

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXIV

Septiembre-Octubre 1958

Núms. 364-365

Teoría del Registro de la Propiedad
como servicio público

(Premio «Gascón y Marín» - 1957)

(Conclusión.)

SUMARIO.—Título IV: *La organización del Registro de la Propiedad*.—CAPÍTULO I.—*Problemas generales*.—A) *Planteamiento*.—B) *Los elementos orgánicos del Registro como Servicio*.—1. En los criterios doctrinales: Doctrina tradicional y doctrina moderna administrativa. Hipotecaria.—2. En la orientación legal y reglamentaria.—C) *El problema de la unificación institucional y funcional*.—1. La realidad del problema.—2. La unificación institucional de los Registros. Doctrina de Marín Pérez. Unificación dentro de los Registros Administrativos. Unificación dentro de los civiles. Registro conjunto. La complejidad del problema.—3. La unificación funcional. La variedad histórico-comparativa. Posibilidades de unificación.—a) Registrador-Notario e inversa. El problema de la doble calificación.—b) Registrador-Juez e inversa. Las dificultades prácticas y de especialización.—c) Registrador-Juez-Notario e inversa. Posición de Joaquín Costa. Nuestra opinión. Función registral, autónoma, por el sentido especial de su jurisdicción.—CAPÍTULO II. *Los elementos externos de organización*.—A) *Unidad orgánica del Registro: Ideas generales*.—B) *Elementos externos*.—1. Lo personal. El «fkuero personal» ante el Registro. Su indeterminación.—2. Lo real.—a) La finca; b) la demarcación territorial. a') El Establecimiento de Registros y su división material o personal. b') Demarcación. c') Circunscripción territorial.—CAPÍTULO III.—*Elementos internos de organización, oficina y libros*.—A) *La oficina del Registro*.—1. El local.—2. Mobiliario y sello.—3. El horario.—4. Oficina pública sin apoyo «público». Necesidad y conveniencia de la cooperación del Estado. Sus posibilidades dentro del actual Régimen.—B) *Los libros*. 1. Su acepción, suministro y naturaleza jurídica. Ausencia de una doctrina legal y científica. Observaciones.—2. Requisitos formales.—3. Clases de libros. a) Principales y accesorios. b) Definitivos y provisionales. c) Otros libros

4. Ordenación del Registro. a) Ordenación del archivo. b) Ordenación de los asientos. c) Legajos.—CAPÍTULO IV.—*Elementos orgánicos de jerarquización.*—A) *La descentralización del Registro.* Lo histórico. Lo comparativo. Lo actual.—B) *La competencia territorial y el escalonamiento jerárquico.* 1. Entre funcionarios del mismo orden.—2. Entre los distintos órdenes jerárquicos.—C) *La organización del Registro en la clasificación de los órganos administrativos.*—1. Lo activo.—2. Lo deliberante.—3. Lo consultivo. 4. Lo vigilante.—D) *El escalonamiento jerárquico.*—1. En un sentido amplio. Del Ministro de Justicia al Registrador.—2. En un sentido propio.—1.º La Dirección General de los Registros y del Notariado.—a) Historia. b) Estructura; a') funcional; b') orgánica. c) Atribuciones: a') las generales; b') las especiales: 1.ª, potestad reglamentaria; 2.ª, de mando; 3.ª, disciplinaria; 4.ª, ejecutiva; 5.ª, jurisdiccional.—2.º La Inspección General de los Registros.—3.º Los Presidentes de la Audiencia.—4.º Los Registradores.—CAPÍTULO V.—*Los órganos activos y profesionales*—A) *El Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.* Creación. Carácter. Jurisdicción. Gobierno y Servicios. Atribuciones.—B) *Los Registradores.*—1. Su carácter, nombramiento y requisitos.—2. Derechos y deberes.—a) Derechos. Los especiales. Los generales de todo funcionario público. b) Deberes. Los correlativos. Los específicos.—C) *El sustituto.*—D) *El personal auxiliar.*—Conclusiones.

TITULO IV

La organización del Registro de la Propiedad.

CAPÍTULO I

PROBLEMAS GENERALES

A) EL PLANTEAMIENTO.

Por versar nuestro trabajo sobre una «Teoría del Registro como servicio público», podría reducirse a la fundamentación y justificación de aquella teoría, construida—y esta es la mayor insistencia nuestra—sobre la naturaleza de una actividad, que es pública, por lo menos en su parte esencial (372). Dijimos que el Registro está *al servicio del derecho privado*, mejor que al de un particular concreto, ocasional o de mala fe no pocas veces.

