obligaciones «propter rem».

En resumen: Que el derecho contenga los siguientes elementos:

Inmediatividad o señorío directo sobre la cosa, y, por tanto, sin persona intermedia que se halle sujeta a obligación personal.

Exigibilidad «erga omnes». El derecho real impone a todos un deber de abstención, incluso al que en cualquier tiempo sea dueño de la cosa afecta a aquel derecho.

Los derechos reales requieren para su constitución la concurrencia de dos elementos básicos: el acto jurídico o convenio causal, esto es, el título que produce ciertamente una vocación al derecho real—«ius ad rem»—y el modo o tradición, acto de entrega de la cosa realizada por el «tradens» a favor del «accipiens».

Esta es, en derecho español, la teoría del título y el modo, condensada principalmente en el art. 609 del Código Civil.

La existencia de estos dos elementos esenciales constitutivos de los derechos reales permite obtener un medio de diferenciarlos de los derechos de crédito, ya que éstos reciben su energía solamente del acto jurídico o negocio obligacional. Pero la figura del «ius ad rem» forma una zona intermedia, como de penumbra, que reduce sensiblemente la precisión técnica del referido elemento de diferenciación.

En tanto que la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que la voluntad de las partes no puede configurar un derecho real, si la convención pactada no reúne los elementos propios de los derechos de la expresada naturaleza, según declara la citada Resolución de 1.º de marzo de 1939, el Tribunal Supremo ha entendido que las partes pueden acordar que los pactos estipulados tengan eficacia respecto de cualquier adquirente, y que todo lo que constituye una limitación o restricción en el poder de libre

(22) Obr. cit., pág. 9.

disposición, «tiene trascendencia real inmediata» (Sentencias de 25 de junio de 1945 y 27 de junio de 1955).

Las dificultades de crear o descubrir nuevas figuras de derechos reales por combinaciones inéditas de sus elementos constitutivos, son innegables, ya que esa materia ha sido objeto, desde el Derecho romano hasta nuestro tiempo, de las más profundas y continuadas investigaciones que han permitido configurar un crecido número de los expresados derechos, incorporados a los textos legales con denominación y estructura propias.

Pero es indudable también que no se ha agotado su número, como lo demuestra la existencia en nuestro derecho, del sistema del «*numerus apertus*» y la inserción en el Reglamento Hipotecario, de su artículo 7.º, que admite la posibilidad de construir nuevos derechos reales, con todas las características propias de su especie, «sin tener nombre propio en derecho».

La sentencia de 30 de noviembre de 1908 declaró que la facultad concedida a una persona de utilizar un balcón o ventana de la Plaza Mayor de una localidad para presenciar las fiestas que en la misma se celebren, es un gravamen comprendido en el artículo 531 del Código Civil.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo nos enseña, en consecuencia, que dicha figura, aunque comprendida genéricamente en las servidumbres personales, resulta específicamente un derecho real innominado.

De lo expuesto se deduce la conclusión de que cuando una convención o contrato no está comprendido en la lista de los derechos reales modelados por la ley, es una labor erizada de dificultades la de precisar si se trata de un negocio obligacional o si es de naturaleza intrínsecamente real; esto es, si el derecho es sólo exigible a una persona singularmente obligada y a sus herederos, o si surte sus efectos con trascendencia «*erga omnes*».

Porque, como queda dicho—conviene insistir en este extremo—, los particulares no pueden crear un derecho real innominado a base de atribuir a los pactos que articulen eficacia o energía real. Más adelante se relacionará la Resolución de 11 de abril de 1900, que lo declara así expresamente. Los derechos reales que quieran configurar los particulares y que no sean de los modelados por la ley,

tienen que ser, según sus elementos constitutivos, de dicha naturaleza.

Las sentencias de 25 de junio de 1945 y de 27 del mismo mes de 1955, anteriormente citadas, parecen, a primera vista, consagrar el principio de libertad de pactos de trascendencia real en aquellas convenciones en las que las partes quieran dar a sus estipulaciones efectos o eficacia «erga omnes». Sin embargo, una interpretación más profunda del contenido de las expresadas sentencias parece que permite llegar a la conclusión de que sólo se refieren a aquellos pactos en que se produzca una relación directa e inmediata de una persona a una cosa, o sea, precisamente, a los derechos reales innominados.

Se comprende perfectamente que el Registrador, ante tantas y tan importantes dificultades, se ha de sentir inclinado a formar un criterio restrictivo en cuanto a admitir la inscripción de derechos que no aparezcan claramente determinados. Pero también ha de pesar en su ánimo el riesgo de un posible error de calificación que cierre el acceso al Registro de la Propiedad a un derecho de naturaleza real por no haber conseguido hallar sus elementos constitutivos, ocultos bajo una superficie de aparente relación «inter partes».

El artículo 9.º del Reglamento de la Ley Hipotecaria, de que también se ha hecho mención en estas notas, contiene una declaración de carácter negativo que constituye una interpretación auténtica, al enumerar ciertas relaciones jurídicas que no son derechos reales.

«No son inscribibles—dice el artículo—la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualesquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la ley.»

En el artículo que acaba de citarse, además de la declaración de orden interpretativo de que se ha hecho referencia, se contiene una vía, si bien indirecta, de acceso al Registro de los de-

rechos personales: la de dar a un pacto o estipulación el carácter de condición resolutoria o rescisoria expresas, dotadas de los resortes necesarios para el juego del mecanismo de la condición, por este medio constará en los folios registrales una reserva autenticada que tendrá trascendencia «erga omnes». Claro es que lo que se inscribe es la reserva autenticada o condición resolutoria, pero entre ésta y el derecho personal—o más bien la acción personal—hay una estrecha conexión que, desde el punto de vista del Registro, no admite separación.

Un caso particular de esta teoría es el que, en cuanto a los precios aplazados, contempla el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la garantía real para asegurar el cumplimiento de derechos obligacionales o la toma de anotación preventiva, cuando proceda, de conformidad con el art. 42 de la Ley Hipotecaria, a que se refiere el artículo 9.º de su Reglamento, cuyo precepto se está examinando, son materias que están fuera de los límites de este boceto de estudio.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado numerosas Resoluciones en que se declara la naturaleza obligacional de ciertas relaciones jurídicas, que, en consecuencia, quedan fijadas como convenciones con efectos solamente «inter partes».

Pueden citarse como las más interesantes, las siguientes:

La obligación impuesta por el donante, de que el donatario debe suministrarle alimentos. (Resolución de 3 de diciembre de 1892.)

La promesa de venta de un predio arrendado, una vez cumplida por los colonos determinada condición, no transfiere derecho real alguno con respecto a la misma. (Resolución de 5 de septiembre de 1893.)

La doctrina del «numerus apertus» no autoriza la constitución de cualquiera relación jurídica con el carácter y efectos de un derecho real. (Resolución de 11 de abril de 1900.)

La promesa de venta no tiene trascendencia hipotecaria alguna y no puede originar obstáculo para la inscripción de la venta posterior, otorgada por quien, según el Registro, aparece con derecho para ello. (Resolución de 21 de septiembre de 1908.)

La obligación de no utilizar la energía eléctrica producida por un salto de agua para el suministro de luz a una población, no

presenta las características de un derecho real. (Resolución de 23 de mayo de 1910.)

La obligación de no arrendar la energía eléctrica que desarrolla un salto de agua para alumbrado, más que a cierta persona, no presenta tampoco los caracteres de un derecho real. (La misma Resolución.)

Es un derecho personal, según se deduce de los mismos términos del pacto, el de que el adquirente de una finca se obliga a no venderla, gravarla ni permutarla sin previo aviso al vendedor, únicamente por acta notarial y transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha del aviso. (Resolución de 20 de marzo de 1911.)

Los principios hipotecarios no entran en juego cuando se trata de meros compromisos no autenticados, como es la obligación contraída por un comprador de otorgar escritura de censo sobre bienes dados en dicha modalidad por el vendedor verbalmente a varias personas, porque la venta no se realiza partiendo de la base de un derecho real preexistente, sino de obligaciones personales. (Resolución de 21 de julio de 1920.)

No es derecho real la limitación aceptada por los adquirentes de un terreno en que ha de construirse un edificio, de destinarlo a determinados usos industriales. (Resolución de 23 de noviembre de 1934.)

La obligación de formalizar un contrato de cesión de un inmueble no es un derecho real. (Resolución de 27 de marzo de 1947.)

La cláusula que establece que «es condición de un contrato que el edificio o edificios que se construyan en la finca vendida habrán de ser destinados a Seminario diocesano o a una institución docente del mismo carácter, es una obligación personal, porque dicha cláusula no contiene una verdadera condición resolutoria ni por ella se constituye un derecho real». (Resolución de 6 de junio de 1949.)

No es derecho real el que tiene el pensionista en el contrato de renta vitalicia a cambio de entrega de bienes, como se deduce del artículo 1.805 del Código Civil, excepto cuando el pago se asegura con hipoteca. (Resoluciones de 1 de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943 y 31 de mayo de 1951.)

En todos los casos expuestos, la doctrina del Centro Directivo

se pronuncia en el sentido de que no existe una relación inmediata entre el sujeto activo y la cosa, sino que, entre aquél y ésta aparece interpuesto un sujeto pasivo personal y directamente obligado, lo cual deja determinada su naturaleza de derecho de crédito.

Pero no cabe desconocer que, en varios de los casos examinados, aparece esa zona brumosa, de perfiles no exactamente fijados, existente entre los derechos reales y los derechos de obligación y que constituye la incógnita de los problemas que la Dirección ha dejado resueltos en cada uno de los casos examinados.

En cuanto a la constitución de renta vitalicia a cambio de entrega de bienes, una interpretación literal del texto del artículo 1.805 del Código Civil determina su carácter de derecho obligacional, ya que declara que la falta de pago de las pensiones vencidas «no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a volver a entrar en la posesión del predio enajenado». El citado artículo sólo concede al perceptor de la renta el derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

El Derecho anterior al Código Civil, dice Castán (23) «venía confundiendo la renta con el censo vitalicio». El artículo 1.805 de referencia ha establecido la importante diferencia—entre otras que existen entre ambas figuras—de que en el censo vitalicio el rentista tiene un derecho real sobre la finca gravada, y, por tanto, exigible a todos los posteriores adquirentes de aquélla, mientras que el contrato de renta vitalicia es un derecho de crédito.

En un contrato de esta clase—según la citada Resolución de 31 de mayo de 1951—, «a pesar del principio de autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil y del sistema de «*numerus apertus*», que inspira nuestra legislación», no cabe la condición resolutoria y consiguiente reversión de la finca al titular de la renta.

Respecto de las condiciones resolutorias que pueden producir el efecto de conseguir que un derecho personal pueda quedar protegido por las defensas del Registro de la Propiedad, excluido el caso concreto de la constitución de renta vitalicia, con entrega de bienes, caso ya resuelto por la Resolución que acaba de citarse, es

(23). *Derecho Civil*, t. IV, pág. 650.

necesario que la condición resolutoria pactada en un derecho personal sea «explicita», como dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, esto es, que exprese de una manera clara la naturaleza, extensión y alcance de la condición resolutoria convenida.

A veces, por un error de técnica jurídica, se emplea la palabra condición como sinónimo de pacto o cláusula de un contrato. Por ejemplo, cuando en un contrato de suministros o de obras, se dice: «condiciones facultativas y económico administrativas», de la misma forma que el término carga no expresa siempre su exacto sentido de gravamen real o dominio limitado, sino la idea de estipulación o parte de un convenio. Véase la última parte del artículo 1.802 del Código Civil, en que, según la doctrina, no resulta antinomia alguna con el artículo 1.805 del mismo cuerpo legal.

La condición resolutoria, como hecho futuro e incierto, del cual depende la extinción de un contrato, debe pactarse de forma que resulte indubitadamente la intención de las partes de que surta los efectos de tal condición y en el contexto de ella deberá contenerse, como dice el artículo 56 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, la expresión del hecho futuro e incierto en que consista la condición y las circunstancias que deben concurrir para que pueda considerarse cumplida.

El cumplimiento de la condición resolutoria es una transferencia de retorno del derecho al transferente titular de la misma. Y, desde el punto de vista de la técnica registral—según la Resolución de 18 de enero de 1945—, es una cancelación que pone en concordancia el contenido del Registro con la realidad jurídica extraregistral.

En el sistema del «*numerus apertus*» hay un acentuado acatamiento del legislador a la autonomía de la voluntad. Este respeto a la libertad de formas contractuales produce, como contrapartida, el problema de la investigación de cuáles sean los derechos de naturaleza intrínsecamente real, aunque sin tener nombre propio en Derecho y aquellos otros a los cuales las partes han tenido intención de dotar de efectos reales, o al menos, de energía respecto de los sucesivos adquirentes, pero que, no obstante la voluntad de los contratantes, sólo son negocios obligacionales por no reunir las circunstancias constitutivas de los derechos reales.

Por ello y porque las numerosas combinaciones de esos ele-

mentos de naturaleza real han producido una lista de derechos modelados por la ley, y analizados por el Derecho científico y la Jurisprudencia de tanta extensión que dificulta mucho la invención de otros nuevos derechos reales, se observa hoy una cierta tendencia a reconocer las ventajas y la superioridad técnica del sistema del «*numerus clausus*».

La doctrina de la Resolución de 21 de diciembre de 1943, admite en cuanto a dicho extremo que, no obstante la teoría del «*numerus apertus*» y su indudable influencia en el ámbito del Derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación opuesta del «*numerus clausus*» que ofrece las indudables ventajas de facilitar la misión calificadora del Registrador, facilita el estudio de los terceros adquirentes—porque las cargas reales se identifican inmediatamente por su estructura institucional—y evita la creación de ciertos derechos de naturaleza ambigua.

La Dirección General de los Registros, en noventa y cinco años de labor, ha formulado una extensa y reiterada doctrina, articulada en numerosas Resoluciones—varias de las cuales han sido mencionadas en estas notas—y en aquéllas se ofrece la solución de una considerable cantidad de problemas relacionados con esos «derechos de naturaleza ambigua» a que se refiere la Resolución de 21 de diciembre de 1943, citada en el párrafo inmediato anterior, derechos que, a veces, se perfilan formando una zona intermedia entre los derechos reales elaborados por los particulares, acogiéndose al sistema del «*numerus apertus*» y los negocios obligacionales en que las partes ponen de manifiesto su voluntad de dotarles de efectos reales.

Cuando al practicar el análisis de la validez de las estipulaciones de un contrato, o sea de sus circunstancias intrínsecas, con los reactivos que ofrecen el Derecho científico y la Jurisprudencia, aparece una relación inmediata entre el titular del derecho en el contrato constituido y la cosa sobre que recae y, como indeclinable consecuencia de la lógica jurídica, una energía real que le dota de efectos frente a los posteriores adquirentes, queda comprobada su naturaleza de derecho real.

Pero hay casos en que la presencia de un sujeto pasivo intermedio, ligado con una obligación que recae sobre la cosa, puede suscitar la duda de si se halla personalmente obligado o de si ac-

túa—según una gráfica expresión empleada por algún autor—como «representante» de la cosa, en cuyo supuesto, sería la cosa misma la que estaría sujeta, cualquiera que fuese su propietario, lo cual pondría al investigador frente a un derecho de naturaleza real, que, si no existieren otros obstáculos provenientes del título mismo o del historial registral de la finca, tendría acceso al Registro.

La incógnita del problema sigue, por tanto, sin descifrar. Su solución será la aceptación, en una futura reforma legislativa, del sistema del «*numerus clausus*».

En conclusión. No obstante la cuidadosa labor de los Registradores y el criterio restrictivo con que han de investigar la posible existencia de un derecho de crédito con apariencia externa de derecho real, es muy probable que consigan infiltrarse en el Registro de la Propiedad, al través de las barreras de la Legislación la Jurisprudencia y la calificación registral, cierto número de derechos obligacionales y que la fórmula del artículo 98 de la Ley Hipotecaria tenga sobradas ocasiones de entrar en juego.

Y es que los conceptos que concibe el Derecho científico con un rigor lógico de exactitud casi matemática, pierden una parte de su precisión abstracta, cuando establecen contacto con las innumerables facetas, matices, problemas, necesidades y aspectos de las realidades económicas y jurídicas de la vida social.

JESÚS ACEDO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

INSCRITA UNA ESCRITURA DE INVENTARIO Y RELACIÓN DE BIENES, PUEDE INSCRIBIRSE DESPUÉS—PUESTO QUE DE LOS TÉRMINOS QUE APARECE REDACTADA Y DEL REGISTRO SE DESPRENDE QUE LO INSCRITO FUÉ, POR SEXTAS PARTES, EL DERECHO HEREDITARIO—LA DE PARTICIÓN DE HERENCIA OTORGADA POR EL CONTADOR.

PARA TRANSMITIR UNA VENA DE AGUA QUE CONSTITUYE EN EL REGISTRO FINCA INDEPENDIENTE, NO DEBE EXIGIRSE LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA EN DONDE NACE AQUÉLLA.

AUN CUANDO LOS CONTADORES DEBAN CUMPLIR SU ENCARGO EN EL PLAZO DE UN AÑO, A PARTIR DEL REQUERIMIENTO QUE LES HICIEREN LOS HEREDEROS, SI ANTES NO LO HUBIERAN REALIZADO, COMO NO SE HA JUSTIFICADO QUE LES HAYA SIDO HECHO, DEBE ESTIMARSE CUMPLIDA SU FUNCIÓN DENTRO DEL PLAZO LEGAL.

NO DEBE ENTENDERSE INFRINGIDA LA EXIGENCIA LEGAL DE QUE SE OBSERVE EN LA PARTICIÓN LA POSIBLE IGUALDAD Y SE ADJUDIQUEN A LOS HEREDEROS COSAS DE LA MISMA NATURALEZA Y CALIDAD, POR NO HABERSE SEGUIDO EN LA DETERMINACIÓN DE LOS LOTES LA FORMA USUAL, YA QUE ÉSTA NO LE VINCULA Y RESULTA DEL DOCUMENTO QUE SE ADJU-

DICARON A LOS HEREDEROS CLARA Y TERMINANTEMENTE TODOS LOS BIENES DEL DIFUNTO.

Resolución de 3 de febrero de 1959 («B. O del E.» de 17 de febrero.)

Don B. falleció en Barcelona el 14 de enero de 1900, bajo testamento abierto, en el que legó a su hermana, doña S., y cuñado, don J. el usufructo de todos sus bienes, que en caso de fallecimiento de uno de ellos se extendería a la totalidad en el sobreviviente, autorizando a ambos para que, con el carácter de albaceas liquidadores, contadores y partidores, pudieran vender, gravar, y de cualquier modo enajenar los bienes de la herencia, ya para el pago de legados, ya para otro concepto, queriendo que los actos que practiquen sean tenidos en todo tiempo por firmes y estables, a cuyo efecto les confirió todas las facultades necesarias en derecho, sin que se admita reclamación alguna por parte de los herederos o de otra persona; nombró herederos a don J., don B, don A, doña J. y don J. y demás nacidos o póstumos que dejara su dicha hermana doña S.; mediante escritura de principio y conclusión de inventario otorgadas el 12 de febrero y 14 de marzo de 1900, los usufructuarios, liquidadores y contadores partidores, ostentando además el padre de los herederos, todos menores de edad, su representación, describieron para su inscripción registral los bienes de la herencia, la que se llevó a cabo con indicación de los usufructuarios y nudo propietarios proindiviso en los Registros de la Propiedad de Barcelona y Granollers; con posterioridad fueron vendidos por los albaceas, en uso de sus facultades, algunas fincas, que se inscribieron en el Registro de la Propiedad de Barcelona; doña S. falleció el 23 de noviembre de 1937; por incendio del Registro de Granollers se reinscribieron en él las fincas comprendidas en su circunscripción, haciéndose constar por acta que se acompañó a los oportunos documentos que doña S. había tenido, después del testamento de su hermano, un hijo, llamado A., y en escritura otorgada en Barcelona el 30 de julio de 1945 ante el Notario don Benedicto Blázquez Jiménez, el albacea contador partidor sobreviviente, don J., describió los bienes que quedaban, explicó lo procedente respecto a inversión de dinero

para conservación de finca en pago de legados y otras atenciones (reparaciones, mejoras, pleitos, etc.), y por último, dividió entre los hijos herederos nudo propietario los bienes de la herencia.

Presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Granollers, causó la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por observar el defecto insubsanable de que bajo las citas de inscripción continuadas a la descripción de las fincas radicadas en este distrito y por virtud de las escrituras de principio y conclusión de inventario, referidas en el antecedente quinto de aquél, en las que los consortes don J. y doña S, como usufructuarios, el marido, además, en representación de los hijos comunes no emancipados, describieron para su inscripción los bienes de la herencia, figura inscrita la nuda propiedad de tales fincas por partes iguales a título de herencia a favor de los aludidos hijos, que lo son, según designación nominativa, don J., B., A., J. y A. La pretendida inscripción de las aguas, apartado B), primero plantea como cuestión preliminar la de su identificación, ya que consta, como en la previa, la descripción de la finca en que nace. Omisión que se reputa como defecto subsanable. Para el supuesto de revocación de la precedente nota se observan como defectos insubsanables: primero, la misión del contador según el testamento es la de paralizar el juicio de testamentaria, que no consta haberse iniciado; segundo, el acta de notoriedad—antecedente tercero—no es título adecuado por ser privativo del Registro Civil, para acreditar las relaciones de paternidad y filiación entre los nombrados consortes y su llamado hijo don A. Admitido tal instrumento como bastante a esos fines y probado que aquél no era concebido ni nacido al deferirse la herencia, ni está llamado por vía de fideicomiso ni es heredero; tercero, el contador no formó lotes ni alegó la imposibilidad de hacerlos. Como defecto subsanable se observa el no resultar probado cuando se requirió al contador para su actuación, instante en el que empieza el cómputo de plazo. Se han tenido en cuenta certificaciones de defunción y de antecedentes sobre existencia de testamento, referidas al causante, y la copia del otorgado por éste, referida en el antecedente primero.

Interpuesto recurso, y habida cuenta de haber desistido el Registrador de uno de los defectos de su calificación, la Dirección

ratifica el Auto del Presidente de la Audiencia, que revocó aquélla, en méritos de la doctrina siguiente:

Que, dados los términos en que aparecen redactados la escritura de inventario y relación de bienes y los asientos del Registro, es forzoso estimar que tan sólo figura inscrito el derecho hereditario sobre las fincas del causante, puesto que no se adjudican bienes concretos ni cuotas o partes indivisas de los mismos, y únicamente se hace constar que los inmuebles forman parte de la herencia, y, por tanto, es erróneo tratar de impedir que al amparo de lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 de su Reglamento se proceda a inscribir la escritura de división y adjudicación de herencia, en virtud de la cual se transforma el derecho abstracto de los interesados en las correspondientes participaciones concretas.

Que el artículo 71 del Reglamento Hipotecario autoriza que las aguas de dominio privado puedan tener acceso al Registro como cualidad de una finca o como entidad independiente, con la consideración de bienes inmuebles, según el número 8. del artículo 334 del Código Civil, en cuyo supuesto deberán describirse con las circunstancias prescritas en el párrafo 1.º, que aparecen cumplidas en la detallada descripción hecha en el título, que reproduce la que consta en las inscripciones practicadas anteriormente, sin que deba exigirse la descripción de la finca en donde nacen las aguas, suficientemente determinadas, puesto que ya figura en la inscripción primera, y además no aparece exigida por el artículo 71.

Que el causante en su testamento confirió amplísimas facultades a los albaceas, a los que nombró igualmente liquidadores y contadores partidores de su herencia, en la que prohibió toda intervención judicial, con lo cual atribuye a los nombrados más que la misión de paralizar el juicio de testamentaria, la de procurar evitarlo, por la división y adjudicación de los bienes, y aun cuando los contadores deban cumplir su encargo en el plazo de un año a partir del requerimiento que les hicieren los herederos, si antes no lo hubieren realizado, como no se ha justificado que les haya sido hecho, debe estimarse cumplida su función dentro del plazo legal.

Por último, que la exigencia legal de que se observe en la partición la posible igualdad y se adjudiquen a los coherederos cosas de la misma naturaleza y calidad, no debe entenderse infringida porque en la determinación de los lotes no se haya seguido la forma usual, puesto que ésta no vincula al contador, el cual puede realizar las operaciones necesarias para distribuir el haber partible como lo verificó en el documento calificado, en el que se adjudican a los seis hijos clara y terminantemente todos los bienes del difunto.

* * *

Dos observaciones tan sólo respecto a la Resolución que antecede.

La primera se desprende de la nota del Registrador en cuanto al primer defecto que consignara, ya que si, según la misma, «la nuda propiedad de las fincas resultaba inscrita por partes iguales a título de herencia a favor de los hijos, que lo son, según designación nominativa»... (seis), por virtud de las escrituras de principio y conclusión de inventario, parece no tan forzoso estimar, como dice nuestro Ilustrado Centro, y señaló en su excelente informe el Notario autorizante, que tan sólo figura inscrito el derecho hereditario sobre las fincas del causante, sino que también puede deducirse que aparecen registradas cuotas o partes indivisas de aquéllas.

Hay que tener en cuenta que el Registro de Granollers fué destruido y que el Registrador en su informe expresó «que los términos de la inscripción vigente, reproducidos literalmente en la nota y la certificación del Registro unida al expediente, prueban cumplidamente que se trata de la inscripción de nuda propiedad en partes iguales, indivisas, no del *derecho hereditario*».

Pero la Dirección interpreta que es éste el que se halla inscrito, «dados los términos en que aparecen redactadas la escritura de inventario y relación de bienes y los asientos del Registro».

La segunda observación hace referencia al plazo del cumplimiento de su misión por los contadores partidores de herencia. Dictada la presente Resolución para el derecho catalán, donde, como dijo el mismo Registrador, el plazo del contador-partidor empieza a correr del día en que se le invita para el desempeño de

su cometido, y habida cuenta, además, que como hiciera observar el aludido Notario autorizante, la expresión «en todo tiempo», empleada en su testamento por el causante respecto a los actos que los mismos realicen, los hace eficaces en cualquiera que se hagan, y así, por tanto, el de Partición, el tercer Considerando copiado es impecable, toda vez que, como el mismo dice—*in fine*—, no se ha justificado que por los herederos se les hiciera el requerimiento.

Sin embargo, estimamos prudente no desorientarse con esta doctrina que deja intacta la de nuestro Centro respecto al derecho común, como lo prueba la omisión en sus Vistos de las Resoluciones de 28 de abril de 1945 y 12 de abril de 1951, que se refieren expresamente a la materia, sobre la que, juntamente, debe consultarse el acertado estudio de Ventura «Partición por contador-partidor testamentario: su plazo», en estas páginas, 598 y siguientes, año 1951.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD.—POR VIRTUD DEL MISMO ES INSCRIBIBLE EN SU TOTALIDAD LA ESCRITURA DE VENTA DE DOS CASAS PRESENTADA AL REGISTRO CON ANTERIORIDAD AL MANDAMIENTO JUDICIAL ORDENATORIO DE PROHIBICIÓN DE DISPONER DE UNA TERCERA PARTE INDIVISA DE LOS INMUEBLES VENDIDOS, Y CUYO MANDAMIENTO SE PRESENTÓ, A SU VEZ, ANTES DE INSCRIBIRSE LA ESCRITURA POR HABERSE RETIRADO ÉSTA PARA PAGAR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, AUNQUE DEVUELTA EN TIEMPO HÁBIL, O SEA, DENTRO DE LA VIGENCIA DE SU RESPECTIVO ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

POR OTRA PARTE LA ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR NO IMPIDE, CONFORME SE DEDUCE DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y DE REITERADA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS, CRISTALIZADA EN EL ARTÍCULO 145 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, QUE PUEDAN INSCRIBIRSE AQUELLAS TRANSFERENCIAS Y GRAVÁMENES CONSTITUIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ANOTACIÓN.

Resolución de 7 de febrero de 1959 («B. O. del E.» de 23 de igual mes y año).

En el Registro de la Propiedad del Norte de Barcelona figuraban inscritas a favor de don Pedro Pascual Ferrer dos fincas urbanas,

señaladas con los números 517 y 519 de la calle de Córcega, de dicha capital, que el titular había comprado a don Joaquín Martín Royo; mediante escritura autorizada en 26 de mayo de 1928 por el Notario don Manuel Pineda; el vendedor demandó al comprador para que se declarase ineficaz e inexistente la venta; y la demanda formulada prevaleció en ambas instancias por sentencias dictadas el 5 de septiembre de 1942 y el 21 de abril de 1943, e interpuesto recurso de casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo lo desestimó el 22 de febrero de 1946.

En 2 de mayo de 1946, don Joaquín Martín Royo, su esposa doña Justa Navarro Plou y don Juan Reverter Matamoros, otorgaron, ante el Notario de Barcelona, don Mariano Torrecilla Martí, una escritura de «constitución de renta vitalicia y de renuncia de derecho expectante de viudedad», por lo cual el primero de los comparecientes transmitió al tercero las dos aludidas fincas «con los gravámenes que tenga según el Registro de la Propiedad y que estén vigentes, y además, con la carga de que el señor Reverter abone al señor Martí durante la vida de éste, la pensión anual de 4.800 pesetas, y que cuando fallezca el transferente, siga el señor Reverter abonando la totalidad de la pensión a la compareciente doña Justa Navarro durante la vida de ésta». Presentada primera copia de la escritura en el Registro de la Propiedad del Norte de Barcelona, el día siguiente a su otorgamiento, o sea el 3 de mayo de 1946, fué retirada para el pago del Impuesto de Derechos reales.

Durante la vigencia del asiento de presentación, el Juzgado de Primera Instancia, número 11 de Barcelona, dirigió un mandamiento al citado Registro el día 23 de mayo de 1946, en el cual se testimonió la providencia de la misma fecha, ordenando, como consecuencia de la ejecutoria dimanante del referido pleito, la cancelación de las inscripciones extendidas a favor de don Pedro Pascual Ferrer y, además, que se anotase preventivamente la prohibición de vender, gravar u obligar la tercera parte de los inmuebles objeto de litigio con objeto de que pueda aplicarse al pago de las costas causadas por el demandante con arreglo a lo establecido en el artículo 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el mandamiento fué presentado en el Registro el mismo día de su fecha, practicándose las cancelaciones y anotaciones el 11 de junio

siguiente, y figurando de nuevo inscritas las dos fincas a favor de don Joaquín Martín Royo.

El 8 de julio del mismo año, en vigor aún el asiento de presentación de la escritura, retirada a efectos fiscales, fué devuelta al Registro con las correspondientes notas extendidas el mismo día 8 por la Oficina Liquidadora de Derechos reales por los conceptos de cesiones y pensiones, y se puso a continuación del documento la siguiente calificación: «Inscrito el precedente documento, pero sólo en cuanto a dos terceras partes indivisas de las fincas, en donde indican los cajetines puestos al margen de la descripción de cada una de las fincas que comprende, y se deniega la inscripción de la restante tercera parte indivisa de las propias fincas, de acuerdo con las respectivas anotaciones preventivas, letra B, que es de prohibición absoluta de vender, gravar ni obligar dicha tercera parte indivisa de las dos citadas fincas. Barcelona, 16 de julio de 1946.»

Interpuesto recurso, la Dirección revoca el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que la cuestión planteada en este recurso consiste en dilucidar si será inscribible una escritura de venta de dos casas y constitución de renta vitalicia, autorizada y presentada en el Registro con anterioridad al mandamiento judicial que ordenó la prohibición de disponer de una tercera parte indivisa de los inmuebles vendidos.

Que el principio de prioridad que aparece recogido en los artículos 17, 24 y 25, entre otros, de la Ley Hipotecaria, y por virtud del cual el título que primero ingresa en el Registro obtiene preferencia respecto de los posteriores, aun cuando no se halla suficientemente regulado, exige, lógicamente desarrollado, que los documentos presentados sean despachados por el orden de presentación en el Diario, si bien los Registradores al calificar deberán tener en cuenta todos los documentos presentados y los asientos en vigor a fin de cumplir rectamente su función.

Que, según resulta del expediente, el día 3 de mayo de 1946 fué presentada en el Registro la escritura otorgada el día ante-

rior, por la que don Joaquín Martín Royo vendió a don Juan Reverter Matamoros el pleno dominio de dos fincas, y se estipuló en favor del primero y de su esposa una renta vitalicia de 4.800 pesetas anuales, escritura que fué retirada con el fin de satisfacer el Impuesto de Derechos reales y presentada de nuevo dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, habiendo ingresado mientras tanto un mandamiento judicial que ordenó en primer lugar la cancelación de las inscripciones practicadas a favor del otro titular registral, cuyo despacho inmediato por el Registrador removió el obstáculo que impedía la inscripción de la escritura.

Que, según dispone el artículo 24 de la ley, se estimará como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación, y como la extensión de éste asiento no permite que pueda inscribirse o anotarse ningún otro título que se le oponga o sea incompatible por el que se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble, es forzoso concluir que debe ser inscrita la expresada escritura en cuanto a la totalidad del dominio de los inmuebles vendidos, sin limitarla a sólo las dos terceras partes, puesto que ningún obstáculo se oponía a ello, una vez cumplida *la primera de las disposiciones* contenidas en el mandamiento judicial de referencia.

Que la anotación de prohibición de enajenar establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y de reiterada doctrina de este Centro, cristalizada en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos.

* * *

Dando por reproducido el 2.º de los Considerandos copiados que ratifica lo ya expresado en 22 de octubre de 1952 por nuestro

Ilustre Centro, de haber de tenerse en cuenta por los Registradores al calificar, en cuanto al principio básico de prioridad, todos los documentos pendientes de despacho, *aun presentados posteriormente*, creemos oportuno transcribir los razonamientos del implicado en el recurso al decir «que el señor Reverter no es *tercero*, sino *parte*, calificación sólo atribuible al señor Ferrer, por lo cual fué precisa una sentencia judicial para desalojarle de su puesto preferente, pues sin ella no se hubiera restablecido el tracto registral del que deriva su derecho dicho señor Reverter, que por lo mismo no puede pedir el cumplimiento parcial del mandamiento, ya que conocía las normas judiciales sobre tasación de costas y no puede estimarse tercero protegido, por lo que y a virtud del artículo 37 de la Ley Hipotecaria que permite el ejercicio de acciones rescisorias y resolutorias contra adquirentes en fraude de acreedores, se habría creado en el Registro, de inscribir como libres las fincas, una situación sensible a tales acciones...

Dice Angel Sanz, que en el supuesto del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, los actos dispositivos han debido ser realizados precisamente por quien era titular al tiempo de otorgarse.

Por otra parte, como afirma Lacruz, no tiene la condición de *tercero* el adquirente cuya personalidad se identifica material o formalmente con la del transmitente no legitimado.

La Ley Hipotecaria—añade—nada dice sobre este asunto, pero el propio término *tercero* da a entender con suficiente claridad que ha de haber una separación absoluta entre la personalidad del protegido y la de su *auctor*. En otro caso, fallan las razones para la actuación de los artículos 32, 34, etc., los cuales están dirigidos a la protección del tráfico, y, por tanto, operan cuando un adquirente se contrapone como tercero al titular real que reclama.

Ciertamente que no podemos decir sea éste con exactitud el caso contemplado. Pero sí que sus analogías con lo expuesto por los citados autores son patentes.

Fijémosnos que en el momento de otorgarse la escritura entre los esposos Martín Royo y el señor Reverter, el marido, don Joaquín Martín, no estaba *legitimado registralmente*, supuesto para muchos esencial para el juego de éste poco regulado principio de prioridad, y que cuando nace o se restablece—como se quiera—su derecho es a consecuencia del mandamiento en el que juntamente

se ordenan la cancelación de las inscripciones del señor Pascual Ferrer y la prohibición de disponer de la tercera parte de los inmuebles.

Adquirente y transmitente intermedio—el señor Reverter—se identifican totalmente por virtud del mandamiento—sin el que, como dice el Registrador, no se hubiera restablecido el tracto—a todos los efectos de la protección del tráfico (1).

En el proyecto de reforma del año 1944, se intentó proclamar el principio de prioridad del siguiente modo: «La preferencia excluyente o de mejor rango, entre derechos de posible registración sobre una misma finca o derecho, se determinará por la prioridad de su ingreso en el Registro, cualquiera que sea la fecha de su constitución.»

Dice Ruiz Martínez, que no hubiera estado de más añadir, «siempre que se derive de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo». Pero, agrega, a la misma conclusión se llega con sólo tener en cuenta el artículo 32, pues el título no inscrito no puede perjudicar a tercero.

Por ello y otras muy atendibles razones, es de parecer este autor que debería otorgarse una mayor autonomía a los Registradores en la aplicación de este llamado «principio de prioridad», lo cual, sin aludir expresamente a ello, se pone de relieve por el citado Angel Sanz, cuando comparando la diversa actuación de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, rechaza el criterio de la mayoría de los tratadistas de la materia de ser el 17 totalmente inútil por hallarse absorbido por el 20.

Ahora bien: según dijimos—página 375 de esta Revista, año 1953—en nuestra nota a la citada Resolución 22-X-1952, ¿cómo interpretar la frase que aparece en la misma: «no despachar el título posterior contradictorio hasta que se hubiesen agotado todos los efectos de la calificación del título anterior», frase que, repitiendo otra de la misma Resolución, se reitera—indirectamen-

(1) Claro es que si en lugar de un solo mandamiento hubieran sido dos los presentados, ordenando en uno, en el primero, la cancelación de las inscripciones del señor Pascual Ferrer, y en el otro, en el segundo, la prohibición de vender, gravar u obligar la tercera parte de los inmuebles, al desconectar más evidentemente los negocios comprendidos en el único presentado, acaso nada se hubiese cuestionado.

Por ello, la glosa a esta decisión de nuestro Ilustrado Centro tiene más un sentido de sugerencias que de crítica a su contenido.

te—al decirse que el principio de prioridad, exige, lógicamente desarrollado, que los documentos presentados sean despachados por el orden de presentación en el Diario?

Por lo mismo expresábamos nuestra duda respecto a la adopción plena por nuestro Ilustrado Centro de la doctrina que Ruiz Martínez sustentaba.

Para Roca, el artículo 17 tiene un simple carácter de norma formal o registral. Por ello debería figurar este precepto en el título IX de la ley, relativo al modo de llevar los Registros. Y esto incluso—añade—respecto al párrafo segundo del mismo, el cual debería expresar la obligación del Registrador de despachar los títulos relativos a una misma finca o derecho, por el orden riguroso de presentación en el Registro.

Y es que es claro, Roca, como nuestro Centro, da, en una interpretación literal del párrafo 2.º del artículo 17, al asiento de presentación la fuerza que se deriva de los 24 y 25.

Todo esto puede, sin embargo, complicarlo el artículo 103 del Reglamento, desde el momento de dar carácter de defecto subsanable a la alegación en el documento presentado por la persona que otorgue el acto o contrato de ser causahabiente del titular inscrito.

Como dice finamente Lacruz Berdejo, la calidad de defecto subsanable o insubsanable de la falta de previa inscripción por el otorgante, no depende simplemente de que se haga la alegación prevista en el artículo 103 citado, sino, además, de que esta alegación sea exacta al menos en el momento de ser contradicha.

Por ejemplo—aduce—: *Secundus* vende a *Quartus* la finca de *Primus*, alegando falsamente en el título—que presenta al Registro—ser causahabiente de éste. Con arreglo al artículo 103 R. H., se toma la correspondiente anotación preventiva. Luego *Primus* vende a *Tertius* su finca, y más tarde vuelve a venderla a *Secundus*. A mi entender—escribe Lacruz—, *Secundus* no es causahabiente de *Primus* hasta que inscriba su título, puesto que *Tertius* ha adquirido antes. Si su título se presenta después del de *Tertius*, es definitivamente ineficaz y no debe pasar al libro de inscripciones, pues la anotación de *Quartus* supone una reserva de prioridad exclusivamente para títulos válidos, es decir, evita que pierdan su

validez, pero no es un medio de dar vida a títulos que nacieron sin ella.

O sea—decimos nosotros—volvemos al punto de partida de esta nota que nos conduce—por culpa o dicha de ese artículo 103 reglamentario—a la llamada teoría de la *convalecencia* o *confirmación* (rechazada por nuestra primitiva Ley Hipotecaria, artículo 129 de la misma), en consecuencia de la cual—como afirma Roca—sólo se exige que para inscribir un acto dispositivo—*no para otorgarlo*—figure practicada la previa inscripción a favor del disponente.

Pero si estimamos que nuestro Derecho es más próximo en el sistema de protección del adquirente de los alemán y suizo, para los que el dato objetivo de la preexistencia de una inscripción lo es todo, forzosamente hemos de poner en tela de juicio esta doctrina de la convalecencia y su exponente artículo 103 reglamentario, del que ya ha tiempo dijimos habíamos de ocuparnos.

Finalmente, hemos de recordar la importante Resolución de 3 de marzo de 1953, por su conexión con cuanto precedentemente queda expuesto (véase esta Revista, dicho año, págs. 814 y siguientes).

Esta *conexión* a que aludimos no quiere decir, sin embargo, identidad de supuestos.

En cambio de impresiones que hemos mantenido con el recurrente en aquella Resolución, el ilustre Notario de Madrid, don Benedicto Blázquez y Jiménez, el mismo, en forma escueta nos presentaba así el problema:

1.º HECHOS.— La escritura de venta (pendiente de ratificación por uno de los compradores) *se presentó* en el Registro: al poco tiempo *se tomó* anotación preventiva de suspensión de embargo (contra el vendedor); y antes de terminar el plazo de vigencia del asiento de presentación de la escritura *se aportó* al Registro la escritura de ratificación (por el comprador).