(372) La resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de mayo de 1916 llegó a declarar que las operaciones realizadas en el Registro son, en cierto modo, de *dominio público*, no pudiendo ser alteradas por la voluntad de los particulares.

No obstante, en el título anterior completamos los aspectos públicos y sociales de tal actividad, planteando el problema de la naturaleza de una función para cumplir aquellos fines. Con esto creo haber estudiado suficientemente el objeto-actividad del Registro.

Si ahora nos permitimos ultimaria, es por ofrecer una serie de aspectos que han venido siendo los más externamente llamados a configurar y concebir el Registro como servicio público, como son los *elementos de organización*. Por eso este título es deliberadamente breve, o al menos procuraremos hacerlo, para no paliar la atención más viva que hemos venido prestando a los dos elementos básicos del Registro, según nuestra teoría, la *actividad y fin de seguridad, y la función de carácter jurisdiccional de carácter especial, que para cumplir una y otro interesamos*.

De otro lado, la brevedad de este título puede quedar compensada con esa obra que González Pérez nos ha prometido (373), estudiando, precisamente, no una teoría del Registro como servicio público, sino los elementos concretos como tal, a la cual, como anticipó también, nosotros nos remitimos.

En este apartado de inevitables «observaciones», que descubren nuestro pensamiento sobre la cuestión, hemos de decir también que la doctrina *hipotecaria*, haciendo honor a este adjetivo, apenas ha dedicado atención a los problemas de la organización del Registro. Ni en tratados, ni en revistas o publicaciones, hemos encontrado la atención intensa que sobre otros temas sustantivos ha tenido. Creo que en esto hay una laguna de la Ciencia Hipotecaria, semejante a la existente en el de la Ciencia de Administración ante el Registro. Roca Sastre ha sido el que (374) ha dedicado una mayor atención, aun cuando el tema haya sido tratado, no como cuerpo sistemático de amplios vuelos doctrinales, como el resto de su obra, sino por imperativos de «programa» y finalidad particular de sus Tratados generales sobre Derecho Hipotecario, y ello lo decimos, no como queja bibliográfica o profesional, sino por la necesidad de tal atención.

(373) *Impugnación...*, tr. cit., pág. 514, nota (5).

(374) *Apéndice de adaptación al Derecho Hipotecario*. Según programa de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores. Barcelona, 1948, páginas 114 y ss.

La razón de este descuido puede estar en que haya una delegación implícita del investigador o estudiioso en los órganos jerárquicos superiores, en cumplimiento de preceptos reglamentarios (375), y, por tanto, se piense que el problema de la organización y desenvolvimiento sea materia más bien gubernativa, recomendada y dirigida por el Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad; o como cosa interna, no susceptible de lucubración alguna científica, o de crítica doctrinal, sistemática y elaborada.

Por último, hacemos confesión de que los elementos de organización forman parte indiscutible del Registro como servicio público, y esta es la razón más fuerte para no evadirnos del problema, que ceñiremos en lo posible, sobre todo en el capítulo II de este título, con una sistematización de aquellos elementos y breve referencia—que sólo excepcionalmente llega a la transcripción— a los artículos de la Ley y Reglamentos hipotecarios.

En este capítulo, además del planteamiento, esbozamos los problemas más generales, y acaso importantes, para un supuesto de hacer teoría de los elementos de organización, que son: *lo orgánico* dentro del servicio público; *lo reglamentario* y *lo legal*, en aquélla; *la unificación de la diversidad de Registros*, precisamente por la organización; y *la unificación de funciones*, atendiendo a la desarrollada por el Registro y otras instituciones.

Para los capítulos posteriores, rehuimos toda teoría sin distinción de derecho actual y derecho constituyente (376).

En la exposición de los elementos de organización, hecha en forma esquemática, casi hemos seguido un sistema especial, aten-

(375) En el art. 260-1.^a, se señalan las Facultades de la Dirección General de los Registros en orden a proponer al Ministerio de Justicia o adoptar por sí las disposiciones necesarias para asegurar en los Registros la observancia de las Leyes y de los Reglamentos, así como comunicar las órdenes del Ministerio relativas a los servicios, facultades que, además de las especiales sobre demarcaciones, correcciones disciplinarias, etc., contenidas en otros preceptos, se ratifican en el art. 440 del Reglamento.—En la Orden de 17 de septiembre de 1941, aprobando el Reglamento del Colegio Nacional de Registradores, se contienen preceptos semejantes, en orden a los fines reglamentarios, señalados especialmente en el art. 9.^º de dicha Orden.

(376) En la Parte Preliminar hicimos omisión, al tratar de los problemas generales del servicio público, de los concernientes a la organización del mismo, tanto en su estructura como en sus órganos-funcionarios, territorio, demarcación, etc.

diendo a los elementos externos, internos, jerárquicos y activo profesionales, sólo en parte orientado en García Oviedo (377).

B) LOS ELEMENTOS ORGÁNICOS DEL REGISTRO COMO SERVICIO.

1.—*En los criterios doctrinales.*

Por haber estudiado en la parte preliminar la teoría general del servicio público, nos excusamos de reiterar aquí el planteamiento doctrinal de la esencia del mismo. Es decir, si es la *organización*, si es la *actividad* o si es *cierta actividad estatal* la que matiza y justifica—o, mejor, cualifica—a todo servicio.

Al concretar este problema al Registro, necesariamente nos encontrábamos con que todo posible entendimiento del mismo como servicio se basaba únicamente sobre la organización, más que sobre la actividad.

Desde el punto de vista administrativo, Royo Villanova (378) claramente distingue la «declaración de los títulos sujetos a inscripción»—que es materia civil—de la «reglamentación del servicio»—que es materia administrativa—. Y este criterio puede considerarse, en general, como dominante en la Ciencia de la Administración (379).

El sustentado por González Pérez (380) se basa más bien en el carácter de la función calificadora, que para dicho autor es función administrativa, corroborada en este sentido por la condición de funcionario administrativo. Más amplio y completo es el criterio de Alesi (381), al extender el campo del servicio público a un grupo de actividades, entre otras, a la «actividad dirigida a proporcionar utilidad a los particulares, bien de orden jurídico (el

(377) *Derecho Administrativo...* ob. cit., T. I. Índice; I. II, T. II-XVII.

(378) *Elementos...*, pág. 367.

(379) En la propia Ciencia de la Administración se discute todavía el planteamiento de las técnicas de organización dentro de ella. Así, Guido Gonella dice que el Derecho Administrativo en su concepción clásica y la técnica de la organización administrativa son cosas distintas, de modo que una no puede sustituir a la otra, pero que deben coordinarse para lograr una mayor eficacia de los servicios administrativos («A. B. C.» 5 septiembre 1956, pág. 27). No es extraño, por tanto, la variabilidad de criterios.

(380) Especialmente en *Impugnación...*, trad. cit., págs. 515 y ss.

(381) Cit. por GARRIDO FALLA en *Régimen de impugnación...*, ob. cit., pág. 139.

servicio del Registro de la Propiedad)...» La doctrina de Zanobini puede considerarse orientada en esta nueva corriente (382).

Desde el punto de vista civil-hipotecario, puede decirse que aquella tal concepción genérica apenas ha sido elaborada, por la pereza a estudiar los temas de organización del Registro. No sabemos si por delegarlos definitivamente a la Ciencia de la Administración, o por negar—con el silencio—que el Registro sea, además de institución, un servicio público; o, en último caso, por mostrarse contraria a que la organización sea la que matice el servicio. Así, Roca Sastre (383) reconoce que «el Registro, en su aspecto orgánico, constituye elemento de la Administración del Estado, considerado, no como un servicio público en sentido administrativo en sentido puro, sino como una actividad estrictamente jurídica puesta al servicio del Derecho Privado».

De igual forma queremos entender que los autores (384) que han defendido el carácter institucional del Registro, si alguna concesión habrían de hacer a la teoría del Registro como servicio estaría en razón de la actividad y no de la organización. Y si alguna vez se habla de «organismo», al lado de «institución», no es para relegar a ésta a lo orgánico, sino para destacar la actividad viva desarrollada (385).

Otro grupo de autores distingue el Derecho Registral material del formal (386); y al desplazar el problema al de carácter más bien público del Derecho Registral formal frente al privado del Derecho Registral material (387), se diluye toda la fuerza y

(382) A las doctrinas progresistas de Zanobini, contenida en su *Corso...*, ob. cit., de Sayagués, y de Valenzuela Soler, hemos aludido al hablar del Registro en *Ciencia de la Administración*.

(383) *Derecho Hipotecario...* ob. cit., pág. 16

(384) Véanse citas (87) y (88).

(385) PAZOS Y GARCÍA, en *Sobre el Registro...*, ob. cit., escribe: «Lo mismo en un sistema socialista que individualista o armónico de organización social, incumbe y constituye una función primaria y gubernativa del Estado el tener una *institución*, un *organismo* para fijar y conservar constantemente la situación y evolución de la propiedad física, económica y jurídica.»

(386) Entre otros autores pueden citarse a RODRÍGUEZ MOLINA, *Otra posición doctrinal en el estudio del concepto del Derecho inmobiliario...*, trab. cit., pág. 445, refiriéndose al carácter público de determinadas relaciones jurídicas registrales, y a DE BUEN, en *Introducción al Derecho Civil*, 1932, págs. 2. 3 y ss., que distingue el derecho material del Registro—condiciones para ingreso de los derechos en el mismo—del formal—reglamentación y ordenación del Registro como servicio público.