2.º SITUACIÓN LEGAL.—*Primer momento*: El artículo 1.259 establece que el contrato será nulo *a no ser que se ratifique* (oportunamente): con ese escueto precepto tendríamos que el contrato *no es nulo*, puesto que *fué* ratificado (incluso antes de *expirar el plazo de vigencia* del asiento de presentación): por tradición (se-

gún reconoció el Registrador) la escritura de ratificación ni siquiera se «presenta» en el Registro: es rama del tronco de la compra misma, y, por tanto, sólo se «presenta» la escritura de compra: así la ratificación tiene efecto retroactivo: lo que se ratifica es *aquel contrato* (la compra). *Segundo momento*: Parece fuerte cosa lo del efecto retroactivo *pleno*: entran las dudas y en los Códigos se recoge la eficacia de la ratificación, sí, pero *sin perjuicio* de los derechos adquiridos en el intervalo (entre otros Códigos, el italiano, art. 1.399). *Tercer momento*: «Afinemos un poco más», dicen algunos (y algún Código): los derechos que deben quedar a salvo son los derechos de tercero que «derive» de aquella persona que *aparece en descubierto*: o sea *de la que ha de ratificar*: Así el artículo 184 del Código alemán establece que la retroactividad no deja ineficaces los actos de disposición *que antes de la ratificación* y relativamente al objeto del acto así aprobado, hayan sido ejecutados *por aquél* que ha de ratificar (o de ejecución forzosa o de procedimiento de embargo, etc.).

«En el caso concreto de la Resolución los resultados eran indiferentes, ya que el embargo como posible paralización de las actuaciones del embargado—pasadas o futuras—quedaba de hecho ineficaz respecto al ratificante; hasta el extremo de que el embargante optó por retirarse pura y simplemente.»

El Considerando 4.º de la Resolución (nos estamos refiriendo, conviene insistir, a la de 3 de marzo de 1953) parece imputar a ese artículo 184 del Código Civil alemán un criterio contrario a esa interpretación que Blázquez le da.

Veamos: En la traducción directa del B. G. B. al castellano, efectuada por don Carlos Melón Infante (Bosch, Barcelona, el apartado 2-184 de dicho Código aparece redactado del modo siguiente: «Por la retroacción no se hacen ineficaces las disposiciones, que antes de la ratificación hayan sido realizadas sobre el objeto del negocio jurídico por el *ratificante* o en vías de ejecución forzosa o de ejecución de embargo o por el administrador *del concurso*.»

De esta traducción resulta que si es clara la postura de Blázquez en cuanto a las disposiciones *voluntarias* (precisamente voluntarias) *del ratificante*, no lo son tanto en cuanto a las de ejecución forzosa o de procedimiento de embargo, respecto a las cuales Bláz-

quez afirma *que han de ser igualmente las dirigidas contra el ratificante* (2).

Y así para Blázquez ese artículo 184 del Código alemán es lógico incluso respecto al embargo, y para ello se expresa así:

«Si el embargo limita o ataca la *actividad* ulterior del embargado, es natural que actúe *sobre una actividad futura*, o sea sobre la de *aquel que tenga* que hacer algo más, no sobre la de aquel que *ya hizo todo*. Algunos tratadistas aceptan el precepto como *plenamente lógico* (por ejemplo, V. Thur). Otros, sin embargo, no ven la fuerza de tal lógica (*Vide Ennecerus*). Pero en la edición castellana hay algo que no parece bien expresado (tomo I, párrafo 191, nota 18): aquello de *a tal efecto X me cede el crédito*, no tiene sentido; para oponerse a la dicha interpretación lógica el autor de la nota, dice: «Un representante de A., sin poder del mismo, se hace ceder por X un crédito para aquél. *A tal efecto X me cede el crédito*. ¿Es que ahora, cuando A. ratifica la adquisición del crédito, debo perderlo? O bien si «hago embargar el crédito de X antes». Ese, «a tal efecto», me parece una deficiente traducción: substituyendo esas palabra por «Después», el mecanismo parece algo más claro.»

«Si X cedió al representante de A, y luego a otro... «sin revocar previamente la cesión al representante de A» (único supuesto útil), es claro que está comiendo a dos carrillos; el contenido de la primera transmisión (no revocada) debe prevalecer sobre la segunda, máxime si—*como en nuestro mecanismo hipotecario*—la ratificación llega a tiempo de alcanzar el primer tren (vigencia del asiento de presentación de la escritura ratificada). Esos «embargos» y esas «ejecuciones» de que habla el artículo no parecen lógicamente referirse sino al mismo «ratificante», pues de otro modo tales términos (embargos, ejecuciones) quedarían *sueltos*, mientras que el artículo 184, en el texto alemán parece sujetarlos mediante artículo determinativo, que conserva también la traducción castellana de Melón, respecto al «Concurso», no respecto a los otros dos casos (ejecución forzosa y embargo): en el texto alemán es

(2) Por lo mismo, nosotros, en nuestra nota a aquella Resolución, si bien aludíamos a los arts. 1.398 y 1.399 del Código italiano—pág. 819, año 1953 esta Revista—, nos abstuvimos de toda referencia de este art. 184 del Código alemán, dada la disparidad de interpretación a que se presta.

más clara la referencia al *concurso, etc., contra aquel de quien se habló antes: del ratificante*; el mismo autor de la nota—incluso oponiéndose al criterio del artículo—abona esa interpretación. Por lo demás, en el caso concreto de la Resolución los efectos eran los mismos: nulos y sin importancia; y aunque la hubiera tenido habrían quedado también ineficaces por la naturaleza misma del llamado embargo y por el mecanismo hipotecario.»

Lo que sucede en esta resolución de 3 de marzo de 1953, es que el problema se plantea respecto de un *adquirente* cuando generalmente todo esto de la ratificación se enfoca viniendo *del disponente*. El tercero es un acreedor de éste. La ratificación provenía de aquél. Todo ello es más bien del ámbito del derecho civil puro y al entremezclarse en el campo hipotecario se diría cuartear uno de sus principios fundamentales: este de la *prioridad* de que nos venimos ocupando. El mismo Roca Sastre que explana la cuestión, según las inmediatas líneas parece soslayarla...

Pero su concomitancia o conexión con lo arriba expuesto del profesor Lacruz, es más bien aparente siquiera se diría que tiene un origen o fuente común.

Véase:

- Sanz: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 55 y 56.
- Lacruz Berdejo: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a edic., páginas 242, 198 y 199.
- Ruiz Martínez: *El principio de prioridad* («Rev. Crit. de Der. In.», año 1952, página 389).
- Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*, t. I, págs. 766 y 800, y t. IV, pág. 391, nota 3, edic. 5.^a
- El mismo: *Estudios de Derecho privado*, t. I, pág. 470 y sig.

REGISTRO MERCANTIL.—NO ES POSIBLE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EXCLUSIVAMENTE ENTRE LOS DOS ESPOSOS, PORQUE SIENDO LAS APORTACIONES EFECTUADAS POR LOS MISMOS DE BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES Y PROCEDER, POR TANTO, DE UN SOLO PATRIMONIO, MARIDO Y MUJER DE HECHO CONTRATAN TAMBIÉN EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LO QUE—NO SIN CIERTO FUNDAMENTO, Y AUN CUANDO POR SU NATURALEZA JURÍDICA LA COMUNIDAD CONYUGAL NO GOCE DE UNA PERSONALIDAD INDEPENDIENTE DE LA DE LOS ESPOSOS—CALIFICA EL REGISTRADOR DE SUPUESTO DE:

AUTOCONTRATACIÓN NO PERMITIDO POR LA LEY, ILICITUDES QUE SE AGRAVAN, PORQUE AL CREARSE, ADEMÁS, UN PATRIMONIO SEPARADO DEL PROPIO GANANCIAL, SE ATENTA AL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO EN EL ART. 1.911 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 16 de marzo de 1959 («B. O.» de 4 de abril).

Por escritura otorgada en Mérida el 5 de julio de 1958, ante el Notario don Federico García Solís, los cónyuges don Francisco Martín Delgado y doña Manuela Calvo González constituyeron la Sociedad mercantil de responsabilidad limitada denominada «Mar-del, S. L.» (art. 1.º de los Estatutos), dedicada a la «compraventa y reparación de automóviles y maquinaria en general, compraventa de accesorios y demás actos y contratos relacionados con la mencionada actividad, y, en general, cualquier otra de lícito comercio» (art. 2.º de los Estatutos), de duración indefinida, a partir de 1 de enero de 1958 (art. 3.º) y domiciliada en Mérida, calle Marquesa de Pinares, núm. 13 (art. 4.º); el capital social, único responsable de las deudas y obligaciones de la entidad (art. 6.º) se fijó en «500.000 pesetas, distribuido en cien participaciones de 5.000 pesetas cada una, indivisibles y totalmente desembolsado» (art. 5.º), formado por la aportación de 340.000 pesetas por parte del señor Martín Delgado, de las cuales 182.547,52 lo fueron en efectivo, y 157.452,48 por la mitad del valor que se atribuyó a las herramientas y materiales de un negocio que antes pertenecía al señor Martín Delgado y a su esposa, quien aportó la otra mitad del valor de dichos materiales y 2.547,52 en dinero, que hacen un total de 160.000 pesetas (art. 7.º estatutario y estipulación b) de la escritura); de acuerdo con las aportaciones realizadas, se atribuyeron sesenta y ocho participaciones sociales a don Francisco Martín Delgado y treinta y dos a su esposa, doña Manuela Calvo González (estipulación); se nombró Gerente a don Francisco Martín Delgado, cuyo nombramiento podría ser renovado sin limitación alguna por la Junta de socios (estipulación d); la administración y representación plena de la Sociedad se encomendó al Gerente, quien obligaría con sus actos y contratos a la Compañía en todo lo relativo al giro y tráfico de la misma; y la Junta de socios, supremo órgano de la Sociedad, se reuniría, por lo menos,

una vez al año, cuando lo estime oportuno el Gerente o cuando lo pidan socios que representen la cuarta parte del capital social, y se regirá por el sistema de mayoría simple de participaciones sociales, teniendo el Gerente, Presidente de sus reuniones, voto de calidad dirimente en caso de empate (arts. 9.º y 10 estatutarios).

Presentada en el Registro Mercantil de Badajoz primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, por los defectos insubsanables detallados bajo los números 1.º, 5.º 6.º de esta nota, y suspendida su inscripción por los defectos subsanables expresados bajo los números 2.º, 3.º y 4.º, de los que no procede tomar anotación preventiva, aunque se solicitare, por impedirlo la existencia de aquéllos.

Primero. Al no haberse probado fehacientemente que son bienes privativos del marido y de la mujer los bienes aportados por cada uno de ellos a la Sociedad mercantil constituida, rige la presunción del art. 1.407 del Código Civil, que los reputa bienes gananciales, y, en consecuencia, aun ampliando a los actos de enajenación el alcance del art. 1.416 del mismo Código, necesita doña Manuela Calvo, para aportarlos a la Sociedad, obtener el consentimiento de su marido, como exige este precepto legal, y no la mera licencia que el marido le conceda en la escritura. Por lo que respecta a la aportación realizada por don Francisco Martín, y en cuanto a las 157.452,48 pesetas, mitad del valor de los instrumentos y herramientas, necesita dicho señor obtener el consentimiento de su mujer, a tenor del art. 1.413 del Código Civil, el que no le ha sido otorgado, ya que en el concepto «establecimientos mercantiles» que emplea este precepto legal ha de considerarse comprendida esta aportación, pues según la estipulación b) de la escritura, tales instrumentos y herramientas proceden de un negocio que antes pertenecía al señor Martín y a su esposa, por lo que, en realidad, es el propio negocio lo que ha sido aportado a la Sociedad.

Segundo. No se enumeran ni describen con sus características esenciales los instrumentos y herramientas aportados a la Sociedad y valoración de cada objeto, o la total de cada especie de ellos, como exigen el número 7.º del art. 7.º de la ley de Limitadas y el núm. 7.º del art. 120 del Reglamento del Registro Mercantil,

en relación, por analogía, con lo dispuesto en el art. 103 del mismo Reglamento.

Tercero. Como en realidad no son los instrumentos y herramientas procedentes del negocio que antes pertenecía al señor Martín Delgado y a su esposa, lo que éstos aportan a la Sociedad, sino al propio negocio, se precisa acompañar a la relación de las deudas y obligaciones que constituían el pasivo del negocio el día 1 de enero de 1958, con expresión de los nombres, apellidos y circunstancias de las personas a cuyo favor fueron constituidas, o declarar fehacientemente ambos aportantes que en la fecha citada no existía deuda ni obligación alguna de carácter civil, mercantil o fiscal pendiente de pago o cumplimiento. La existencia de tales deudas u obligaciones implicaría las siguientes consecuencias, que constituirían defecto para inscribir la Sociedad: A) No haber quedado totalmente desembolsado el capital social, como exige el art. 3.º de la ley de Limitadas, ya que lo realmente aportado, además del metálico, sería la diferencia entre las 314.904,96 pesetas, valor asignado a los instrumentos y herramientas del negocio y el importe total de las deudas y obligaciones del mismo negocio, cuyo pago y cumplimiento incumbiría a la Sociedad. B) Necesidad de justificar fehacientemente que todas las personas a cuyo favor estuvieran constituidas las deudas y obligaciones consentían la novación, consistente en sustituir los deudores primitivos señor Martín Delgado y su esposa por la nueva persona jurídica, «Mardel, S. L.», como exige el art. 1.205 del Código civil, a menos que declarasen ambos fundadores, en escritura adicional, que además de la responsabilidad asumida por la Sociedad para el pago y cumplimiento de las deudas y obligaciones del negocio, anteriores a 1 de enero de 1958, continuaban también como responsables de las mismas, solidariamente, ambos cónyuges, con todos sus bienes presentes y futuros, de conformidad con el art. 1.911 del Código Civil; así está prevenido también por el art. 141 de la ley de Anónimas, para los casos de transformación de las Sociedades Colectivas o Comanditarias, en Anónimas. Se declararía también por ambos cónyuges fundadores, que los arts. 1.º de la ley de Limitadas y 6.º de los Estatutos, según los cuales los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, de las que sólo responderá el patrimonio social, se refiere exclusivamente a las

deudas y obligaciones contraídas por la propia Sociedad a partir del 1 de enero de 1958, en que comenzó sus operaciones, y una vez que hayan sido aprobadas y aceptadas por la Sociedad las contraídas por ella desde dicha fecha hasta la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, si es que tal inscripción pudiera verificarse.

Cuarto. El art. 1.º de los Estatutos sociales infringe lo dispuesto en el art. 2.º de la ley de Limitadas, que exige añadir, en todo caso, a la denominación o razón social la indicación «Sociedad de responsabilidad limitada» o «Sociedad limitada», sin que quede cumplido el precepto legal adicionando la abreviatura «S. L.», y menos aún al no expresar dicho artículo estatutario que sea una «Sociedad de responsabilidad limitada» la constituida.

Quinto. Tal como ha quedado constituida esta Sociedad, resultan anulados la personalidad y los derechos políticos de uno de sus dos socios, Manuela Calvo González, los que han quedado absorbidos por la personalidad y los derechos políticos del otro socio, su marido Francisco Martín Delgado. También resulta privada aquella señora de libertad de disposición inter vivos, con respecto a sus participaciones sociales, y, en definitiva, la vida de esta Sociedad, de hecho y desde su origen, no estará regida por la voluntad de los dos socios expresada por mayoría, sino que prevalecerá siempre la voluntad del socio Francisco Martín, a la que la otra socio ha de estar enteramente sometida, incluso para los acuerdos de máxima importancia y trascendencia social, lo que vulnera los arts. 14 y 17 de la ley de Limitadas y el principio esencial de la pluralidad de personas y voluntades. Todo ello a resultas de lo siguiente: A) Para la adopción de acuerdo extraordinario en Junta general, basta que voten a su favor un número de socios que representen la mitad más una de las participaciones sociales—arts. 14 de la ley y 9.º de los Estatutos—. Y como al socio don Francisco Martín se le atribuyen sesenta y ocho participaciones, y a la socio doña Manuela Calvo sólo treinta y dos bastaría la voluntad de aquél para adoptar los acuerdos sociales ordinarios. Lo mismo ocurriría para la aprobación de las cuentas y balances de cada ejercicio—art. 27 de la ley—, cuentas y balances formados precisamente por el mismo Francisco Martín por su cualidad de Gerente y Administrador de la Sociedad—art. 26.

de la ley—. Además, este Gerente resultaría irresponsable ante la Sociedad contra lo dispuesto en el art. 13 de la ley, porque la acción social de responsabilidad, según el mismo precepto exige, previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, mayoría de capital que pertenece al propio socio gerente, y menos aún podría ser removido de su cargo por la Sociedad, a pesar de lo dispuesto en el art. 12 de la ley y en el 8.º de los Estatutos, ya que aquel precepto legal, en relación con el 17 de la misma ley, exige, para acordar tal separación, una mayoría capitalista superior a la ordinaria, y, además, mayoría de número de socios, es decir, que don Francisco Martín sólo podría cesar en el desempeño de la gerencia por su propia voluntad. B) Aunque el art. 17 de la ley exige para los acuerdos de importancia, como el aumento o la reducción del capital social, la fusión, transformación o disolución de la Sociedad y la modificación de sus Estatutos, que voten a su favor un número de socios que representen al menos la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital en primera convocatoria, y en segunda convocatoria solamente las dos terceras partes del capital social, bastaría también la sola voluntad del socio gerente, señor Martín Delgado, para su validez, ya que sus sesenta y ocho participaciones sociales representan más de las dos terceras partes del capital, y aunque al votar en contra de estos acuerdos la otra socio, Manuela Calvo, no se obtendría la mayoría personalista requerida también por el precepto legal para la validez de los acuerdos, quedaría enervada esta exigencia de la ley por el párrafo final del art. 10 de los Estatutos, según el cual las Juntas serán presididas por el gerente, quien en caso de empate tendrá voto de calidad dirimente, y esta disposición estatutaria no puede ser admitida en ninguna asamblea deliberante de capitales, como ha declarado recientemente la Dirección de los Registros con respecto a las Juntas generales de las Sociedades Anónimas, y es de aplicación también a las Limitadas. C) La socio Manuela Calvo González quedaría privada de libertad contractual con respecto a sus participaciones sociales, e impedido por su marido y consocio el ingreso de otros socios diferentes, pues al tratar de vender aquella señora a un extraño todas o algunas de sus participaciones, o ejercitaría su marido y consocio para sí el derecho de tanteo que le reconoce el art. 20 de la ley o

por su sola voluntad, por ser socio mayoritario, acordaría la Sociedad la adquisición de aquellas participaciones, o si no ejercitaba estos derechos de preferencia ni para sí ni para la Sociedad podría impedir las ventas a extraños proyectadas por su mujer, no otorgando su consentimiento para las mismas—necesario este consentimiento y no la mera licencia marital, a tenor del art. 1.416 del Código civil—, por tener las participaciones sociales de la mujer, al igual que las del marido, el carácter de bien ganancial, lo que imposibilitaría el cumplimiento del art. 20 de la ley de Limitadas, según el cual, transcurridos los plazos señalados para el ejercicio de aquellos derechos de referencia, el socio quedará libre para transmitir sus participaciones sociales en la forma y modo que tenga por conveniente.

Sexto. Consecuencia de lo dicho, al exponer los defectos primero y quinto, es que en una escritura de Sociedad fundada exclusivamente por marido y mujer y con las circunstancias personales y patrimoniales que en la constitución de Mardel, Sociedad Limitada» concurren, existe autocontratación opuesta por esencia a los arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil y 116 del Código de Comercio, pues no hay dos voluntades soberanas ni dos patrimonios independientes que concurren acordes a la función de la Sociedad y a la integración de su capital. Los Estatutos han tenido que ser aprobados por la mujer con la licencia de su marido y consocio, quedando la vida social sometida por entero a la voluntad del marido por el número de participaciones sociales que se le atribuyen y por su cualidad de gerente y, por tanto, de presidente de las Juntas de socios con voto de calidad dirimente de los debates ocurridos en las votaciones. Y si bien sería lícita la constitución de una Sociedad Anónima entre un marido, su mujer y otras personas, tratándose de la fundación en una Sociedad Limitada, no parece ello admisible, y menos aún siendo el marido y la mujer los únicos socios fundadores, La resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de marzo de 1943, resolvió que no se hallaba extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales la escritura de constitución de una Sociedad limitada por un marido, su esposa y tres hijos del matrimonio, menores de edad y sometidos a la potestad de aquél, pues como expresaba el último considerando con referencia al marido y a la

mujer, no gozan de mucho favor entre los juristas las Sociedades mercantiles de tipo personalista constituidas entre los cónyuges, en primer lugar porque la mujer sometida a la potestad marital no puede desenvolver libremente su actividad social frente a la opinión y el voto de su marido; en segundo término, porque tampoco queda respetada la independencia de patrimonios y el régimen económico establecido por los esposos o por la ley; en tercer lugar, porque la admisión incondicional de estas Compañías favorecería las donaciones entre cónyuges, y, en último término, porque aunque los artículos 1.334, 1.335 y 1.677 del Código Civil sean directa y exclusivamente aplicados a la Sociedad universal, exteriorizan, con el 1.458 del mismo cuerpo legal, el estrecho criterio que en estos particulares informan nuestra legislación». Cierzo es que el Centro directivo asimilaba en este considerando la Sociedad objeto del recurso, que era de responsabilidad limitada, a las de tipo personalista; pero aunque esta resolución es anterior a la publicación de la ley de 17 de julio de 1953, reguladora de las Sociedades Limitadas, en cuyo preámbulo se las considera de un tipo especial, ni exclusivamente personalista como las colectivas, ni exclusivamente capitalistas como las anónimas, continúan siendo válidas las razones jurídicas invocadas en aquella resolución, y aun más con respecto a la escritura ahora calificada, en la que sólo intervienen como socios fundadores el marido y su mujer, y en la que se dan, además, las circunstancias especiales a que se refieren los defectos primero y quinto de esta nota.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección confirma el defecto sexto de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que por haber desistido el Registrador de los defectos segundo y cuarto y parte del primero, las cuestiones a resolver en este expediente quedan reducidas a: 1.º Si pueden constituir una Sociedad de responsabilidad limitada exclusivamente los dos esposos aportando cada uno de ellos bienes que presuntivamente son gananciales; 2.º Si se ha cumplido con el requisito exigido por el art. 7.º de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al

no enumerarse en la escritura individualmente los instrumentos y herramientas aportados.