(387) Recuérdese la teoría de VENTURA Y SOLÁ, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 32, sobre las formas jurídicas como integrantes del derecho público.

eficacia auténtica de la actividad registral, de manera que se vuelve y se remite ya a otra cuestión más de fondo, cual es lo público y lo privado del Derecho (388), y si se termina por destacar los limitados efectos de la inscripción «sólo» en cuanto a terceros. Se comprenderá que, en definitiva, por la distinción material y formal no se llega al camino de la *actividad como determinante del servicio*, sino a lo ya organizado, que «reglamenta la organización», según De Buen.

Para nosotros, la razón del Registro como servicio está en la *actividad puesta al servicio del Derecho Privado*. Es decir, lo privado es el destinatario del servicio, que, naturalmente, como no se concreta en un individuo—aunque la institución registral se valga de él a través de sus actos y negocios jurídicos—, se hace público, y nosotros, con un calificativo más actual, denominamos *social*. Por eso, la distinción—aparentemente sin importancia que hace Gallardo Rueda (389)—de que el Registro no es institución simplemente homologadora al servicio de los intereses privados, sino de un instrumento de defensa del orden público, de mantenimiento de la seguridad jurídica general», es exacta. Naturalmente que hay intereses privados en el Registro. Pero ese interés se excluye en el propio del negocio jurídico. *No se ha hecho el Registro*—y menos en un Derecho constituyente e ideal—*para garantizar exclusivamente ese interés*, lícito y justo, aunque siempre dentro de las normas civiles. Se ha hecho *para y en servicio del Derecho Privado*, y de ahí ese *sino* del citado autor, cuando lo cualifica por lo que supone de «defensa del orden público»—mejor diríamos simplemente *orden jurídico*—. Lo orgánico del Registro no es todo lo que de servicio entraña, y por eso nosotros nos situariamos dentro de aquel segundo grupo de teorías de Sayagués (390), que, justificándose por la actividad, presuponen un instrumento orgánico para llevarla a cabo (391). Y consecuentes con este criterio hemos delegado a un tercer plano los pro-

(388) Además de la referencia general, hecha a este problema—Véase cita (15)—, puede verse MARÍN PÉREZ, *Introducción...*, ob. cit., pág. 195, refiriéndose concretamente a este tema dentro de la materia problemática registral.

(389) *El Registro de la Propiedad y la doctrina...*, trad. cit., pág. 158.

(390) Véanse citas (66) y (68).

(391) Para DÍAZ MORENO, en *Contestaciones...*, ob. cit., pág. 428, el *Registro es órgano de una institución*.

blemas de la organización, destacando—en la prioridad y en la atención—los elementos fin y objeto—actividad—, y naturaleza de la función (392).

2.—*En la orientación legal y reglamentaria.*

No podemos analizar plenamente esta cuestión sin hacer referencia a la dualidad legislativa, en el doble aspecto civil-hipotecario—por la sustantividad de la norma—, de un lado, y Ley-Reglamento—por el rango de los preceptos—, de otro.

Anteriormente (393) hemos aludido a esta dualidad, como situación legislativa vigente y como estado de hecho, sobre el cual hay que partir, cualquiera sea la teoría o teorías que se intenten sobre el Registro. En este punto concreto, esa *confusión* de Cuerpos legales, y a su vez de rango dentro del Cuerpo legal hipotecario, nos viene a mostrar la ausencia de criterio del legislador a la hora de orientarse para marcar lo característico del Registro como servicio, en la actividad o en la organización.

Si adoptásemos para ello un criterio legal, para fijar el problema que nos ocupa, seguramente podríamos hacer un buen argumento a favor de nuestra tesis de que la esencia del servicio del Registro está en la actividad mejor que en la organización. Pero más que argumento, nos interesa exponer esta realidad legislativa y la necesidad de su precisión.

Qué es lo que debe figurar en el Código Civil, qué en la Ley Hipotecaria, y qué en el Reglamento, es problema de verdadera envergadura, más propio a ser tratado y elaborado por el Poder legislativo, sus Comisiones y Cortes, que dentro de nuestro trabajo. Porque, además, para un verdadero estudio, habría a su vez de analizarse el antídoto del Registro como servicio público, que

(392) Puestos a hacer distingos, nos quedariamos con la atención filosófico-jurídica de Ramos Folques, en un trabajo, cuyo título es expresivo: *Lexicografía hipotecaria: Su necesidad. Los principios. En la Filosofía del Derecho y en la Ciencia del Derecho: en el Derecho Positivo; los principios generales del Derecho; la fisonomía del Derecho Hipotecario español; significación de los principios hipotecarios en España.* «R. C. D. I.», 1947, T. XXIII, págs. 137-151.

(393) Lo hicimos al hablar de la evolución histórica de las formas de publicidad en España, y del derecho actual.

sería la propiedad no inscrita (394). *Tendriamos, pues, que un servicio público general, debidamente reglamentado en su organización, además de sus efectos, existiría realmente para una esfera especial de la propiedad, que sería la inscrita, mientras que resultaría inexistente para la no inscrita.* Y el problema, naturalmente, es distinto del supuesto del usuario, que puede o no utilizar el servicio público de teléfonos o telégrafos, porque precisamente la esencia del Registro estriba en la utilización del mismo, no para el exclusivo interés del usuario—que hasta puede no ser el adquirente—, sino en razón de seguridad y garantía sociales, además de las crediticias, fiscales o agrario-sociales.

Dejando reducido el problema al del doble rango—Ley y Reglamento—, si la actividad es lo público del servicio, ella debe estar en el legal, mientras que la organización por sí misma vendría en el reglamentario.

Quizá por este confusionismo no sea fácil separar la *actividad* pública, de la *organización*—también pública—. Ello podría hacerse relegando al Código Civil la parte más sustantiva, es decir, la estrictamente civil—derechos inscribibles, derecho de hipotecas, etcétera—; dejando para la Ley Hipotecaria los preceptos sustantivo-registrales—mecanismo del Registro, según principios hipotecarios (395)—y, finalmente, encomendando a un Reglamento, casi más bien interior, todos los aspectos con que tradicionalmente viene estructurándose un servicio: demarcación, funcionario, ordenación jerárquica, etc.

Artículos como el 17 y 20 (396), que configuran en su esencia la prioridad, no se puede decir sin ligereza que sean preceptos de mecanismo, aunque al propio tiempo vienen a suponer una moda-

(394) Sobre este punto nos remitimos especialmente a LA RICA, *Dualidad legislativa* .., trad. cit., págs. 195 y ss.

(395) En rigor son los contenidos—o buena parte de ellos—en los dos primeros títulos de la Ley y Reglamento hipotecarios, «Del Registro de la Propiedad y de los Títulos sujetos a inscripción», y «De la forma y efectos de la inscripción».

(396) Art. 17: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha, que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real».

Art. 20: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren..., deberán constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos».

lidad intrínseca e influyente en la organización interna, determinantes y coadyuvantes de aquellos otros preceptos más adjetivos, como son los que señalan un modo de llevar el Registro.

Sin embargo, dentro de la Ley Hipotecaria, se han incluido tres tipos de preceptos: unos, los civiles (397); otros, los que encierran las esencias del mecanismo registral, como el 17 y el 20 citados, que, en definitiva, son los que *matizan* la actividad de seguridad y garantía sobre la que descansan; y los demás, meramente orgánicos, en el sentido más puro y exacto (398).

A su vez, en el Reglamento hay preceptos sustantivos civiles (399), o con relación inmediata a ellos; otros (400), reguladores y continuadores de una actividad de seguridad y garantía por el propio mecanismo del Registro; y, finalmente, un tercer grupo (401), auténticamente reglamentario y orgánico, que son, o debieran ser, los integrantes de la organización administrativa del Registro.

Siguiendo, por tanto, el esquema deseado—ya que el actual refleja la confusión, en su propia contextura legal, de la *actividad en orden a la seguridad, y de la organización en orden a la reglamentación del servicio*—, tendríamos que, con un criterio legal —dejando para la institución «Registro», el Código Civil—, la actividad y fin del mismo como servicio público podría centrarse y recogerse en la Ley del Registro de la Propiedad, mientras que la organización—plenamente administrativa—quedaría recogida en un Reglamento orgánico, previa referencia en la Ley y remisión al Reglamento.

(397) El 104, por ejemplo, al definir la hipoteca, exactamente igual que el Código Civil en su art. 1.876.

(398) El art. 256, por ejemplo, sobre el archivo de las cartas de pago, ó 294, sobre la percepción de honorarios, según Arancel.

(399) El 91, sobre el otorgamiento de documentos inscribibles relacionados con asientos, que deberán serlo por el representante o Fiscal, con arreglo a los arts. 181 y ss. del Código Civil.

El 96, sobre otorgamiento de actos concernientes a bienes privativos de la mujer, que frente a la presunción de gananciales del 1.407 C. C., distingue los que se acredeite el carácter privativo—«se regirán por las normas de los bienes parafernales o privativos»—o no se acredeite—«se harán por la mujer, con consentimiento del marido».