Que la primera cuestión, muy vivamente controvertida en la doctrina y jurisprudencia, plantea la compleja situación de la Sociedad particular constituida por los dos cónyuges, la cual, al igual que todo contrato entre esposos, se halla influenciada, desde el «De mutato amoren invidem spoliarentur», del Derecho romano, por la tendencia desfavorable que, basada en la teoría de la «unitas carnis», observaba en las relaciones entre marido y mujer una falta de libertad y de desprendimiento tal, que les ha de impedir llevar al debate de sus intereses la lucidez e independencia esenciales a todo contrato.

Que las principales dificultades para la constitución de una Sociedad de esta clase se derivarían: 1.º De la posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales que el art. 1.320 del Código Civil, en relación con el párrafo segundo del art. 1.315, impone, al establecer que después de celebrado el matrimonio, no se puede alterar el régimen económico de la sociedad conyugal, ni atentar al mismo desvirtuando su naturaleza y efectos propios; 2.º De la dejación de los poderes que al marido corresponden como tal—autorización marital—y como jefe de la comunidad de bienes, según el art. 59 del mismo Cuerpo legal; y 3.º De la multiplicación de ocasiones para donaciones entre cónyuges—prohibidas por el art. 1.334—, que podrían resultar, ya de la desigualdad de las aportaciones respectivas de los esposos, ya de una desigual distribución de beneficios.

Que estos fuertes obstáculos, que podrían ser invocados en numerosos casos particulares, provocaría, no obstante, si se generalizara la cuestión, la exclusión de toda Sociedad entre esposos, y privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la Sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca, y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos—ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código Civil, entre otros, contemplan situaciones especiales—, permitiría

concluir afirmando la validez de las Sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la ley.

En el caso concreto de este expediente, que la Sociedad aparece constituyéndose exclusivamente por las aportaciones de bienes gananciales hechas por marido y mujer, por lo que «Mardel, S. L.» resulta de hecho integrada por bienes que presuntivamente tienen ese mismo y único origen y carácter que conservan, al no proceder de dos patrimonios distintos, sino de uno solo, y, por tanto, marido y mujer de hecho contratan también en nombre de la sociedad conyugal, lo que—no sin cierto fundamento, y aun cuando por su naturaleza jurídica la comunidad conyugal no goce de una personalidad independiente de la de los esposos—califica el Registro de supuesto de autocontratación no permitido por la ley, ilicitudes que se agravan, porque al crearse, además, un patrimonio separado del propio ganancial, se atenta al principio general de responsabilidad establecido en el art. 1.911 del Código Civil.

Que, aun cuando sea ya obvio entrar en el examen de los restantes defectos, es de advertir, en cuanto al primero de la nota calificada, que, salvo en los casos que el propio art. 1.416 del Código Civil exceptúa, la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento del marido, consentimiento que habrá que entender concedido, siempre que éste, en la escritura correspondiente, acepte todas sus cláusulas íntegramente, con lo cual sanciona con su autoridad lo hecho por su mujer, y en cuanto al quinto, que no existe ningún precepto legal que impida la existencia de un socio que disfrute de la mayor parte de las cuotas sociales, y que, en consecuencia, la vida de la Sociedad sea regida por la mayoría que se prescribe en el art. 14 de la ley.

Por último, en cuanto a la segunda cuestión, que de la cláusula séptima de la Estatutos y de la estipulación b) de la escritura aparecen claramente cumplidos el requisito exigido por el art. 7.º de la ley y art. 120, 7.º, del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que se relacionan en aquéllas las aportaciones en metálico, y en

cuanto a las no dinerarias se indica la clase de bienes—herramientas e instrumentos—, su procedencia, que de algún modo los identifica, y el valor atribuido a las mismas.

Con motivo de la Resolución de 9 de marzo de 1943, escribió Ribelles Ortiz, en estas páginas, a manera de colofón del meditado estudio de la misma, «que, a pesar de su doctrina (que queda fielmente reflejada y damos por reproducida, para evitar repeticiones, en el defecto sexto apuntado por el Registrador a la escritura que motiva la presente), nosotros seguimos opinando que los cónyuges pueden pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles, salvo la universal, prohibida por el art. 1.677 del Código Civil entre las personas que no pueden otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja» (1).

Por nuestra parte, entendemos que *acaso* sea éste el criterio—rectificando, por tanto, su postura anterior—que sustenta actualmente nuestro Ilustre Organismo rector. Después de examinar con gran claridad, en efecto, las dificultades y ventajas que la admisión o no de constitución de Sociedades entre esposos presenta, en los considerandos tercero y cuarto, si la rechaza en el *caso concreto de este expediente, es porque*—deduce en el considerando quinto—, procediendo las aportaciones de un *solo patrimonio*, el presuntivo ganancial, sobre darse un posible supuesto de autocontratación, al crearse un patrimonio separado del mismo, se atenta, además, al principio general de responsabilidad establecido en el art. 1.911 del Código Civil.

Luego no concurriendo esas especiales circunstancias se desprende que hubiera sido otra la decisión dictada, pues bien elocuente es al respecto el citado considerando 4.º

Refiriéndose al art. 1.911 del Código Civil, escribió Azurza y Oscoz (2) que, como limitaciones a la responsabilidad patrimonial de origen voluntario o convencional, sólo dos supuestos pueden citarse en nuestro derecho, cuya posibilidad está prevista por el legislador: el autorizado por el art. 1807 del propio Código y el in-

(1) ¿Pueden los cónyuges pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles? («Rev. Crit. de Der. In.», págs. 600 a 605, año 1943).

(2) Problemas de la sociedad civil («Anuario D. C.», t. V, fasc. 1.º, pág. 185).

introducido por el art. 140 de la ley Hipotecaria. Como dice Díaz Párró (3), la responsabilidad limitada tiene carácter excepcional, dada la declaración amplia del artículo 1.911, pudiendo admitirse sólo cuando *media disposición expresa del legislador*. De ahí las graves dificultades que plantean la admisión de la sociedad anónima o la limitada de un solo accionista o socio, o la empresa individual limitada; pues todo ello es lo que real y verdaderamente se opone al artículo 1.911, cuyo imperio resulta que no se constriñe al campo meramente civil, sino que extiende su imperio a todo lo obligatorio, incluso al mercantil.

Sin embargo, escriben con acierto Jerónimo López y Manuel González (4), ¿por qué si A se asocia con B, pueden ambos fijar arbitrariamente un tope a la responsabilidad por su propia gestión comercial, y en cambio cada uno de ellos, en su actuación individual, no pueden hacerlo?

De ahí la abundante bibliografía sobre la limitación de responsabilidad del comerciante individual (5).

Ahora bien, como señala acertadamente en otro lugar el mismo Manuel González Enríquez (6), la limitación de responsabilidad del socio de la Sociedad Limitada, no se presenta como excepción del repetido artículo 1.911, sino como algo al parecer vinculado a la concesión de personalidad jurídica a la Sociedad. Por ello —añade— la limitación de la responsabilidad queda sujeta a ciertas restricciones; no aparece como un puro producto de la autonomía de la voluntad, sino como una concesión otorgada en atención a ciertas características de un determinado grupo de sociedades.

Por eso—deduce Rodríguez Sastre (7)—, quierase o no, en el momento de determinar el alcance de la responsabilidad de los socios, será preciso tener también en cuenta si con arreglo a la

(3) Citado por Azurza, anterior trabajo, pág. 186.

(4) *Significado y régimen jurídico actual de las Sociedades de responsabilidad limitada* («Anuario D. C.», t. V, II, pág. 630).

(5) Véase, por ejemplo, Trias de Bes: *La limitación de la responsabilidad, aplicada a las empresas individuales* («Anales A. M. N.», t. IV, páginas 364 y sigs).

(6) *Sociedades de responsabilidad limitada*: («Anuario D. C.», t. VI, página 858).

(7) *El Crédito social y la extensión de la responsabilidad en las Sociedades de responsabilidad limitada*, pág. 150. Conferencias del cursillo del año 1954. Colegio Notarial de Barcelona.

escritura constitucional, otorgada dentro de la libertad que concede la ley, se crea la Sociedad, pensando en los socios unidos para explotar el negocio, de la misma forma que podían haberlo hecho separadamente—es decir, si en primer término se hallan las personas de los socios, tanto para participar económicamente en la empresa, como para gestionar, dirigirla y representarla—o si, por el contrario, se ha organizado, concibiendo el socio en forma análoga a cómo se concibe en la Sociedad Anónima.

Y es que, como afirmó Mossa (8), el disfrute de la responsabilidad personal trae la sanción de una responsabilidad ilimitada...

Si aplicamos estas reflexiones a la escritura motivadora del recurso, bien podríamos afirmar nos hallamos en el primero de los términos que presenta Rodríguez Sastre, es decir, que el grado y participación de los socios—particularmente del marido—en la empresa es de tal intensidad que extravasa en su gestión la limitación impuesta, colocándolo sobre el plano de la responsabilidad ilimitada del artículo 1.911.

Si a esto agregamos que ese supuesto de autocontratación alegado por el Registrador aparece tan desvaído, tan alejado—¿dónde está el peligro de lesión?—que la misma Dirección no se decide a aceptarlo rotundamente, *y puesto que, como la misma añade, la comunidad conyugal no goza de una personalidad independiente de la de los esposos*, concluiríamos afirmando—con el Considerando 4.º *in fine*—«que, estando salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio, y no encubriéndose un fraude o un acto contrario a la ley», podría darse por válida esta Sociedad limitada, constituida entre esposos, siquiera con aportaciones presuntamente gananciales.

CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN EMBARGOS.—LA MISMA COMO CAUSA QUE ORIGINA LA DECADENCIA DE LOS DERECHOS OPERA DE UN MODO AUTOMÁTICO POR EL SIMPLE TRANSCURSO DEL TIEMPO SEÑALADO POR LA LEY, Y SE HALLA FUNDADA, NO TANTO EN UNA PRESUNCIÓN DE ABANDONO POR PARTE DEL TITULAR DEL DERECHO, SINO EN LA NECESIDAD DE DOTAR DE SEGURIDAD AL TRÁFICO JURÍDICO.

(8) Citado por Rodríguez Sastre, trabajo precedente, pág. 151.

DICHA CADUCIDAD PUEDE SER SOLICITADA POR EL DUEÑO DEL INMUEBLE O DERECHO REAL, SIQUIERA APAREZCA EN EL REGISTRO CON CARÁCTER DE TERCER POSEEDOR.

LA SOLICITUD PARA QUE SE EXTERIORICE LA INEFICACIA DEL DERECHO AFECTADO, NO EXIGE UN PREVIO EXAMEN DEL LIQUIDADOR DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, PORQUE DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE SE DESPRENDE QUE AFECTA ÚNICAMENTE A TODOS LOS ACTOS QUE ENTRAN EN UNA TRANSMISIÓN DE BIENES, PERO NO A LOS QUE CONSTITUYEN SIMPLES PRETENSIONES CARENTES DE CONTENIDO PATRIMONIAL.

Resolución de 16 de marzo de 1959 («B. O. del E.» de 13 de abril).

La Sociedad Anónima «Construcciones Levantinas», adquirió por aportación a la misma de don J. R. M., una finca denominada «Castillo, o la Esperanza», sita en término de Alicante. Inscrita la finca en 1 de junio de 1955, resultó afectada por un embargo en favor de la Delegación en Alicante del Colegio de Arquitectos de la zona de Valencia, por deudas del señor M., habiéndose practicado la oportuna anotación el 3 de septiembre de 1948; en la misma fecha, y para cubrir igual responsabilidad, se practicaron otras anotaciones de embargo contra las fincas números 6.774 y 12.561, del término de San Juan, y 19.668 y 19.666, del de Alicante, hoy también propiedad de la entidad recurrente; las citadas anotaciones fueron prorrogadas a petición de la Corporación interesada antes de expirar su plazo de vigencia, por cuatro años más, según consta en nota puesta al margen de las mismas; y en 3 de septiembre de 1956 la Sociedad Anónima de Construcciones Levantinas presentó una solicitud en el Registro pidiendo la cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas y notas marginales referidas.

El anterior escrito fué calificado con la siguiente nota: «No practicada la cancelación por caducidad interesada en la instancia precedente: primero, porque ésta debe ser acordada por la autoridad que decretó la anotación y a petición del dueño de las fincas o de la persona a cuya favor se practicó; segundo, por nota al margen de la anotación preventiva que se trata de cancelar, haciendo constar que fué iniciado el procedimiento de apremio en

ejecución de los derechos anotados, confirmados por sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 20 de junio de 1955, para evitar indebida cancelación por caducidad; tercero, faltar en el documento que precede la nota de la Abogacía del Estado referente al Impuesto de Derechos reales. Los defectos señalados con los números primeros y tercero de orden se reputan subsanables; no así el defecto señalado en segundo lugar, que tiene carácter de insubsanable durante el tiempo de vigencia de la nota marginal acordada por el Juzgado a que también se alude anteriormente, por lo que no procede tomar anotación preventiva en el caso de que se pidiera.»

En certificación de cargas expedida a instancia de la sociedad recurrente, se dice, con referencia a la finca indicada en primer lugar, lo siguiente: «A pesar de que hoy está transcurrido el plazo de los cuatro años por que se tomó dicha anotación y los cuatro años de su prórroga, dicha anotación está vigente y sostenida por su nota marginal, que, copiada a la letra, dice lo siguiente: «Conforme resulta de la anterior anotación, letra C, esta finca fué embargada por la Delegación del Colegio de Arquitectos de la zona de Valencia a don José Ramón Mira, junto con otras, para responder de 169.933,69 pesetas, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de esta capital, habiendo sido prorrogado el plazo de tal anotación, cual consta en la precedente nota y habiéndose presentado en dichos autos por la parte actora, escrito en el que por otrosí se pide que, no constando en tal anotación que se ha iniciado el procedimiento de apremio en ejecución de los derechos anotados preventivamente, confirmados por la sentencia ya firme del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de esta capital, de fecha 18 de marzo de 1949, como quiera que está ya próximo a finalizar el plazo de la prórroga de cuatro años concedida a dicha anotación con objeto de evitar la indebida cancelación por caducidad de la misma, suplicando al Juzgado se sirviera acordar la expedición de mandamiento para que por nota marginal se haga constar: 1.º, que por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 1955, se confirmó la de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valencia, que a su vez fué confirmatoria de la que hubo de pronunciar el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Alicante,

el día 28 de marzo de 1949, en la que se condenó a don José Ramón Mira, a pagar a la Delegación de Alicante, del Colegio de Arquitectos de la zona de Valencia, la cantidad de 179.936,79 pesetas, a la seguridad del cobro de las cuales, se anotó con carácter preventivo el embargo de referencia; 2.º, que por virtud de la firmeza de la resolución judicial antes indicada, el embargo, dotado hasta entonces de mero carácter preventivo, ha adquirido ejecutoriedad; 3.º, que por escrito de marzo del año en curso se inició el procedimiento de apremio en ejecución de la sentencia firme y anotación preventiva indicada y con fecha 17 de mayo siguiente se expidió la precitada certificación de cargos; 4.º, que como tercer poseedor de la finca objeto de la anotación, el día 8 de julio último fué requerida de pago Construcciones Levantinas, S. A.; 5.º, que, infructuoso el requerimiento de pago antes citado por providencia de 16 de junio del corriente año, del mismo Juzgado, se señaló el día 30 de junio siguiente para la celebración de la subasta de la finca embargada; 6.º, que, celebrada la subasta de que queda hecho mérito, y no habiendo consignado el rematante en término el total del precio del remate, se ha solicitado la celebración de segunda subasta en quiebra, de conformidad con lo que dispone el artículo 1.513 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 7.º, que, pendiente y en tramitación el procedimiento de apremio instado en ejecución, y para la debida efectividad del embargo anotado, no procede la cancelación por caducidad de la anotación de ésta hasta el total término del procedimiento, por aplicación analógica de lo que preceptúa el artículo 95 de la Ley Hipotecaria, que evidencia no es absoluto el plazo de caducidad establecido en el artículo 86 de la mencionada Ley. Accediendo a ello, el señor don Silvano Alonso García, Magistrado Juez de Primera Instancia, número 1 de esta ciudad, dictó providencia en 11 de agosto de este año, ante la fe del Secretario, don Anibal Vidal, ordenando así se haga constar en este Registro. Así, resulta de un mandamiento expedido en 11 del pasado agosto por el nombrado señor Juez y refrendado por el propio Secretario, que por duplicado se presentó a las doce horas cincuenta minutos del 28 del pasado agosto.» y en cuanto a las fincas 6.774 y 12.561, figuran también al margen de las correspondientes anotaciones de embargo, notas marginales que indican están vigentes y prorrogadas nuevamente.

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador y dictado previo informe del Juez de primera instancia, número 1 de Alicante, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que el problema que plantea el presente recurso consiste en dilucidar: 1.º, si, transcurridos el plazo normal de duración de una anotación preventiva de embargo, establecido en el artículo 86 de la ley, y el de su prórroga, puede, no obstante, estimarse vigente por una nota marginal puesta en dicho asiento en cumplimiento de un mandamiento judicial y según la cual los derechos amparados por la anotación, reconocidos en sentencia firme, se hallan en fase de ejecución por la vía de apremio; 2.º, si por haber sido aportada la finca afectada por la anotación a una sociedad anónima su representante se hallará legitimado para solicitar la cancelación por caducidad de la anotación, o si es preciso que sea decretada por la autoridad que la ordenó, y 3.º, si el no haber sido presentada la solicitud de la cancelación en la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales puede ser obstáculo para la práctica del asiento solicitado.

Que la caducidad como causa que origina la decadencia de los derechos opera de un modo automático por el simple transcurso del tiempo previamente señalado por la ley, o, en su caso, por los particulares en los supuestos, poco frecuentes, de caducidad convencional, y se halla fundada no tanto en una presunción de abandono por parte del titular del derecho, como ocurre en la prescripción extintiva, sino en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico, y por eso no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del término señalado por el legislador; transcurrido el cual los asientos deberán reputarse inexistentes, aun cuando subsista el derecho anotado.

Que, en armonía con la naturaleza provisional de las anotaciones preventivas, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece un plazo normal de duración de cuatro años para las mismas, susceptible de ser prorrogado por otro igual, sin que después pueda ampliarse el período de vigencia, finalidad que tampoco puede conseguirse mediante una nota marginal, extendida en cumplimiento;

de una providencia judicial, pero sin virtualidad para atribuir subsistencia al asiento de anotación, dados los términos del artículo 86 de la ley, ni aun en casos en los que puede quedar trunca la finalidad de la anotación y en peligro la eficacia de resoluciones judiciales, firmes circunstancias que ponen de relieve la conveniencia claramente declarada por la Resolución de 7 de marzo de 1957 de revisar dicho precepto legal a fin de que sean debidamente ponderados los intereses en juego y se procure de manera más adecuada que coincidan la duración de las anotaciones con la de los procedimientos judiciales en que se funden.

Que la cancelación de las anotaciones preventivas podrá solicitarse por el dueño del inmueble o derecho real afectado, y, en consecuencia, en casos como el presente, en que la finca ha sido aportada a una sociedad anónima, quien ostente su representación se halla facultado para poder instar la práctica de la cancelación.

Que la solicitud de que se extienda un asiento para exteriorizar la ineficacia del derecho afectado, que en algunos supuestos es de obligada práctica por el funcionario sin petición de parte, como sucede con la certificación de cargas, que, conforme al artículo 355 del Reglamento, por sí misma lleva implícita la necesidad de cancelación de las que estuviesen caducadas, sin exigir un previo examen del Liquidador del Impuesto de Derechos reales, porque de la legislación vigente se desprende que afecta únicamente a todos los actos que entrañen una transmisión de bienes, y no a los que constituyen simples pretensiones carentes de contenido patrimonial.

* * *

Como antecedente nos remitimos a la Resolución—última sobre la materia—de 7 de marzo de 1957 y nuestra nota a la misma, páginas 840 y 841 dicho año, de esta Revista.