(400) El art. 14, por ejemplo, que incorpora explícitamente la inscripción del contrato de opción de compra que no figura en el art. 2.º de la Ley.

(401) En términos generales son los que figuran de los tít. VIII al XVI.

Anotamos la creación reciente de una Comisión para modificar distintos preceptos del Reglamento Hipotecario.

En la Ley del Registro de la Propiedad habría de hacerse una formulación clara de la actividad del Registro, con sus fines de seguridad, de garantía y certeza de las relaciones jurídicas inmobiliarias, que tendrían su definición y configuración sustancial dentro del Código Civil para el tráfico jurídico inmobiliario, puestas al servicio del derecho privado, no bajo el prisma del *interés particular*, sino del social y público, como social y pública es aquella actividad. De esta manera, cobraría realidad concreta, dentro del marco legal, ese carácter jurídico y social que todos ven en el Registro, pero que se ha presentado como incapaz de ser recogido en preceptos normativos, y ni tan siquiera, con solidez y estructuración indeclinables, en la doctrina hipotecaria o administrativa.

C) EL PROBLEMA DE LA UNIFICACIÓN INSTITUCIONAL Y FUNCIONAL.

1.—*La realidad del problema.*

Cuando una institución jurídica—como las propias creaciones humanas—alcanza una madurez, el carácter diversivo y accidental de su nacimiento y aun de su propia realidad tiende a fortalecer su estructura, procurando conjuntarse y hasta unificarse con aquellas otras instituciones o creaciones que, aunque no contemporáneas quizá en el tiempo o en las circunstancias, respondan ya a una misma idea o finalidad.

Si viésemos el origen y desarrollo, por ejemplo, de los distintos Registros, sean Civiles, Administrativos o Hipotecarios, Fiscales o Estadísticos, podríamos reconocer en la actualidad cómo el fin de la *registro*—que en principio se presenta como distinto en cada uno de ellos—confluye en una idea conjunta, que es la de la *seguridad*. A veces la función de seguridad no va más lejos, porque lo que se trata de garantizar no está entre los objetos o materias que socialmente precisan tales garantías de manera más acusada y abierta. Y dentro de una determinada institución registral, el desarrollo histórico acentúa más o menos los caracteres de certeza y autenticidad.

Piénsese, por ejemplo, en la misma evolución del Censo romano, que siendo un mero *empadronamiento* en sus comienzos, cuajó posteriormente en aquellos libros parroquiales (402), de los cuales brotan los modernos Registros Civiles, cuya inexcusabilidad, cuya publicidad y eficacia se presentan hoy con toda su fuerza y pujanza.

Como la *corriente de seguridad* va en aumento (403) y las instituciones que la sirven se ensanchan y elaboran cada vez con mayor precisión, las relaciones jurídicas registrales se multiplican y florecen, y lleva a plantearnos el problema de si puede ser factible su unificación institucional (404).

Nosotros, antes de estudiar los aspectos concretos de la organización del Registro, nos vemos obligados a referirnos a este problema, que consideramos muy interesante y que requiere una atención del investigador que nosotros no podemos dedicar en este trabajo, puesto que él es sólo una parte—y no la decisiva—del mismo.

El problema de la unificación registral puede contemplarse desde dos *ángulos distintos*: desde *lo institucional* y desde *lo funcional*. El primero es más general, porque se refiere a todos los Registros o a un *ámbito* concreto, aunque común en los mismos, como pueden ser los civiles, los administrativos o los fiscales. Pero, planteado así solo, resulta, en cierto modo, más incompleto que el segundo punto de vista, el funcional, porque sin apurar el sentido unificador de la diversidad, *atiende a la función* como norma unificadora. Lo ideal sería plantear el problema en este doble aspecto—*institucional y funcional*—, para así llegar a soluciones más concretas y eficaces.

Para nosotros, el problema, así mencionado, tiene la ventaja de que *distinguiendo* lo institucional de lo funcional, se puede observar mejor—dentro de nuestra teoría—ese doble aspecto del Registro. Además, nosotros vemos lo institucional más cerca de

(402) Véase CASTÁN, *Derecho civil*, ob. cit., T. I., pág. 336.

(403) FRAGA IRIBARNE, en *La seguridad como problema de la organización social*, Conf. en Instituto Estudios Oscenses (mayo, 1958), se refirió a la seguridad como el gran tema de nuestro tiempo, analizó sus relaciones con la justicia y al ideal de seguridad en las sociedades modernas, y aludió al «precio de esa seguridad, dentro del justo equilibrio que se logra cuando el máximo de seguridad es compatible con el máximo de bienestar y de libertad personal».

(404) MARÍN PÉREZ, *Introducción...*, ob. cit., pág. 2.

la actividad pública del Registro, justificadora de una teoría del mismo como servicio público; mientras que el problema de lo funcional entra ya dentro de la determinación de la naturaleza jurídica, especial y concreta del procedimiento y función—administrativa, judicial o jurisdiccional especial—de aquél. De aquí el interés, al menos, de su análisis.

2.—*La unificación institucional de los Registros.*

Marín Pérez (405) ha sido uno de los que de manera más decidida y completa ha abordado este problema, tan sugestivo, porque en el fondo, aun tratándose en apariencia de una «unificación» con efectos en lo orgánico, supone una revisión de los principios y esencias registrales, que solamente en el Registro-tipo—de la propiedad inmueble—han tenido una elaboración científica y doctrinal.

El citado profesor estudia este problema convencido «*del papel esencialísimo que en la vida moderna cumple el Registro*», teniendo en cuenta, además, que «*el momento actual del Derecho privado tiende en todos sus aspectos a acentuar este carácter social*» (406).

Con esta doble premisa llega Marín Pérez a la tesis de un Registro único (407), por una serie de exigencias:

1.^a De índole teórica, derivadas del tráfico en el momento actual y del carácter técnico.

2.^a De índole práctica, como son la economía burocrática, el rendimiento de los funcionarios y la unidad en la función directiva.

Ello le antecede un estudio de la *relación jurídica registral*, si bien deja a un lado aquellos elementos de la relación jurídica, ya sean, o la propia persona, u otras personas, o los productos del espíritu, o los derechos sobre derechos, centrando su atención en el patrimonio como un todo, y en las cosas. La consecuencia es: *Registro único establecido por una Ley general y de*

(405) En *Introducción...*, ob. cit., págs. 165 a 175.

(406) Ob. cit., pág. 152.

(407) Ob. cit., págs. 213 y ss.

carácter exclusivamente jurídico, citando, a vía de ejemplo, los de la Propiedad intelectual e industrial de automóviles, además del de la Propiedad, dejando a un lado el de los Registros Civiles.

Y he aquí nuestra pregunta: la unificación institución de los Registros, ¿se haría tomando como base los Registros civiles o los administrativos?

Según la exposición de Marín Pérez, creemos que lo que se trata es de situar los Registros administrativos en el rango del Registro-tipo—el de la Propiedad—en atención al elemento común de carácter objetivo, como son las cosas o los patrimonios: fincas, automóviles, buques, propiedad mobiliaria, etc. Pero aun con este criterio, lo importante sería precisar el sentido de la inscripción. Sin embargo, Marín Pérez confiesa que «es indiferente para estos fines que la inscripción tenga carácter constitutivo, o simplemente protector del tercero que adquiera basado en la apariencia registral» (408).

Dada la situación actual de las Ciencias registral y administrativa, así como la realidad de la vida jurídica, no es fácil plantear con idéntico sentido institucional estos dos mundos que han vivido y viven—quizá la, aún breve, experiencia de la legislación sobre prenda sin desplazamiento nos lo confirme—una vida distinta: el Registro Administrativo y el Registro Civil.

Porque—creemos interpretar bien—Marín Pérez no pretende la desaparición del Registro Administrativo, sino que éste sirva de «sistema de matrícula» (409), y hasta incluso presume una doble inscripción para «una mayor seguridad».

Ahora bien, el sentido del Registro de la Propiedad tiene una dimensión especialísima, cual es la de dirigirse y concretarse en una propiedad inmobiliaria, sobre la cual hay un condominio del

(408) Ob. cit., pág. 170.

(409) Ob. cit., pág. 168.—El «sistema de matrícula» concretado en los Registros inmobiliarios podía tener, no obstante, un interés, si se pretendiese una unificación de los Registros Inmobiliarios, de carácter público administrativo. Por ejemplo—y es sugerencia de un prestigioso Abogado del Estado—, unificando la Sección Inmobiliaria existente en el Instituto de Colonización, el Registro de Concentración Parcelaria, el de Zonas Regables, el de Montes, el de Fincas Mejorables, etc., que coadyuvarían con el Registro de la Propiedad general, que no por eso perdería su estructura y características actuales.

Estado (410), que no puede sentirse indiferente ante los negocios jurídicos que sobre el territorio se operan, siendo el Estado mismo el primer interesado en dar solemnidad a aquéllos.