Según se expresa en el preámbulo del Decreto de 17 de marzo del año en curso, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial, en determinadas circunstancias, estaba impuesta por la experiencia procesal y era unánimemente solici-

tada, para impedir que la caducidad de tales asientos se convirtiera en arma inadmisible de litigantes de mala fe. Además, con la reforma se salva la falta de concordancia de los artículos 83 y 86 de la Ley Hipotecaria.

En su consecuencia se ha añadido al artículo 199 de dicho Reglamento el siguiente párrafo:

«Las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida por el artículo 86 de la ley hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieran sido decretadas.»

Pedida, pues, prórroga, no se producirá la caducidad hasta la terminación definitiva del litigio.

Con esto, además, los actuales reformadores del Reglamento no han hecho otra cosa sino restablecer el verdadero sentido o finalidad de estas anotaciones, ya que, en frases de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, su objeto es «evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo».

LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE FINCA HIPOTECADA TIENE VIRTUALIDAD SUFICIENTE PARA QUE CESEN LOS EFECTOS Y LIMITACIONES QUE DICHA ANOTACIÓN LLEVE CONSIGO, ENTRE ELLOS LOS DE LA NOTA MARGINAL, EXTENDIDA CONFORME AL ARTÍCULO 143-2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, QUE POR SU ÍNTIMA DEPENDENCIA CON LA ANOTACIÓN PRINCIPAL HA DE QUEDAR EXTINGUIDA AL MISMO TIEMPO QUE AQUÉLLA.

EN CONSECUENCIA, HABIENDO DESCUIDADO LA ACTORA PEDIR LA PRÓRROGA DE SU ANOTACIÓN, CADUCADA ÉSTA Y CANCELADA DE OFICIO, DESAPARECIÓ EL OBSTÁCULO QUE LIMITABA LA ADQUISICIÓN DE LOS TERCEROS POSEEDORES, CON INSCRIPCIÓN ULTERIOR A LA REFERIDA NOTA; Y AL NO DISPONER EL MANDAMIENTO JUDICIAL LA CANCELACIÓN DE LOS DERECHOS POSTERIORES A LA REPETIDA NOTA MARGINAL, ES FORZOSO CONCLUIR COMO AFIRMA LA CALIFICACIÓN RECURRIDA, QUE NO PUEDE INSCRIBIRSE EL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN A FAVOR DE LA ACREEDORA POR HALLARSE LA FINCA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR.

Resolución de 25 de marzo de 1959 («B. O. del E.» de 4 de mayo).

Por escritura otorgada ante el Notario de Sevilla don Francisco Monedero Ruiz, el 5 de abril de 1948 doña María Fernández García prestó a don Manuel Martín Gómez la cantidad de 8.000 pesetas, por plazo de un año prorrogable, que devengaría hasta su completo pago el interés anual del 4 por 100, y que se consideraría vencida la obligación por el incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas; en garantía del citado préstamo, intereses y 2.000 pesetas más para costas y gastos, se constituyó hipoteca sobre un solar, en el que se estaba construyendo una casa, sito en Sevilla, propiedad de la prestataria. Por incumplimiento del contrato, doña María Fernández García incoó juicio ejecutivo contra el deudor, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia, número 6, y despachada ejecución, se practicó el embargo por 8.000 pesetas de principal, 640 de intereses y 3.500 para costas, y se obtuvo el 5 de noviembre de 1951 certificación registral de la que no aparecían más cargas vigentes que la referida hipoteca y el embargo correspondiente. Por escritura de 6 de mayo de 1952, el deudor hipotecario vendió, con pacto de retro la finca gravada a don Rafael Álvarez Fernández, quien consolidó su adquisición en 17 de noviembre de 1953, y tramitado el procedimiento ejecutivo instado por la acreedora, el 7 de marzo de 1953 se adjudicó a la misma la finca hipotecada en la suma de 10.000 pesetas, por cuenta y parte de pago de las responsabilidades perseguidas. Por circunstancias que no figuran en el expediente, el testimonio de adjudicación quedó sin cumplimiento, y en escritura de 4 de julio de 1955, el comprador de la finca, objeto de este recurso, don Rafael Álvarez Fernández, después de hacer constar que en ella había edificado a sus expensas una casa de dos plantas en parte con varias habitaciones y servicios, la vendió a don Tomás Domínguez Martín. Por escrito de 26 de octubre de 1955, doña María Fernández García pidió al Juzgado, ante el que se tramitaba el procedimiento ejecutivo seguido a su instancia la cancelación de todos los gravámenes posteriores, y el Juez acordó, en providencia de 5 de noviembre de 1955, sólo la cancelación de la hipoteca y embargo existentes a favor de la peticionaria; el 10 de noviembre de 1955, la actora volvió a solicitar la cancelación de todos los graváme-

nes y derechos reales posteriores a la anotación; y en providencia de 28 de noviembre del mismo año se declaró no haber lugar a ello por no constar en la certificación de cargas del Registro de la Propiedad ningún gravamen, además de la hipoteca y embargo reseñado. El 31 de enero de 1956 fué cancelada de oficio, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, la anotación de embargo caducado según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el 27 de febrero de 1956, don Tomás Domínguez Martín, último comprador de la finca hipotecada, inscribió su adquisición en el Registro.

Presentado posteriormente en el Registro el testimonio del auto de adjudicación de la finca hipotecada a favor de doña María Fernández García, fué calificado en 10 de julio de 1957, con nota de tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del documento que antecede, porque el deudor, don Manuel Martín Gómez, mediante escritura otorgada en esa ciudad el 6 de mayo de 1952 ante el Notario don Diego Soldevilla Guzmán, vendió la parcela hipotecada y embargada a don Rafael Alvarez Fernández, con pacto de retro, ya extinguido, y por otra escritura, el 4 de julio de 1955, ante el Notario de ésta, don Manuel Herrera Carmona, el don Rafael Alvarez Fernández hizo constar que en la citada parcela de terreno había edificado a sus expensas una casa, en parte de dos plantas con varias habitaciones y servicios, y vendió la totalidad de la finca a don Tomás Domínguez Martín, a favor del cual fué inscrita con fecha 27 de febrero de 1956. Se hace constar que la anotación de embargo, letra A), causada en los autos a que se refiere el documento que se califica, fué cancelada, de oficio el 31 de enero de 1956, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, por haber incurrido en caducidad, según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria».

Interpuesto recurso, la Dirección, previo informe del Juez de primera instancia, núm. 6 de Sevilla, confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó, a su vez, la nota del Registrador y es concorde con el informe del Juez-Magistrado expresado, mediante la doctrina siguiente:

Que extendidas en el Registro una anotación de embargo sobre finca hipotecada y la nota prevenida en el párrafo segundo del

artículo 143 del Reglamento Hipotecario, acordadas en un juicio ejecutivo ordinario, la cuestión planteada en este expediente consiste en resolver si, después de haber sido cancelada por caducidad aquella anotación, cuya prórroga no fué solicitada, puede inscribirse el testimonio de un auto que adjudica la finca a la acreedora, dado que el mandamiento judicial no ordene la cancelación de las inscripciones posteriores a la nota extendida, y que durante la tramitación del procedimiento fué inscrito el dominio de la misma finca a nombre de un tercero.

Que los procedimientos de apremio en que se persiguen bienes hipotecados afectan normalmente a las partes y, además, a posibles acreedores posteriores y nuevos adquirentes de las fincas gravadas, conocidos bajo la denominación quizá no muy apropiada de terceros poseedores, y éstos, según hayan adquirido su derecho antes o después de extendida la nota marginal señalada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento, podrán adoptar distinta posición en el juicio, según que desamparen o no los bienes, por lo que no es de extrañar que situaciones tan diversas impliquen dificultades a la normal tramitación de los procesos y obliguen a extremar el celo en la aplicación de la ley para ponderar los intereses en juego y no perjudicar los legítimos derechos de quienes ostenten alguna titularidad sobre los inmuebles.

Que el dueño de los bienes inmuebles o derechos reales afectado por una anotación puede disponer de los mismos, según claramente establece el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, y como quiera que la tramitación del procedimiento ejecutivo que determinó la anotación ha de culminar en la enajenación de los bienes anotados, para dotarla de eficacia, el artículo 175 del Reglamento Hipotecario dispone que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores que no sean preferentes a la del actor, siempre que el tercer poseedor hubiera sido notificado expresa e individualmente si adquirió antes de la extensión de la nota marginal ordenada en el artículo 143, segundo del mismo Reglamento, que constituye una novedad legislativa suceptible de desempeñar función análoga a la de la nota establecida por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en cuanto permite conocer a los posteriores titulares de la finca y sirve de notificación a los efectos oportunos.

Que toda anotación preventiva de embargo caduca a los cuatro años de su fecha, según establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, a no ser que a instancia del interesado, o por mandamiento de la autoridad que la decretó, se prorrogue por otro plazo igual, caducidad que operará automáticamente y tendrá virtualidad suficiente para que cesen los efectos y limitaciones que la anotación lleve consigo, y entre ellos los de la nota marginal extendida, que por su íntima dependencia con la anotación principal ha de quedar extinguida al mismo tiempo que aquélla.

Que por haber adquirido don Rafael Alvarez Fernández y don Tomás Domínguez Martín su derecho después de la práctica de la anotación de embargo en el procedimiento instado por doña María Fernández García, se hallaban legalmente facultados para intervenir oportunamente en defensa de su derecho en el mencionado juicio y ejercitar las facultades y recursos que las leyes les conceden; ahora bien: al haber descuidado la actora pedir la prórroga de su anotación, caducada ésta y cancelada de oficio, desapareció el obstáculo que limitaba la adquisición de los posteriores titulares, y al no disponer el mandamiento judicial la cancelación de los derechos posteriores a la nota marginal extendida, es forzoso concluir como afirma la calificación recurrida, que no puede inscribirse el testimonio del auto porque se halla inscrita la finca adjudicada a favor de persona distinta del deudor.

* * *

De la lectura de los transcritos considerandos parece desprenderse que nuestro Ilustre Centro Directivo ciñe y supedita la virtualidad y efectos de la nota del artículo 143 del Reglamento Hipotecario en caso de haberse tomado anotación preventiva y extendido aquélla a su margen, a la vida de la anotación. O más claro aún, deduciríamos del tenor literal de sus palabras (considerando 4.º), que los *efectos y limitaciones* nacen y viven en la anotación. Y entonces, preguntamos: ¿qué papel juega y desempeña la citada nota?

Dice Roca (1) que para los terceros poseedores la anotación de embargo sobre los bienes embargados hace las veces de la ins-

(1) *Derecho Hipotecario*, t. III, nota 1, pág. 512, ed. 5.ª

cripción de hipoteca en los bienes hipotecados. Aquí estamos dentro del campo hipotecario o registral, y, por tanto, en vistas a terceros adquirentes, y por ello se trata concretamente de determinar los efectos de las anotaciones preventivas de embargo, de suerte que si la anotación preventiva de embargo no existe, huelga hablar de sus efectos, sin que la referida nota marginal, *en el caso de extenderse indebidamente por no existir anotación de embargo*, pueda tener el valor de sustituir como sucedáneo a la anotación de embargo inexistente.

Pero añade: «muy bien que pueda prescindirse de la anotación de embargo tratándose de procedimientos de ejecución hipotecaria, pues entonces ya existe inscrita una hipoteca, pero no en otro caso. Con razón dice Reza—continúa Roca—, impugnando la opinión de La Rica, que para la ley no hay bienes anotados si falta la anotación y hay que rechazar de plano la equiparación de dicha nota marginal con la anotación preventiva, porque para que el embargo surta efecto contra tercero es necesario que se exteriorice en una anotación. De esta opinión es también Ruiz Artacho (2).

Más explícito aún Mazuelos (3), escribe que esa nota no equivale a una anotación de embargo, sino solamente constituye una simple *mención* de la existencia de un procedimiento de apremio respecto a la finca en cuestión, y como la mención de derechos susceptibles de inscripción (o anotación) separada y especial no produce efectos contra terceros (art. 29 Ley Hipotecaria), hipotecariamente esta nota no puede perjudicar a los que posteriormente inscriban o anoten algún derecho sobre la finca; pero, por la teoría de la buena fe, dudamos que esta solución llegue a prosperar en la práctica.

Y es que, como con finura apunta el citado Ruiz Artacho (4), al admitir y regular el repetido artículo 143 reglamentario, el supuesto de carencia de la referida anotación preventiva de embargo, se produce el efecto de que se contradice y se rebasa no sólo el epígrafe que lleva («tercer poseedor de bienes anotados»), sino también el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipote-

(2) *Naturaleza y efectos de la Nota Marginal*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, págs. 532 y 533, año 1953.

(3) *Apuntes sobre las Anotaciones de Embargo...* Separata, nota 108, página 137, 1956, Madrid.

(4) Trabajo citado, pág. 534.

caria, de que es aplicación y desarrollo; pues tanto éste como el citado epígrafe parten siempre del supuesto de que exista la correspondiente anotación preventiva de embargo.

Parecen, pues, conformes la jurisprudencia—resolución que nos ocupa y la doctrina—, en cuanto a que el valor y efectos se halla en la anotación a la que se diría exterioriza y publica la nota.

¿Pero no señala, como hemos visto, Roca, que puede prescindirse de la anotación de embargo tratándose de procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que si no se ha practicado tal anotación—indica en otro lugar (5)—, la tan repetida nota se pondrá al margen de la inscripción correspondiente, que será la de la hipoteca ejecutante, por analogía a lo dispuesto a la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria?

Con esto—agrega—el artículo 143 del Reglamento admite la posibilidad del procedimiento ordinario de ejecución hipotecaria, sin que se haya practicado la anotación de embargo que prescribe el artículo 1.453 de la ley procesal civil, *lo que es lógico*, pues aquí ya entra en juego una hipoteca, lo cual hace inútil la superposición de otra garantía que, como la anotación de embargo, constituye una hipoteca judicial.

Y entonces—volviendo al principio de esta glosa—preguntamos: ¿en caso de procedimiento ordinario de ejecución hipotecaria en que no se haya tomado anotación, pero sí extendido la nota, conforme a lo precedentemente apuntado, siguiendo a Roca, qué papel juega y desempeña esta nota? ¿Ninguno? Esto sin duda sería concorde con cuanto por la doctrina y sin decirlo da a entender nuestro Centro, en todo procedimiento de apremio que no fuera de ejecución hipotecaria. Pero en cuanto a éste las palabras del tan repetido Roca hacen dudar. Sin embargo, notemos que, como consecuencia, la extensión de la nota al margen de la inscripción de la hipoteca—en el procedimiento de ejecución de ésta—tendría una virtualidad y extensión en el tiempo de que carece al haberse tomado anotación y extendido la repetida nota a su margen.

Todo esto, la verdad, desconcierta un tanto, máxime si volviendo al autorizado parecer de Roca Sastre encontramos que es-

(5) Obra citada, t. IV, pág. 778.

cribe—al comentar la importante sentencia de 12 de julio de 1941, citada en los Vistos por la Dirección—«que el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se refiere a la anotación preventiva de embargo en general, mas no a la anotación preventiva de embargo tomada precisamente sobre los mismos bienes hipotecados en garantía del propio crédito ejecutante, la cual, más que *una función de aseguramiento del crédito hipotecario, desempeña el cometido de anunciar registralmente la puesta en marcha de la acción hipotecaria. Esta anotación, en rigor—deduce nuestro autor—, venía a hacer las veces de aquella nota marginal, salvo cuando sirviese para ampliar la garantía por cantidades no cubiertas con la hipoteca*» (6).

Luego, entonces, ese tan ponderado artículo 143 del Reglamento, ha venido en ciertos casos, como el que nos ocupa, más que a fortificar, a resentir gravemente el crédito territorial, pues la anotación que permite, conforme al artículo 1.453 de la Ley Procesal, se desprende que, a juicio de nuestro Centro, no puede ser interpretada al modo como hemos visto hace Roca. Y hasta tememos que se dedujera que a igual trato debe someterse la nota aisladamente tomada al margen de la inscripción de Hipoteca, al expedirse la certificación, por envolver—repetimos, podría aducirse—un contrasentido, ya que no debe darse más valor a una nota que a la propia anotación que la produce o que faltando ésta—la anotación—desempeña el papel que la misma le asigna, según se colige de las palabras reglamentarias, «o, en su defecto».

Sin embargo, esto, creemos, no es culpa de nadie, sino de los mismos textos legales que nos sorprenden en su aplicación con estos resultados: a mayor toma de garantías, por un descuido en conservarlas—cual el caso actual, al no solicitarse prórroga de la anotación—, pérdida de beneficios con consecuencias lamentables.

Porque podrá encontrarse lógica la doctrina de nuestro Ilustre Centro, pero a nuestro juicio ello no implica que si se hubiese tomado la nota aislada—sin petición de anotación—se hubieran producido los efectos que se acusan.

Los dos vacíos normativos señalados por la doctrina a este artículo 143—notificaciones y presentación del mandamiento en el

(6) Obra citada, t. IV, págs. 767 y 768.

Diario (7) y (8)—, han sido recogidos en el retoque o reforma último, dado al Reglamento Hipotecario (véase final art. 353 y nuevo párrafo 2.º del 416), pero, claro es, no pudieron prever sus ilustres redactores que se presentara el caso singular de que nos venimos ocupando. No obstante, sobre el valor de esa nota, como hemos visto al principio, ya la doctrina estaba cuestionando.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la propiedad.

(7) *El problema de la notificación a los anotantes posteriores* Ramos Folqués, esta Revista, año 1953, págs. 609 y sigs.

(8) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, t. I, pág. 111.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MERCANTIL

VI.—Suspensión de pagos y quiebras.

SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1958.—*Retroacción de la quiebra.—Sus consecuencias en el orden hipotecario.—Aplicación de los arts. 33, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria respecto de sucesivas adquisiciones procedentes del quebrado.*

A) *Resumen de antecedentes.*

- a) Los hechos.
- b) Demanda y contestaciones. Sentencia en primera instancia, recurso de apelación y su fallo.

B) *Recurso de casación.*

- a) Motivos alegados.
- b) Sentencia.
- c) Comentario y... esperanza.

* * *

No debe pasar esta sentencia sin una glosa especial por estas páginas. Es trascendental para el Derecho inmobiliario. No silenciaremos nuestro juicio adverso, procurando, claro está, que sea siempre respetuoso y objetivo. Desde 1954 venimos colaborando en esta sección de Jurisprudencia, y es la vez primera que escribimos en tal sentido disconforme.

A) *Resumen de antecedentes* (que tomamos de los resultandos de la propia sentencia del Tribunal Supremo):

- a) Los hechos.

El litigio se refiere a una casa sita en el pueblo de Alfafar, a la que nos referiremos en lo sucesivo diciendo «la casa».

Don José L. la compró a don Alejandro C. Este la había comprado al comerciante de Valencia don Manuel V. Por causa de hallarse envuelto este último en ciertos autos de suspensión de pagos, luego de quiebra, don José se ha quedado sin la casa; don José había adquirido de buena fe de quien en el Registro podía vender y, a su vez, había inscrito. Nada le ha valido. Ni aun siquiera el alegar (la nota sentimental y moral siempre ayuda a los preceptos legales, incluso, claro está a los de la L. H.), que era un modesto empleado al servicio de un fabricante de muebles de Benetuser; que había llegado a conseguir algunos ahorros (presentó su libreta de ahorros) con la ilusión de dejar de ser inquilino y vivir en casa propia con su esposa e hijos.

Puntualicemos:

El comerciante don Manuel V. fué declarado en estado legal de suspensión de pagos, que terminó por convenio aprobado mediante auto de 13 de diciembre de 1949, convenio consentido por todos los acreedores, en el que se estableció que el suspendido liquidaría a sus acreedores, abonándoles la mitad de sus respectivos créditos, cada uno de los años 1950 y 1951. El comerciante no cumplió lo convenido con uno de los acreedores, o por lo menos, uno de éstos es el que instó una nueva reclamación en el mismo expediente de suspensión de pagos, a consecuencia de la cual se dictó providencia en 9 de mayo de 1951 por el Juzgado, para que el suspendido consignase en la mesa del mismo la cantidad correspondiente, no pagada, en el plazo de ocho días. El comerciante siguió sin pagar. Por ello, el 23 de noviembre de 1951 se presentó la solicitud de quiebra que fué resuelta por auto de 6 de febrero de 1952, en el que se fijó como *fecha para la retroacción la de 7 de junio de 1949, la inicial de la suspensión de pagos*, o sea la del escrito de 7 de junio de 1949. por el que se solicitó la suspensión de pagos.

El 2 de julio de 1949, el tan referido comerciante don Manuel V. había vendido a don Alejandro C. la casa, mediante escritura otorgada ante el Notario de Valencia, don Luis Calero, por precio de 28.500 pesetas.

El 14 de febrero de 1952, don Alejandro C. vendió a don José L. la misma casa, mediante escritura otorgada ante el mismo Notario y por el mismo precio de 28.500 pesetas, confesado recibido.

En esta última escritura compareció el tan aludido comerciante don Manuel V., que era inquilino, a la sazón, de la casa y renunció generosa y espontáneamente a los derechos de tanteo y retracto y se comprometió a dejarla libre y a disposición del comprador, dentro del plazo de dos meses, contados desde la fecha de la escritura.

b) Demanda y contestaciones. Sentencia en Primera Instancia. Recurso de apelación y su fallo.

La Sindicatura de la Quiebra de don Manuel V. demandó a los dos sucesivos adquirentes de la casa, suplicando una sentencia por la que se declarase: a) Que eran ineficaces, nulos y fraudulentos respecto a los acreedores del comerciante don Manuel V. el contrato celebrado por ésta con don Alejandro C., mediante escritura otorgada el día 2 de julio de 1949, ante el Notario de Valencia señor Calero, sobre compraventa de la casa, y el celebrado por dicho don Alejandro con don José L., en 14 de febrero de 1952, en virtud de escritura otorgada ante el propio Notario de Valencia, señor Calero, sobre compraventa de la misma casa y por el mismo precio de 28.500 pesetas, que se celebró con la intervención del quebrado, incapaz para ello y para renunciar a los dere-

chos de tanteo y retracto; y b') Que eran nulas también las inscripciones que dichos contratos de compraventa de la casa en cuestión habían causado en el Registro de la Propiedad de Torrente; y condenando en consecuencia a ambos demandados: 1.º A que reconocieran la nulidad plena de tales contratos y consintieran, por tanto, la cancelación de tales inscripciones. 2.º A que el último adquirente don José L. dejase dicha finca a disposición de la Sindicatura de la Quiebra del comerciante de Valencia don Manuel V., con todos los frutos y rentas producidos y que se produjeran desde el día en que se posesionó de ella hasta aquél en que se realizara la entrega, y con imposición de costas a los demandados.

Alegaba la demanda que no era posible que el primer adquirente ignorase las condiciones en que se hallaba el vendedor don Manuel V., pues el contrato de compraventa se celebró después de haber cesado judicialmente el quebrado en el pago de sus obligaciones, y ello era suficiente para demostrar su ineficacia y nulidad; pero que, además, durante el trámite del expediente se publicaron varios edictos en el *Boletín Oficial* de la Provincia, los días 9 de septiembre, 17 de octubre y 15 de diciembre de 1949, que denotaban que el repetido don Alejandro, cuando otorgó la escritura de compraventa, no podía desconocer legalmente que el comerciante vendedor había quebrado y sobreseido pagos. Además, tanto la declaración de quiebra como la aprobación del convenio tenían su anotación en el Registro de la Propiedad, donde estaba inscrito el inmueble, y se designaban los archivos del Notario de Valencia señor Calero y del Registro de la Propiedad de Torrente, donde estaba inscrita la finca y donde se debió anotar la declaración del estado de suspensión de pagos, y posteriormente del auto, aprobando el convenio y las actuaciones del expediente de suspensión de pagos.

Que declarada y publicada la quiebra el 6 de febrero de 1952, a los ocho días después, el 14 de febrero de 1952, se produjo la segunda transmisión de la casa. Que don José L., segundo comprador, conocía, como lo sabía todo el mundo, el estado legal de suspensión de pagos en que se encontraba don Manuel V. desde el mes de junio de 1949, y no podía dicho señor legalmente alegar ignorancia de dicha suspensión y de la quiebra por la publicación aludida en el *Boletín Oficial*, ni tampoco que el Juzgado número 1 de Valencia dictó el expresado auto aprobando el convenio y libró el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad donde estaba inscrita la casa, que también fué publicado; y finalmente, que la declaración de quiebra se había hecho pública por medio de edictos. Además resultaba ser muy significativo que un señor como don Manuel V., que había enajenado el inmueble y se hallaba en estado de quiebra se prestase graciosamente a renunciar los derechos de tanteo y retracto y se comprometiera y obligase a dejar la casa libre y a disposición del segundo comprador, según constaba en la escritura segunda y en el Registro; que la sola intervención del quebrado hacía ineficaz y nulo el contrato de compraventa, pues además de la incapacidad que sobre él pesaba, existía la prohibición de renunciar derechos que no le correspondían por ser de la exclusiva pertenencia de la masa de la quiebra.

El primer adquirente, don Alejandro, contestó: Que ignoraba totalmente lo manifestado por la parte actora respecto a la suspensión de pagos y quiebra; que era cierto que había adquirido por compraventa otorgada ante el Notario señor Calero, con fecha 2 de julio de 1949 y que inscribió su título en el Registro de la Propiedad de Torrente, sin que de dicho Registro se dedujera que hubiera ningún impedimento que incapacitara al titular registral, señor V.,

para disponer del inmueble. Que en cuanto a que no podía el alegante desconocer legalmente el expediente de la quiebra era una afirmación completamente personal del actor, que estaba sobre este particular en un error. Se extendió en otras alegaciones y terminó suplicando una sentencia desestimatoria de la demanda y la imposición de costas al demandante.

El segundo adquirente, don José, contestó y se opuso a la demanda reproduciendo primeramente diferentes fechas que se señalaban con todo detalle por la representación de la parte actora, para que se advirtiera por el Juzgado que desde el día 7 de junio de 1949 hasta principios de 1952, o sea, casi cerca de tres años después, no se había preocupado ningún acreedor ni la Sindicatura de la Quiebra de que se reflejara esa situación judicial de don Manuel V. Que la parte actora decía que tanto la declaración de la quiebra como la aprobación del convenio tenían su anotación en el Registro de la Propiedad; pero que *nada de ello era cierto*, y para demostrarlo le bastaba con acompañar una certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Torrente (núm. 1), en la que se acreditaba que *hasta el día 3 de diciembre de 1952*, no constaba en los libros del Registro que sobre la casa—adquirida en 14 de febrero de 1952 por el contestante—se hubiese impuesto gravamen alguno, ni limitación o prohibición que hiciera referencia al libre dominio, y se extendía en diferentes consideraciones sobre ello.

En cuanto a la compra que con fecha 2 de julio de 1949 hizo don Alejandro C., no era al contestante a quien correspondía comentar lo que sobre ello se consignaba. En cuanto a lo que afectaba al que exponía, debía manifestar que él era un modesto empleado al servicio de un fabricante de muebles de Benetuser (citaba su nombre y acompañaba el correspondiente documento) y que gracias a su trabajo había llegado a conseguir algunos ahorros y como vivía en una casa alquilada aspiraba a poseerla propia para vivir con su esposa e hijos. Se extendió en otras consideraciones y acompañó, entre otros documentos, el original de una libreta de ahorros para comprobar la conducta del que contestaba y su prudencia al tratar de ahorrar parte de sus modestos emolumentos, fruto de su trabajo. Añadía que ninguno de los documentos a que se refería el demandante podía acreditar que en el Registro de la Propiedad de Torrente (única oficina en la que debió hacerse constar) figurase *ni la más ligera mención del expediente de suspensión de pagos, ni de la quiebra, ni de la posible limitación de capacidad de don Manuel V.* Todo ello sin contar con que había adquirido la casa de don Alejandro C., no del quebrado y dicho don Alejandro era el titular indiscutible de la misma, según el Registro. Suplicó una sentencia absolutoria con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado número 1 de Valencia dictó sentencia, declarando: 1.º La nulidad absoluta e ineficacia legal del contrato de compraventa celebrado por el quebrado con don Alejandro C., mediante la reseñada escritura; nulidad e ineficacia aplicables al concertado sobre la misma casa en 14 de febrero de 1952, por el cual don Alejandro C. la vendió a don José L. 2.º Que eran nulas igualmente las inscripciones de dominio causadas por dicho contrato en favor de los demandados en el Registro de la Propiedad de Torrente, las cuales deberían ser canceladas, y condenando, en consecuencia, a los repetidos demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y a don José L., como actual poseedor del derecho de la finca de referencia, a que la pusiera a disposición de la Sindicatura de la Quiebra de don Manuel V.; sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Apelada dicha sentencia por la representación de los demandados, la Audiencia Territorial dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juez de primera instancia, declarando: 1.º La nulidad absoluta e ineficacia legal del contrato de compraventa celebrado por el quebrado con el adquirente *de buena fe*, don Alejandro C., mediante escritura otorgada el 2 de julio de 1949 ante el Notario señor Calero; nulidad e ineficacia asimismo aplicable al concertado sobre el mismo inmueble, mediante escritura de 14 de febrero de 1952 ante el mismo Notario, por el cual don Alejandro C. vendió la casa a don José L. 2.º Que eran igualmente nulas las inscripciones de dominio causadas por dichos contratos en favor de los demandados referidos, en el Registro de la Propiedad de Torrente, que deberían ser canceladas; y en su consecuencia condenó a los repetidos demandados a estar y pasar por tales declaraciones, y a don José L. como actual poseedor de los derechos de la finca, a que la pusiera a disposición de la parte actora, la Sindicatura de la Quiebra; sin hacer declaración especial sobre las costas producidas en ambas instancias.

B) *Recurso de casación.*

a) *Motivos.*

Se interpuso recurso de casación por la representación del último adquirente don José.

No comparecieron en él ni la Sindicatura de la Quiebra ni el otro demandado, el primer adquirente, don Alejandro, por lo cual la sentencia de la Audiencia quedó firme en cuanto a este último.

El recurso se fundó en los siguientes motivos:

1.º Infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 4.º y 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, el artículo 42 de la L. Hipotecaria y el 142 de su Reglamento; lo que se razonó, en síntesis, así:

El recurrente don José L. era tercero hipotecario, obró de buena fe, adquirió su derecho, a título oneroso, de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir, y a su vez, había inscrito su compra en el Registro de la Propiedad, por lo cual se daba claramente el supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Como el transmitente don Alejandro C. no había interpuesto el recurso de casación, la sentencia de la Audiencia había quedado firme respecto de él, y, por tanto, se estaba en el supuesto fáctico del artículo 34, ya que la causa de la anulación del título del transmitente no constaba en el Registro.

Si hubiera habido constancia en el Registro de dicha causa de anulación, el recurrente carecería de todo derecho, pero al no existir tal constancia, debía ser mantenido don José L. en su adquisición. La falta de constancia resultaba de modo terminante, según el hecho que se declaraba probado en la sentencia de Primera Instancia, reproducido en la de la Audiencia, y aparecía de la prueba documental terminante constituida por la certificación del Registro de la Propiedad.

Invocó la doctrina de la sentencia de 17 de marzo de 1934, que mantuvo el criterio de que «por el hecho de ostentar una inscripción de dominio en virtud de adquisición por título oneroso de aquellas personas que, como dueñas, figuraban en el Registro, se está a cubierto de toda nulidad o resolución no derivada claramente del mismo Registro».

Y tanto es así, añadía, que la propia sentencia recurrida, en el segundo de sus considerandos razona la no cualidad de tercero de don Alejandro C. y la no aplicación a este señor del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero guardaba un absoluto silencio respecto a don José L. Y para este último debía haber también razonado la no aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, máxime cuando, conforme al interesantísimo considerando de la sentencia recurrida, era el que perdía la cosa que adquirió de buena fe y el dinero que por ella pagó también de buena fe, produciéndose una resultancia cuya injusticia y antijuricidad se reconocía paladinamente en el cuarto considerando de la sentencia recurrida.

Además, añadía, la parte demandante era la única responsable de que los derechos de los acreedores no estuvieren garantizados. Los actores incurrieron en diferentes omisiones o incumplimientos de los deberes legales, el primero de los cuales era el haber incumplido lo que dispone el artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos que dice: Esta providencia, de la que se dará publicidad en la forma que el Juez estime conveniente (se refiere a la providencia teniendo por solicitada la suspensión de pagos), se anotará en un registro especial que se llevará en cada Juzgado, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso; y además, entre las omisiones correspondientes a los interventores de la suspensión están, conforme al número 3.º del artículo 5.º de la Ley dicha, el informar al Juez de cuanto importante ocurra respecto al suspenso y sus negocios para las resoluciones que procedan en defensa de los acreedores.

Y esto no se cumplió en el caso de autos. En el extremo segundo del considerando segundo de la sentencia de Primera Instancia se dice que se dió publicidad al expediente por edictos: pero, añade el recurrente, ni se anotó la suspensión de pagos en el Registro de la Propiedad, ni en el Mercantil, según se dice en el extremo 6.º del considerando segundo de la sentencia de Primera Instancia y en la certificación librada por el Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Se celebró el convenio, se aprobó con consentimiento de todos los acreedores; pero también en cuanto a este extremo, los actores infringieron las disposiciones legales con arreglo a lo que dispone el artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, según el cual el Juez dictará auto aprobando el convenio y adoptará las providencias que correspondan, librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad.

No solamente los interventores de la suspensión son los que tienen intervención, sino que también la tienen todos los acreedores y toda la masa de acreedores reunidos en junta no cumplió el mandato legal de anotar en el Registro de la Propiedad, sin que el Juez debiera hacerlo de oficio por ser la justicia civil rogada.

La quiebra se declaró por incumplimiento del convenio y no de una manera independiente, por tanto, aquí la quiebra no era una situación jurídica que se presentaba en un momento, sino que era una continuación legalmente tipificada del estado anterior de suspensión de pagos y no se podía considerar desligada de él. Siendo los mismos acreedores los de la suspensión de pagos que los de la quiebra, la masa de acreedores de ésta era continuación de la masa de acreedores de la suspensión y heredera, por decirlo así, de los derechos y obligaciones de ella; el incumplimiento de los deberes que a los acreedores imponía la ley dentro del período de retroacción surtía sus efectos en la quiebra.

Decía a continuación el recurrente que la anotación en el Registro de la Propiedad de la suspensión de pagos o del convenio para que tuvieran efectividad frente a tercero, era necesaria, porque en primer lugar el artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 ordena la anotación y lo mismo el artículo 17, anotación admitida por el artículo 42 de la Ley Hipotecaria. Y si bien es verdad que el artículo 878 del C. Comercio, en términos absolutos, hace suponer que nada de esto es necesario, ya se verá que actualmente es muy discutible la vigencia de este arcaico precepto. Todos los derechos que de él dimanaban están interferidos por otros que pudieran nacer de preceptos de análoga jerarquía, como en este caso, la Ley Hipotecaria. Los efectos del artículo 878 del Código Mercantil, p.º 2.º cuando la quiebra es continuación de una suspensión de pagos y motivada por el convenio concertado en la suspensión estaban condicionados, respecto a terceros hipotecarios de buena fe, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2.º Infracción del artículo 5.º del Código Civil, al aplicar la sentencia recurrida el 878 del Código de Comercio, prescindiendo en absoluto de todas las leyes posteriores del mismo rango jerárquico. La ley posterior deroga la anterior en todo aquello que pueda oponerse a su efectividad. Se extendía en diversas consideraciones sobre esta idea o tesis.

3.º Infracción por aplicación errónea del artículo 33 de la Ley Hipotecaria en relación con el 878 del Código Mercantil. Debe tenerse en cuenta, expuso el recurrente, la deficientísima terminología jurídica de nuestra doctrina y nuestra legislación al tiempo de promulgarse el Código Mercantil. El artículo citado dice que los actos de dominio del quebrado, posteriores a la fecha inicial de la declaración, serán nulos. Esta palabra «nulos» no es exacta en su terminología legal y doctrina actual. Después del Código Mercantil se publicó el Civil, y en éste son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley (art. 4.º). El acto litigioso, cuando se concertó, no era contrario a la ley, y tampoco después. Únicamente existe nulidad en los contratos cuando sean contrarios a las leyes o cuando carezcan de algunos de los requisitos esenciales para su validez enumerados en el artículo 1.261 del Código Civil. Y en el caso de autos estos requisitos se dieron plenamente y se seguían dando.

La verdadera categoría de la acción ejercitada no podía ser otra que una acción rescisoria prevista en el artículo 1.291 del Código Civil, que declara rescindidos los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe. Pero el artículo 1.297 del mismo Código excluye de la posibilidad de rescisión las enajenaciones hechas a título oneroso, salvo el caso de que se hubiese antes pronunciado sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo contra el enajenante, y esta excepción estaba lejos de poderse aplicar al caso presente.

El artículo 33 de la Ley Hipotecaria se aplica erróneamente, añadía, porque el contrato no es nulo, ni lo fué en su nacimiento, ni en su perfección, ni en su consumación.

4.º Infracción del artículo 37 de la Ley Hipotecaria. Dice este artículo que «las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta ley». Y éste era el caso del recurrente, que tiene perfecto derecho a la protección registral y real del artículo 34, y, por ende, de éste.

Tampoco pueden serle de aplicación alguna las excepciones, porque descartando las de los números 2.º y 3.º de dicho artículo 37, por su absoluta falta de relación con el hecho debatido, quedan por examinar la 1.ª y la 4.ª

La 1.^a se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, y éste, según diciendo, no es el caso de autos, como queda expresado antes. En cuanto al caso 4.^o, que permite la efectividad de las acciones rescisorias respecto de las enajenaciones hechas en fraude de acreedores, tampoco era el caso de autos, puesto que ni don José L. era cómplice en el fraude, sino un tercer adquirente, y no de don Manuel V., y, sobre todo, porque conforme a los hechos probados que recoge la sentencia, obró siempre de buena fe.

Finalmente, se añadía en el escrito, que debía rendir a la Sala sentenciadora de la Audiencia el homenaje que merecía el cuarto de los considerandos de su sentencia. Resaltaban en él, el disgusto, la resistencia íntima, con que la Audiencia había dictado el fallo recurrido y se podría decir que rogaba que la jurisprudencia modificase de manera terminante esa «brutal» aplicación del artículo 878 del Código de Comercio. Creía, según diciendo el recurrente, que la Sala sentenciadora obró influenciada por una interpretación muy partidista de los tratadistas de Derecho Mercantil, que con polarización profesional excesiva, aunque explicable, todo lo enfocaban dentro del punto de vista de la preponderancia y sustantividad del Derecho Mercantil. Al no haber anotado en el Registro de la Propiedad los acreedores del quebrado los actos de la suspensión de pagos, abandonaron la protección jurídica que las leyes mercantiles les concedían y crearon un estado de anormalidad jurídica, nacida de una negligencia suya y de la que debían ser responsables conforme al artículo 1.902 del Código Civil. Si hubieran cumplido con sus obligaciones de anotar la suspensión o el convenio, jamás el recurrente hubiera comprado la finca y jamás se hubiera, por tanto, promovido este pleito.

b) Sentencia del Tribunal Supremo.

Primer Considerando.

Que la Sala de instancia aplica con el criterio riguroso impuesto por la jurisprudencia, el artículo 878 del Código de Comercio, que agravando sin duda el contenido de los artículos 1.035 y 1.036 del Código de 1829, sus predecesores, determina de manera inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado, en período comprendido dentro de la fecha de retroacción declarada y firme de la quiebra, en el cual se hallan incluidas las enajenaciones realizadas por el quebrado, objeto de la demanda de la Sindicatura rectora del presente pleito; nulidad radical *ipse legis potestate et auctoritate*, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición, inoperante en los casos a que se refiere aquel precepto y los siguientes, con lo cual cae toda la argumentación en que se basa el motivo inicial articulado por el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocado como infringido por violación de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los 4 y 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, el 42 de aquella y el 142 de su Reglamento, que mantiene con criterio equivocado, contrario al de la Sala y a la doctrina de este Tribunal, consignada principalmente en las sentencias de 17 de febrero de 1909 y 7 de marzo de 1931, amén de las que con éstas se mencionan en la sentencia recurrida, por lo que debe rechazarse ese motivo; pues no cabe poner en duda que anulado radicalmente el derecho del transmitente, queda anulado el del recurrente, en cuyo contrato también intervino el

quebrado y no pudo desconocer el comprador por el examen del Registro, la procedencia de la cosa adquirida y dado que de las acciones contra que puede cubrirse el tercero, conforme al artículo 37 de la repetida Ley Hipotecaria, que también se invoca en otro motivo, no figuran las correspondientes a las nulidades de esta especie, ejercitadas y declaradas, según la sentencia impugnada.

Segundo Considerando.

Que igualmente debe desestimarse la infracción del artículo 5.º del Código Civil relativo a la derogación de las leyes, pues ni la Sala de instancia aplica precepto alguno derogado, ni tampoco se produce conflicto de leyes; porque el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria regulan materias especiales que se armonizan y completan, que no se derogan y cuya interpretación y aplicación realizada por la sentencia no afectan al referido artículo, por cuanto en aquél se contemplan casos especiales que han de prevalecer en interés de la quiebra para evitar el injusto desmoronamiento de la masa de la misma, en el «próximo tempus decoetionis», no previsto específicamente en el Derecho Inmobiliario, como lo está en la Legislación Mercantil, lo que determina la improcedencia del motivo segundo.

Tercer Considerando.

Que los motivos 3.º y 4.º decaen igualmente porque la nulidad radical admitida por la sentencia recurrida, no puede ser subsanada por la inscripción que arrastra, en aras del patrimonio del quebrado intangible para éste a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos a los que derivan causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes, debido a lo que no incurre la sentencia de instancia en los vicios que en tales motivos se denuncian en relación con los artículos 33 y 37 de la mencionada Ley Hipotecaria, consecuencia que ya fluye de la desestimación del primer motivo al establecer la inaplicación al caso debatido del artículo últimamente citado, además de otras premisas que en contra de él quedan establecidas.

Cuarto Considerando.

Que por último, habiéndose declarado en la sentencia recurrida la nulidad de la compraventa realizada por el quebrado en favor de don Alejandro C. y la consiguiente anulación de la inscripción, que se manda cancelar, practicada a su favor en el Registro, al no ser recurrida y quedar firmes las declaraciones y condena que suponen, no puede resultar amparado el derecho del recurrente que deriva de ese contrato e inscripción, porque la casación que pretende sobre la subsistencia de la parte expresada de la sentencia que no se recurre, deja sin apoyo su posición de recurrente parcial por pretender algo que no puede tener efectividad por la ausencia de poder para transmitir en su causante y la cancelación de su inscripción, que rompe civil e hipotecariamente el tracto sucesivo por pérdida del dominio y cancelación de la inscripción del transmitente, cuya ruptura no se impugna en el recurso como pudo y debió a los fines que persigue, razón que afecta a todos los motivos del recurso, y con lo expuesto en anteriores párrafos, determina su total improcedencia.

FALLO.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, condenando al recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito...

c) Comentario y... esperanza.

Empecemos por tener a la vista el artículo 878 del Código de Comercio, que dice: «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.»

Interesa destacar del primer considerando, las siguientes afirmaciones:

1.ª Que la Sala de Instancia aplica con el riguroso criterio impuesto por la jurisprudencia el artículo 878 del Código de Comercio, y,

2.ª Que no cabe poner en duda que anulado radicalmente el derecho del transmitente, queda anulado el del recurrente, en cuyo contrato también intervino el quebrado, y no pudo desconocer el comprador por el examen del Registro la procedencia de la cosa adquirida.

Las sentencias del Tribunal Supremo han sido, en efecto, rigoristas, aplicando dicho precepto del Código de Comercio, pero todas (al menos, las que hemos podido encontrar) infinitamente menos que la que nos ocupa.

La de 17 de febrero de 1909, se refiere a una hipoteca en garantía de los intereses de un préstamo. No surgió el tercero hipotecario; se le aplicó la nulidad al que había contratado con el quebrado, y además (esto es importantísimo) tal contratante actuó de mala fe, según la misma sentencia. Pero es más, este fallo de 1909 viene a dejar a salvo a la Ley Hipotecaria, cuando razona así: «Considerando que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, claramente se refiere a los segundos o posteriores adquirentes de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, y por ello el término de prescripción de un año en el mismo señalado, no es aplicable a favor de P., porque *fué primer adquirente*.

La sentencia de 7 de marzo de 1931 contempla el caso de una transferencia o cesión de ciertos créditos, en la que no surgió tampoco la figura del tercero hipotecario.

No conocemos sentencia alguna del Tribunal Supremo en la que se haya aplicado el artículo 878 al tan aludido tercero.

Por ello, entendemos que las sentencias de instancia y la de casación no aplicaron el riguroso criterio de la jurisprudencia, sino uno rigurosísimo, extremadamente grave y dañoso para la seguridad del comercio jurídico.

Y quede aquí constancia también, de que el riguroso—menos riguroso—criterio de la jurisprudencia anterior ha sido criticado por varios comentaristas que lo encuentran lleno de peligros para la certeza y tranquilidad de la contratación inmobiliaria e inadecuado a nuestro tiempo. Si en 1829 (1) esa nulidad radical no podía ofrecer grandes peligros, en definitiva, en cuanto a la propiedad inmobiliaria porque la fortuna inmobiliaria del comerciante era entonces escasa, la propiedad territorial estaba concentrada en manos de

(1) Seguimos en este párrafo a José M. Giralt, en *Conferencia sobre la retroacción de la quiebra en el Colegio Notarial de Barcelona. Conferencias, cursillos*, 1950-1951, págs. 237 y sigs. Véase, además de los Tratados clásicos, «Rev. de Dcho. Mercantil», núms 52 y 69, trabajos de J. A. Sotillo Navarro y de J. Domingo Jiménez Escárzaga; y *La Reforma de la Quiebra en Francia*, por F. Goré, en «Anuario de Derecho Civil», fascículo 2.º, tomo X.

quienes por lo regular no ejercían el comercio y la facilidad de información respecto al estado de solvencia del comerciante, dada la reducida importancia de las poblaciones, lo que permitía tomar las precauciones debidas, y no se había publicado la Ley Hipotecaria, añadimos nosotros. Por el contrario, en 1885 la situación era distinta, y del mismo modo que antes había que preocuparse de si el que nos vendía una finca estaba afectado por uno de los casos de hipoteca tácita, general, y hasta privilegiada, también había que preocuparse de si había sido comerciante, y, por consiguiente, de si estaba o no al corriente de sus pagos...

En cuanto a la segunda afirmación, que hemos destacado, del primer considerando, empecemos por dejar sentado que partimos de que don José L., el segundo comprador de la casa, fué adquirente de buena fe y de que nada referente a la suspensión de pagos y quiebra constaba en el Registro cuando dicho señor compró y, a su vez, inscribió. En una palabra, que era tercero hipotecario. Así se deduce de la sentencia estudiada.

Y sobre tales hechos, se da como cuestión evidente e indiscutible que anulado el derecho del transmitente, el del que compró al quebrado, queda anulado el del tercero. Así, sin más explicaciones. Desapareció de un plumazo el tan estudiado principio de la Fides Pública Registral y el de Legitimación; perdieron su eficacia en un instante, los preceptos más básicos de nuestro sistema inmobiliario, que tan eficaces servicios han prestado y prestan a la seguridad de las transacciones, al desenvolvimiento del crédito, al desarrollo de las grandes poblaciones.

Añade la sentencia: «En cuyo contrato también intervino el quebrado.» Es decir, que en el contrato por el que compró el tercero, también intervino el quebrado. Pero recuérdese que su intervención fué como inquilino, no como transmitente. Parece como si la sentencia se arrepintiera de haber llegado demasiado lejos y lanza esta especie de acusación, para enturbiar la posición del tercero, en cuyo estudio no entra; o tal vez para no caer dentro de la doctrina de la sentencia del mismo alto Tribunal de 9 de junio de 1932, en la que se puede leer que el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, nunca puede afectar, ni tener consecuencias, en relación con actos y contratos en los que el quebrado o no tuvo intervención alguna, o si intervino como otorgante, fué en representación ajena.

Pudo apurarse la cuestión y contemplar o estudiar el valor y eficacia de esa renuncia hecha por el quebrado a derechos especiales nacidos para él como inquilino, de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero esa intervención, lógicamente, no puede equipararse a la del vendedor y tener o implicar efectos tan importantes como la nulidad de la venta.

Añade el considerando que «no pudo desconocer el comprador por el examen del Registro la procedencia de la cosa adquirida». ¿Pero, en qué quedamos, se trata o no de un problema de buena fe? Y aunque de pasada salga esta cuestión a la litis, ¿es que no basta el conocimiento del asiento del que transmite, que en este caso no era el quebrado? ¿Tendrá que indagar el comprador toda la cadena de anteriores titulares y tratar de informarse de si alguno de ellos es comerciante que pueda quebrar? ¿Tan difícil, tan complicada, se va a poner la buena fe? Conviene recordar aquí, palabras de Roca a este respecto: «No queda privado un tercer adquirente de su buena fe por el hecho de que conozca la inexactitud o vicio de una inscripción anterior en base de la cual ya funcionó la fe pública registral a favor de quien se apoyó en ella.» Por ello, si un adquirente anterior ya fué protegido por la fe pública,

por reunir la circunstancia de buena fe, ya no puede exigirse a ningún otro adquirente posterior el requisito de la buena fe respecto de la misma inexactitud o vicio, pues aquel adquirente anterior adquirió en firme o definitivamente y ya no puede reproducirse el problema. Dice Serrano Serrano, con referencia al sistema suizo, que el adquirente no debe preocuparse, sino de la validez de la inscripción de su tradente inmediato, no de los anteriores. Wieland, al sostener el mismo criterio, lo funda en que la adquisición de buena fe por el adquirente anterior y después transferente, ha dado origen a un nuevo derecho de propiedad, independiente de aquél del titular precedente.

La sentencia de 28 de junio de 1941 citada por Lacruz (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, p. 267), sostiene que una sociedad que pretendía ser tercero hipotecario, no mostró la debida buena fe al no hacer una averiguación que le hubiera sido sumamente fácil, ante la «anomalía» con que el contrato se presentaba, lo que no supone obligarla a un estudio jurídico.

¿Se presentó con «anomalías» la compra de don José? Nada se deduce de la sentencia comentada.

El segundo considerando, impelido ya por el primero, aparta a la Ley Hipotecaria de la fuerza arrolladora que otorga al artículo 878 del Código de Comercio y coloca el interés de la masa de la quiebra sobre todo otro interés, sobre todo adquirente.

¿Y es más digno de protección el interés de la masa de la quiebra que el del tercero que no compró al quebrado, sino a otra persona distinta que de él traía título oneroso?

¿Es más protegible el interés particular de unos acreedores, que en este caso se ve que obraron con evidente desgana o negligencia, que el general, social, de la seguridad jurídica de la contratación?

Y apartándonos de ese campo de los intereses protegibles, ¿cómo se puede desconocer el valor evidente, positivo, legal y jurisprudencial de los artículos de la Ley Hipotecaria citados por el recurrente? ¿Por qué había de prever especialmente don José L. el caso de la quiebra de un antecesor a su vendedor, si los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria son de una absoluta generalidad, sin excepciones ni campos acotados a donde su obligatoriedad no llegue?

Sostiene el tercer considerando la inoperancia de los preceptos hipotecarios por no reconocer la condición de terceros protegidos a los que deriven causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes. ¡Curioso y nuevo matiz en el concepto de tercero hipotecario! Según esto, parece que basta la existencia de un quebrado en una serie de transmisiones para que desaparezca la posibilidad de ser tercero hipotecario. No importa, parece, aunque se trate de un tercero, cuarto o quinto adquirente a contar desde el quebrado. Supuesto, en verdad, no contemplado por los tratadistas de Derecho inmobiliario que viene a sembrar profunda confusión en los conceptos tenidos hasta ahora por básicos y definitivos. Tantas y tantas páginas de los tratadistas de Derecho hipotecario y de las revistas profesionales dedicadas a perfilar ese tercero hipotecario, destinatario principal de todo el sistema inmobiliario, y he aquí que a todos, absolutamente a todos, se les había escapado este detalle fundamental: en cuanto un quebrado entra en acción, ya no hay tercero posible ya no hay normas de Derecho inmobiliario, ya sólo vale el Código de Comercio.

El cuarto considerando es consecuencia de los anteriores. Si se estima que no hay tercero hipotecario posible, que no hay defensa en la legislación inmo-

billaria, firme la anulación de la primera compra y de su inscripción, nada puede hacer el último comprador.

En resumen: de cierta sentencia del Tribunal Supremo dijo el profesor Pérez Serrano que no calzaba el coturno que le correspondía. La pluma que esto escribe no se atreve a plagiar al ilustre jurista y a traer su locución a estas páginas; pero sí a decir con el mayor respeto que la sentencia de 17 de marzo de 1958 ha aplicado un remedio heroico, extremadamente radical, para que a la masa de una quiebra nada le falte, y con ello ha iniciado una brecha profunda y peligrosísima en los mismos cimientos del Derecho inmobiliario, de la legislación hipotecaria, base de la seguridad en el comercio jurídico. De mantenerse este criterio, ya nunca podremos aconsejar con seguridad una compra, ya no sabremos nunca cuándo está garantizada una adquisición. A los dos o tres o más años de tener nuestra casa o nuestra finca, podrá aparecer la sombra maléfica de un quebrado, segundo, tercero o cuarto transmitente anterior al nuestro, que todo lo arrollará y anulará. Hipoteca legal tacita, con la que, en verdad, hasta ahora no se contaba.

Ni desde el punto de mira de una jurisprudencia de intereses ni desde el de una jurisprudencia de conceptos encontramos explicable la decisión.

Pero, como el poeta, hagamos un duelo de esperanzas; de sabios es cambiar de opinión, dice el adagio, y la Jurisprudencia bien puede, como en otros casos, matizar o variar un criterio en resoluciones posteriores. Con esa esperanza terminamos estas líneas.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1
de abril de 1958.*

SE TRATA DEL CURIOSO CASO DE UNA DONACIÓN CUANTIOSA DE VALORES INDUSTRIALES REALIZADA EN ESCRITURA PÚBLICA, OTORGADA A LAS DIEZ HORAS Y QUINCE MINUTOS DE LA MAÑANA, SE DISCUTIÓ SI LA COTIZACIÓN DE AQUÉLLOS HABÍA DE SER LA DEL DÍA DEL OTORGAMIENTO O LA DEL DÍA PRECEDENTE, Y EL TRIBUNAL CENTRAL RESUELVE QUE DEBE SER LA DEL DÍA DEL OTORGAMIENTO.

Antecedentes.—Un padre donó a su hijo un lote de valores industriales en escritura pública, otorgada a la hora indicada de un determinado día, y la Oficina liquidadora los valoró, a los efectos de determinar la base liquidable, aplicando la cotización de ese día, como previene el artículo 64 del Reglamento del Impuesto, en 3. 637.000 pesetas.

No conforme el interesado con semejante valoración, entabló recurso alegando que, a tenor del citado artículo, en las transmisiones de efectos públicos y valores comerciales e industriales se fijará la base liquidable por el valor efectivo resultante de la cotización en Bolsa del día en que la adquisición tenga lugar, pero,

en el caso, realizada la operación, según expresa la escritura, a las diez y cuarto de la mañana, hora en que la sesión de bolsa, correspondiente al día del otorgamiento, no había comenzado, la base fiscal no debió determinarse por la cotización de ese día, sino por la del inmediato anterior, de acuerdo con el mentado artículo, puesto que tal norma legal se refiere al día bursatil y no al día natural; y, por consiguiente, la cotización aplicable debía ser la del día precedente al de la fecha de la escritura, y la base liquidable la resultante de tal cotización o la más inmediata anterior, dentro del trimestre precedente, en su caso.

El Tribunal provincial estimó intrascendentes las predichas alegaciones, porque el texto citado se refiere al día natural y completo, no siendo factible tomar la cotización anterior a la fecha de la transmisión más que en el caso de que en la fecha de ésta no se hubiesen cotizado los efectos o valores transmitidos; y el Tribunal central, confirmado el acuerdo del inferior, dijo que al no existir precepto en contrario hay que atenerse al contexto del citado artículo 64, en concordancia con el 7.º del Código Civil, o sea, entendiendo que los días son de veinticuatro horas, y estimando que la cotización de cada día natural es la que consta en el acta de la Junta Sindical de la Bolsa, correspondiente al día solar de que se trate, cualquiera que sea la hora de otorgamiento del documento transitorio.

Comentarios.—Aunque el caso no deje de ser original y no menos original la tesis del recurso, no puede ofrecer duda que la interpretación del precepto fiscal no puede ser otra que la anotada, ya que no es admisible, sin precepto expreso en contrario, establecer un cómputo de los días que no coincida con el normal de las veinticuatro horas contadas a partir de las doce de la noche del día anterior, o, para otros efectos, desde la salida a la puesta del sol. Ciertamente, para los casos de fuertes oscilaciones bursátiles, la pretendida interpretación del artículo 64 podría tener trascendencia y no pequeña complicación aplicada a las transmisiones *mortis causa*.

Con la misma fecha el Tribunal central dictó idéntica resolución en otra escritura de donación análoga a la estudiada.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 1958.

SE TRATABA DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO GEOLÓGICO Y UNA COMPAÑÍA DEDICADA A PRACTICAR SONDEOS DE INVESTIGACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS, POR EL QUE LA SEGUNDA SE COMPROMETIÓ A REALIZARLAS EN LA ZONA DE SOBERANÍA DE MELILLA, CON SUS PROPIOS ELEMENTOS Y MAQUINARIA, SIENDO DE CUENTA DEL INSTITUTO TODOS LOS GASTOS.

LIQUIDADO EL CONTRATO COMO CONTRATO MIXTO, EL TRIBUNAL RESUELVE QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

Antecedentes.—En el contrato se estableció que el Instituto fijará la situación de los sondeos en los que se habrá de instalar la maquinaria precisa para alcanzar las profundidades estipuladas, se determinó el precio del metro lineal y del transporte de la maquinaria y materiales necesarios para la realización de las obras, así como que sería de cuenta del Instituto Geológico el agua que exigen las perforaciones y el importe del cemento empleado, en caso de inyecciones, puesto a pie de obra.

Al hacer efectivos los libramientos para cobrar las facturas de los trabajos realizados por la Compañía, la Oficina liquidadora de la Caja general de Depósitos liquidó el contrato por el concepto de contrato mixto, número 22 de la Tarifa, al 2,25 por 100, y la Empresa recurrió la liquidación ante el Central, invocando el tenor literal del contrato, de que se desprende la absoluta ausencia de suministro alguno, ya que si en los sondeos se hace necesaria la inyección de cemento para prevenir posibles hundimientos de las paredes, tal material no es más que un anexo del funcionamiento de las máquinas, y si bien estos anexos accidentales se citan en todos los contratos, en el cuestionado no ha sido necesaria su utilización. Por consiguiente, es claro que se trata simplemente de un contrato de obras y que la liquidación debe ser anulada.

El Tribunal central estimó la reclamación y anuló la liquidación ordenando que fuese sustituida por otra sobre la misma base y por el concepto de «contrato de obras». Sus fundamentos fueron que el contrato cuestionado reúne todas las características del

contrato de arrendamiento de obras y servicios, tal como lo configura el artículo 1,544 del Código Civil, con los dos aspectos que el mismo contempla relativos al servicio, trabajo o actividad profesional prestado a otra persona, y a obtención, mediante tal actividad, de una nueva cosa o modificación de la anteriormente existente.

En cualquier caso, añade, esta modalidad del tráfico patrimonial está comprendida en la definición fiscal establecida en los artículos 16 y 18 del Reglamento del Impuesto como contrato de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra, sin que en el analizado quepa estimar la existencia de un verdadero contrato mixto, es decir, que a la par de la relación jurídica de servicio o de obra no surge la de suministro, puesto que si bien es verdad que en lo estipulado se habla de posible cementación y utilización de cemento, también lo es que expresamente se especifica que si esos materiales son necesarios para la ejecución de las obras, serán de cargo del Instituto Geológico.

A idéntica conclusión se llega mediante el análisis de la convención, ya que así como para los trabajos a realizar se especifica el precio, bien sea por metro de sondeo, bien por tiempo invertido, etc., esto no se hace con los elementos accesorios o materiales que en caso de necesidad han de incorporarse a la obra; de donde se infiere que el suministro de materiales queda fuera de la relación jurídica contractual.

En conclusión, no existiendo suministro de elementos por parte del contratista que hayan de quedar incorporados a la obra, es claro, termina diciendo el Tribunal central, que se trata de un simple contrato de servicios o de obras.

Dada la claridad de los precedentes razonamientos, nada tenemos que espigar nosotros en el caso: está patente que el contratista nada tuvo que aportar de su cuenta para incorporarlo a la obra u objeto del contrato, que es lo que caracteriza al contrato mixto según la modalidad fiscal del artículo 18 del Reglamento, consistente en establecer dos tipos distintos de tributación para los dos tipos de arrendamiento prefigurados en el artículo 1,588 del Código Civil, según que el contratista arrendador ponga su trabajo o junto con él los materiales, cuyo segundo aspecto es el que configura ante el Fisco el contrato mixto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de abril de 1958.

ESTA RESOLUCIÓN SIENTA CATEGÓRICAMENTE LA TESIS DE QUE LOS CONTRATOS VERBALES ESTÁN EN TODO CASO EXENTOS DEL IMPUESTO, INCLUSO AUNQUE EXISTA, CUANDO DE CONTRATOS CON LA ADMINISTRACIÓN SE TRATE, LIBRAMIENTO DE PAGO PARA HACERLOS EFECTIVOS, CONFIRMANDO ASÍ EL CRITERIO DE LA DE 28 DE ENERO DEL MISMO AÑO DE 1958.

La tesis de la exención a todo evento fué sostenida desde que fué publicado el Reglamento de 1947, reiteradamente en los comentarios de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y lo fué en el sentido de que los contratos verbales están exentos sin excepción alguna, ya sean de cuantía inferior a 1.500 pesetas, ya sobrepasen esa cantidad.

La jurisprudencia, en cambio, incluida la de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, junto con la del Tribunal central, empezó en sentido vacilante por tomar una actitud que pudiéramos llamar de término medio o conciliadora, consistente en decir que la exención no afectaba más que a los contratos de cuantía inferior a 1.500 pesetas, y no a los que la sobrepasasen.

Posteriormente aquella competente Sala rectificó y acabó por decir sin rodeos que la exención no daba lugar a distinguos por razón de la cuantía, y, matizando aún más los conceptos, dijo que la prueba de no ser verbal el contrato cuando esta cualidad la niegue el contribuyente, pesa sobre la Administración, y que la existencia de libramientos como medio de hacer efectivo el precio del contrato, no cambia la naturaleza de éste, convirtiéndolo de verbal en escrito.

Ahora el Central, rectificándose a sí mismo y ratificando su tesis de 28 de enero de 1958, acoge paladinamente la jurídica interpretación de la discutida exención de los contratos verbales, regulada en el núm. 5.º del art. 6.º del Reglamento de 1947, y trasladada literalmente al núm. 9.º del mismo artículo en el actual Reglamento de 15 de enero de 1959. Dice, como es sabido, que gozarán de exención «los contratos verbales cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito, sin que la mera existencia en libros de contabilidad dé lugar a la exención del impuesto».

Antecedentes.—Presentado a la Abogacía del Estado de la Caja General de Depósitos un mandamiento de pago importante respetable cantidad de miles de pesetas por cierta entidad para hacer efectivo el pago de diversos materiales adquiridos por el Ministerio de Marina, fué girada la liquidación correspondiente en el concepto «mueble», sobre el importe de lo suministrado.

La entidad suministradora recurrió ante el Central, exponiendo que a virtud de petición verbal había efectuado el suministro de primeras materias al Ministerio de Marina para la fabricación de pinturas, y que no obstante tratarse de una petición verbal se le había exigido el impuesto por el núm. 21 de la Tarifa, sin tener en cuenta que no concurrían en el caso las circunstancias previstas en el núm. 8.º del art. 2.º de la ley, y núm. 2 del art. 25 del Reglamento del impuesto, siéndole de aplicación las exenciones a que se refieren los núms. 5.º y 8.º del art. 6.º de dichos textos.

Como prueba, adveró una certificación del expresado Ministerio, según la cual el suministro de los productos en cuestión lo fué en virtud de pedido verbal y no como consecuencia de subasta ni concurso.

El Tribunal Central, entrando en la cuestión, dice que estriba en determinar si la relación jurídica está sujeta al impuesto, teniendo en cuenta que el industrial vende artículos propios de su tráfico, mediante petición verbal a un Organismo estatal que hace efectivo el precio por libramiento, con justificación plena de que no existe diligencia alguna de oferta y aceptación que tuviese reflejo en documento escrito, en el que quedase perfeccionada la convención.

Esto supuesto, la Resolución añade que aun cuando el núm. 5.º del Reglamento del Impuesto exige, para que se exceptúen del mismo los contratos verbales, que su cumplimiento no requiera que consten por escrito, no es de admitir la doctrina «algunas veces sustentada» de que, conforme al art. 1.280 del Código Civil, es necesario que consten por escrito todos los contratos cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, puesto que, a tenor del art. 1.278 del mismo cuerpo legal aquéllos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se celebren, y además el precepto ha de conjugarse con el 1.279, según el cual si la ley exigiese otorgamiento de escritura

pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones contractuales, son los otorgantes los que podrán compelerse a llenar tal solemnidad, lo que significa—sigue diciendo—que si no lo hacen, el convenio verbal es perfectamente válido y eficaz.

A continuación, el Central matiza más su criterio, y añade que aun cuando el apartado 4) del art. 48 del Reglamento dispone que para la exacción del impuesto en los contratos de suministro y venta de bienes muebles bastará «que exista cualquier diligencia o actuación administrativa escrita, aunque sólo sea para hacer efectivo el importe del precio convenido, no puede aplicarse tal disposición a un libramiento de pago, por lo mismo que éste constituye formalización y efectividad del mismo y no diligencia encaminada a hacerlo efectivo, propulsada ante la inercia de la Administración por el particular interesado, cuyo supuesto es el contemplado por el precepto comentado, ya que de identificarse el libramiento de pago con tal diligencia o actuación administrativa, holgaría la mención expresa de ésta para el caso de existir, por cuanto el libramiento es documento implícito de existencia necesaria, no eventual, en todo pago a cargo del Tesoro público, aunque no se mencione, y al especificarse aquel diligenciado de modo expreso, es porque la ley quiere conferirle sustantividad propia, de contenido distinto al susodicho libramiento».

La Resolución termina corroborando su tesis con la doctrina de varias sentencias del Tribunal Supremo, y acogiendo la reclamación con anulación de la liquidación controvertida.

Comentarios.—Concordes los puntos de vista expuestos con lo que nosotros venimos sosteniendo tesoneramente, como más arriba apuntamos en nuestros comentarios desde que la legislación del impuesto del año 1947 vió la luz, y después, al exponer en esta Revista nuestra visión del problema al comentar las sentencias del Supremo Tribunal y las Resoluciones del propio Tribunal Central referentes al tema, nada tenemos que decir aquí, como no sea que la decisión comentada y reiterativa de la anteriormente citada, zanja definitivamente la contienda; no sin añadir que la apostilla reseñada relativa a la cita del art. 48 del Reglamento, apartado 4), sirve también para interpretar el apartado 5) del mismo artículo del actual Reglamento de 15 de enero de 1959,

puesto que en él se repite el concepto de aquel apartado 4), sin más variante que decir ahora que para exigir el impuesto «basta la existencia de cualquier diligencia que acredite el cobro del precio».

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de mayo de 1958.

SE ESTUDIA UN CASO CONCRETO DE ARRANQUE DEL CÁLCULO DEL PLAZO PARA QUE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN LIQUIDADORA EMPIECE A CORRER: EN EL SUPUESTO DE QUE EN LA NOTA DE LIQUIDACIÓN PUESTA EN UNA ESCRITURA DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL SOCIAL SE CONSIGNE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR DE NUEVO EL DOCUMENTO AL HACERSE EFECTIVA LA APORTACIÓN DE DICHA AMPLIACIÓN, SIENDO ASÍ QUE TAL DESEMBOLSO SE HABÍA HECHO CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE LA ESCRITURA Y QUE ESTA REALIDAD CONSTABA EN LAS MEMORIAS Y BALANCES PRESENTADOS, TAMBIÉN CON ANTERIORIDAD A LA REPETIDA ESCRITURA, EN LA ADMINISTRACIÓN DE RENTAS A EFECTOS TRIBUTARIOS, EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN NO SE CUENTA DESDE LA FECHA DE LA ALUDIDA NOTA, SINO DESDE QUE LA ADMINISTRACIÓN CONOCIÓ POR AQUELLAS MEMORIAS Y BALANCES EL HECHO DEL DESEMBOLSO. O SEA, QUE ESA CONSTANCIA IMPLICA EL SUFICIENTE CONOCIMIENTO DEL ACTO POR LA ADMINISTRACIÓN, A LOS EFECTOS DEL ARRANQUE DEL PLAZO PARA QUE LA EXACCIÓN DEL IMPUESTO PRESCRIBA.

Antecedentes.—En una escritura de ampliación de capital de cierta Sociedad, que contenía además otros actos, se liquidaron éstos y se consignó por la Oficina liquidadora una nota que decía: «Nueva presentación del documento si se desembolsa el capital ampliado o se cumplen los demás acuerdos de la Junta general mencionados en la escritura.» La nota lleva fecha 11 de septiembre de 1951.

Años después, en 16 de septiembre de 1953, se presentó en la misma Oficina por la gerencia de la Sociedad, una instancia haciendo constar que, no obstante la mencionada nota, la nueva presentación de la escritura no se había efectuado; que el desembolso del capital ampliado se había hecho íntegramente con anterioridad a la fecha de aquélla, en 31 de diciembre de 1940,

como así se reflejó en los Balances y Memorias de los ejercicios de 1940, 41 y 42, presentados reglamentariamente en la Delegación de Hacienda, y en las escrituras públicas de cancelación de hipotecas presentadas en la misma Abogacía del Estado en 4 y 31 de agosto de 1941 y 1944; desembolso que consta en el acta del Consejo de Administración de 14 de septiembre y 15 de octubre de 1940; hecho, además, reflejado en el Balance y Memoria de 1943, documentos todos ellos en los que se hacía constar la puesta en circulación de los 3.000.000 de pesetas, que en acciones en cartera tenía la Sociedad.

En definitiva, la instancia terminaba pidiendo la declaración de prescripción de la acción para exigir el impuesto, y la A. del E., no obstante, liquidó con multa y demora.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación entablada, fundado primeramente en que la Sociedad había procedido de mala fe al conocer el contenido de la nota del liquidador y dejar transcurrir solapadamente el plazo de diez años para acogerse a la norma legal de prescripción del impuesto, y ya dentro del marco legal, añade, tampoco puede prosperar el recurso, dada la inexactitud de que la Administración tuvo conocimiento del desembolso, porque tal conocimiento ha de ser directo y cierto, no incidental o de referencia, que se haga en otros documentos distintos del que contenga el acto sujeto y presentados a efectos distintos.

El Central sienta, en primer lugar, que, con arreglo al art. 143 del Reglamento, el derecho de la Administración prescribe a los diez años, contados desde el otorgamiento del documento o la existencia del acto, según que sea necesario el primero o baste la existencia del segundo para que la liquidación se practique, a lo que ha de añadirse que, conforme al art. 19 del mismo Reglamento, la exacción se determina, en el caso de aumento del capital social, por la aportación o desembolso con entera independencia de sus requisitos formales, de manera que el plazo de exigibilidad se computa desde la fecha de la aportación, y no desde la fecha del documento o escrito en que se formalice. Por consiguiente, estando probado por los documentos obrantes en la Administración de Rentas que cuando menos en 17 de mayo de 1943, al ser liquidado por ella el ejercicio económico de 1942, la Administración general tuvo pleno conocimiento del desembolso realiza-

do, es visto que al ser presentada la instancia referida en 16 de diciembre de 1953 a la A. del E. pidiendo la prescripción, el plazo prescriptivo estaba consumado con respecto al capital ampliado en la escritura de 31 de diciembre de 1940, sin que conste que hubiera sido interrumpido.

Comentarios.—Nada tenemos que oponer a la doctrina de la Resolución que nos ocupa, máxime si se recuerda el contenido del apartado 2) del mencionado art. 143 del Reglamento del Impuesto, cuando dice que el plazo para la prescripción en los documentos privados se cuenta desde que la Administración tenga conocimiento de su existencia, desde la incorporación o inscripción en un Registro público o desde que fueren entregados a un funcionario público por razón de su oficio, conforme el art. 1.227 del Código Civil y eso supuesto, está fuera de discusión, en el caso debatido, que la Administración no sólo conoció el hecho de la aportación del capital ampliado al liquidar las escrituras de cancelación de hipotecas, sino que lo conoció detalladamente y con reiteración el ser presentados los Balances y Memorias en la Delegación de Hacienda, con lo cual se dieron los supuestos del citado apartado 2) pero no se puede desconocer que la Sociedad obró cautelosamente y con doblez, silenciando, al conocer la nota de la Oficina Liquidadora, el hecho ya consumado del desembolso del capital ampliado, y dejando transcurrir con plena deliberación sobreabundante el plazo de diez años sin cumplir sus obligaciones tributarias, e instando después la declaración de la prescripción; aunque tampoco se pueda desconocer que por inadmisibles que sean tal doblez y cautela, no existe camino reglamentario para ser condignamente sancionadas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de mayo de 1958.

EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CEBADA PARA EL GANADO DE LA GUARDIA CIVIL NO ENTRAÑA UN CONTRATO EXENTO.

Se pretendió la exención al amparo del apartado 1) del art. 25 del Reglamento de 1947, que consignaba la de los suministros de

viveres para el Ejército, y el Tribunal Central en esta Resolución la niega. Dice que la interpretación del inciso «suministro de víveres para el ejército, consignada en el aludido inciso o apartado, requiere desentrañar el contenido propio de la palabra «viveres», definida en el Diccionario de la Lengua como «provisiones de boca de un Ejército», o como «comestibles necesarios para el alimento de las personas», cuyas acepciones restringen el concepto alimenticio exclusivamente a las personas, y conjugadas con el significado de la palabra «ejército», definida como «gran copia de gente de guerra en un Cuerpo a las órdenes de un Jefe», o como «conjunto de las fuerzas militares en una Nación, especialmente las terrestres», conducen a la conclusión de que los contratos como el cuestionario se refieren exclusivamente al abastecimiento de víveres para las personas que forman el Ejército. Y esta conclusión, añade, se reafirma teniendo en cuenta la asimilación de tales suministros a los abastecimientos para usos domésticos, que son los que se consumen o sirven para el hogar doméstico de las personas, a lo que no puede equipararse el abastecimiento alimenticio de los animales.

Comentarios.—No dejamos de reconocer que la interpretación del texto reglamentario es razonable, aunque bien pudiera entenderse como excesivamente restrictiva, puesto que, partiendo de una de las acepciones antes dichas, no sería ilógico sostener que en el concepto «viveres para el Ejército», puede comprenderse cuanto sirva para su alimentación y sostenimiento y siendo ello así, claro está que el Ejército no se compone exclusivamente de seres humanos, sino también de animales de silla, tiro y carga; y en esta trayectoria es defendible que lo que sirva para la alimentación de los mismos puede entrar en el repetido concepto de «viveres».

Como corolario, decimos que la aludida exención del apartado 1) del art. 25 del Reglamento de 1957, figura en el vigente de 15 de enero de 1959 en su verdadero lugar, o sea entre las exenciones de su art. 6.º, con el núm. 12 de su apartado A); y añadimos que el caso, en el momento en que se redacta este comentario, está «sub judice» ante la Sala tercera del Tribunal Supremo.

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

V A R I A

LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL MAR, por *Humberto López Villamil*, Profesor de Derecho Internacional Público y de Filosofía del Derecho de la Universidad de Honduras.—Madrid, 1958.

Este ilustre jurista hispano-americano, Diplomático y Jefe de Delegaciones de su país en las Naciones Unidas, en Congresos interamericanos y en La Haya, intenta y lo consigue, facilitar al lector una idea general sobre lo legislado y sus causas inmediatas, así como lo más generalizado que concierne a los espacios marítimos y al territorio inmediato de los Estados costeros, aunque entre la teoría y la práctica medie un abismo que se pretende salvar por la fuerza a veces, y con labor silenciosa y académica en otras etapas más favorables. En fin, la tragedia permanente del Derecho Internacional público, siempre perseguido con quimeras y esfuerzos titánicos de buenos paladines que llegan a plasmar en articulados, convenios y conciertos algo efímeros, que en la primera ocasión conculcan quienes menos podía esperarse.

La libertad de los mares, derechos de pesca, cuarentenas profilácticas, aguas jurisdiccionales, medidas en millas. Gran Bretaña, siempre vigilante, y celosa de su exclusiva, ganada por medios de todas clases: quien domina el mar, domina el comercio. La historia romana, los imperios coloniales, las bulas alejandrinas

rechazadas, cómo no, por Isabel de Inglaterra, quien defiende la libertad del océano en teoría, pero aplica, como después sus sucesores, esta libertad en su exclusivo provecho. Nuestra escuela de Derecho Internacional (Vitoria, Vázquez de Menchaca), el límite de tres millas, el mar como *res nullius* y *res communis* (antes y ahora), los trabajos modernos, etc., todo desfila en el libro como antecedente a más enjundiosos estudios sobre las diversas teorías o tendencias (límites de tres millas, límites exclusivos del Estado ribereño, eclecticismo de los acuerdos internacionales), con profusión de opiniones y de autores, citados, y de articulado aprobado en conferencias, congresos, reuniones, comisiones, etc., toda una gama de actitudes, buenos deseos, declaraciones, notas y orientaciones para quien desea profundizar en tan intrincada y movidiza materia. De todo hay en buen orden y bien expuesto, y por una asociación extraña de ideas acude el recuerdo de un disco impresionado hace muchos años, por una buena actriz, que en su papel de viuda llorosa y desconsolada, destacaba las buenas cualidades de su fallecido consorte, y entre ellas, ponía de relieve que siempre que volvía a su casa después de un viaje la traía «cucharas, servilletas, toallas, de todo, de todo». Y, fuera bromas, también nuestro autor trae en el libro de todo cuanto vió, conoció, aprendió, e incluso redactó, con Apéndices que contienen informes de la Conferencia técnica Internacional sobre la conservación de los recursos vivos del mar, de la Federación Interamericana de Abogados, del Comité Jurídico Interamericano, y convenciones sobre el mar territorial y la zona contigua, sobre la alta mar, la pesca y recursos vivos de la alta mar, sobre la plataforma continental y las Resoluciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (experimentos nucleares, contaminación de la alta mar por los desperdicios radiactivos, conservación de pesquerías, procedimientos humanos de sacrificios de la fauna marina, pesquerías ribereñas, régimen de aguas históricas, solución de controversias).

En resumen, todo un mundo del que hemos oído hablar, y constantemente se nos recuerdan ideas y conceptos, no desconocidos, sino poco atendidos e incluso olvidados, dignos de recordar, conocer y divulgar. Un buen trabajo, en fin, de este ilustre jurista, excelente para repasar y releer, no sólo como cultura jurídica, sino

incluso para aconsejar a quienes se relacionan con las cuestiones de Derecho marítimo.

LA CONCESIÓN DE CONTRATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL, por *Luis Valls Taberner*.—Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955.

Este meritorio trabajo tiende a poner de relieve una singular manifestación de nuestra época: la movilización de todo (dinero, propiedad, dominio que quiere convertirse en propiedad capital, contratos como objeto comerciable), aunque en cuanto a la propiedad, ha habido un perceptible retroceso y nadie piensa ya en semejante cosa: movilizar lo inmueble es desvirtuar su propia naturaleza. Ha habido monografías y trabajos doctrinales sobre esta materia, en atención a hechos concretos: cesión de comercio, cesión de Empresa, cesión de Compañías de seguros, etc.

Los Códigos modernos tratan de este tema: el nuestro, no. Por eso hay que situar la figura y perfilarla, antes de examinar si puede o no ajustarse a nuestras reglas positivas.

En realidad, el motivo es transmitir un contrato sinalagmático, en fase de cumplimiento, pero que hay que diferenciar de la sucesión hereditaria, de la cesión de créditos, de la transmisión de obligaciones, de la sucesión *ope legis* (casos de arrendamientos), de la cesión personal de la posición de un sujeto en un contrato, del contrato a favor de persona que se designará, etc.

El autor estudia la transmisión de deudas, negada por el Derecho romano, que buscó la fórmula de la novación, pero que modernamente se admite (Coviello, Pacchioni) y expone las teorías sobre la naturaleza de la asunción de deudas. Luego entra a investigar las teorías negativas y las positivas acerca de la estructura de la cesión de contratos (Ferrara, Nicolo, Redenti: *renovatio contractus*, de un lado, y Stammler, Gierke, Finzi y Galvao Teles, de otro), así como de la doctrina unitaria de Puleo, que coincide en Mossa y Siber, contrapuesta al contrato plurilateral de Carresi e intenta una construcción armónica.

Ya en nuestro Derecho, ayuno de regulación en esta materia, se admite la transmisión de las obligaciones, aunque con la obli-

gada intervención del acreedor, pero sin que suponga extinguir la obligación y crear otra nueva.

Es interesante el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, así como la orientación de la jurisprudencia, favorable a la asunción de deudas.

El autor, previa referencia a la posibilidad de la cesión de contratos en nuestro Derecho, con los requisitos necesarios, termina con el examen de algunas figuras de cesión del contrato (arrendamientos, sociales, endoso, venta de Empresa). Tal vez hubiera sido conveniente una interesante investigación acerca de la cesión de concesiones, y especialmente de la cesión de contratatas (obras públicas, por ejemplo), que presentan muchas facetas dignas de consideración.

EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE (Estudio de una revisión del Código Civil en materia de servidumbres), por *Alberto Tamayo*, Doctor en Derecho.—Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956.

Tesis doctoral de la Universidad de Madrid, con premio extraordinario en 1954, es una muestra de que cuando se quiere, aun en años mozos, se puede hacer algo fuera de lo común. Conozco varios casos de tesis doctorales que pueden ser modelo en cualquier parte y en cualquier país, todas recientes. Algunas han visto la luz en las páginas de esta Revista.

Como es obligado, y más en materia de servidumbres, para buscar el concepto del derecho real de servidumbre, hay que pasar la vista por los precedentes romanos y germanos, por la doctrina y textos legales comparados y por el derecho histórico, Código, jurisprudencia y doctrina españoles.

Después vendrá (seguimos siempre al novel doctor) el análisis crítico y la posibilidad de revisión de nuestro Código en materia de servidumbres mediante el examen del usufructo, uso y habitación, de las llamadas servidumbres personales, de las servidumbres reales, de una delimitación científica del concepto moderno de servidumbre y de un esquema de revisión del articulado del Código.

Cierra el libro una completa bibliografía de autores españoles y extranjeros, los textos legales y un índice de materias.

Nos es conocido sobradamente el Derecho romano en materia de servidumbre. Acaso sea de lo más estudiado, al menos en mi tiempo, en la Universidad. El Derecho germánico, solamente desde la recepción del romano, se fija detenidamente en este problema. El Derecho comparado, muy cuidado por el autor, con profusión de detalles. La doctrina francesa, alemana e italiana, muy resumidas, para dar paso con mayor extensión a cuanto está relacionado con el Derecho español, donde es más denso el estudio y donde se proponen las necesarias reformas a juicio del autor, entre las que predomina la admisión de la servidumbre en fincas propias, e incluso en partes diferenciadas de una misma finca, según el criterio moderno.

La perseverancia en el camino emprendido, puede dar a nuestro autor un puesto relevante en el Derecho español, y sería una lástima el abandono de cualidad de observador y escritor que pueden producir libros de gran interés para los juristas.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la propiedad.