El problema estribaría en ver la conveniencia de la unificación institucional dentro de los Registros administrativos o dentro de los civiles, o incluso una tercera postura: conjuntamente ambos. Ello es distinto de una unificación accesoria de carácter funcional, en el sentido deseado, de un funcionario técnico especializado—Marín Pérez encomia y propone el de Registradores (411)—para servir todos ellos, como ya prácticamente sucede con una buena parte, como el Mercantil, el de Buques, el de Arrendamientos y el de Hipotecamobiliaria. Pero la designación única del funcionario y de órgano no presupone siempre la unificación institucional, pues aun la misma existencia de una posible Ley general sólo tendría en común unos objetos materiales: patrimonios o cosas.

Piénsese que las razones de esta pretendida unificación estribarían más en el desarrollo del crédito que en otras razones sustantivas. Pero los problemas de seguridad general y garantía del derecho privado no son tan relevantes en la propiedad mobiliaria como en la inmobiliaria, pues en ésta el crédito es sólo uno de los elementos justificativos de una actividad aseguradora, pero no todos. En cambio, en la mobiliaria—que afecta también a automóviles, propiedad intelectual, etc.—los efectos expeditivos del art. 464, al establecer que la posesión de las cosas muebles equivale al título, aminoran los riesgos y las eventualidades. Como además hay una incorporación y un *estar cerca* de persona o cosa que no se da en las fincas, los problemas son distintos.

Más radical podría ser la unificación institucional partiendo de los Registros Civiles. Registro Civil es el de la Propiedad, el de Arrendamientos, el de Hipoteca mobiliaria, tutela, ausencia y, naturalmente, los llamados clásicamente civiles: nacimiento, matrimonios, defunciones y de ciudadanía. ¿Interesa más, en el problema de la unificación institucional, el agrupamiento del mayor número de elementos objetivos—fincas, muebles, buques, au-

(410) Recuérdese la teoría de VENTURA Y SOLÁ, *Fundamentos...*, pág. 33.

(411) Ob. cit., pág. 171.

tomóviles, etc.—, o el obtener el mayor número posible de datos, especialmente personales, que pueden influir en los negocios jurídicos sobre aquéllos?

Siguiendo ambiciosamente con este propósito de unificación institucional, se podría llegar a un Registro conjunto y único de personas y cosas. Si el Registro es, ante todo, la ordenación de las actas del estado civil, y éstas, según Planiol (412), son «actas auténticas destinadas a proporcionar una prueba cierta del estado de las personas», podría sugerirse un tipo de Registro personal-real, es decir, que así como en el de la Propiedad figura el historial de la *finca* y se individualiza con un número (413), y lo personal—matrimonio y defunción—sólo viene por un reflejo dentro del negocio jurídico que a veces no es prueba plena, de esta forma, podría lograrse que los fines, hoy absolutamente públicos de los Registros civiles clásicos, convergieran a los de la propiedad inmobiliaria.

El mecanismo podría ser de muy diversa índole: 1.º mantenimiento del actual, llevando los Registros civiles en libros distintos el mismo funcionario, pero con notas practicadas de oficio, que constantemente pusieran ambos libros en paralelismo; 2.º, unificación de libros, con folio personal y de fincas; 3.º, sistema actual de separación, con robustecimiento del «libro de personas» del actual Registro de la Propiedad, donde no sólo figurase el nombre, sino el historial civil; 4.º, coordinación del Registro de la Propiedad y Registro Civil, etc.

Habría un argumento incidental para esta pretendida unificación institucional, dentro de los Registros civiles, cual es la jerarquización administrativa, ya que la Dirección General de los *Registros* tiene una sección tercera—Registro de la Propiedad—y otra, la cuarta—Registro Civil y Registros especiales—; sin embargo, *no tiene a su cargo ningún registro propiamente administrativo*.

El problema es muy complejo, por la índole de la atribución funcional actual—el Registro de ausencias y el de tutela está

(412) Cit. por CASTÁN, *Derecho Civil*, ob. cit., pág. 336.

(413) Arts. 7.º y 8.º de la L. H. Este último dice en su párrafo primero: «Cada finca tendrá desde que se inscriba por vez primera un número diferente y correlativo».

encomendado a los Jueces, por ejemplo (414)—, pero de pretenderlo en toda su integridad habría de plantearse primero, la unificación de los Registros administrativos con los civiles—como sucedió históricamente con el de la Propiedad—, asumir y conseguir un Registro único dentro de cada uno de los elementos a inscribir; o tratar de la unificación separadamente—Registros Civiles y Registros Administrativos—, señalando los efectos de cada uno de ellos, procurando a su vez una unificación funcional, como pudiera ser Catastro y Registro unidos, Registro de la Propiedad Inmobiliaria e Intelectual—hoy sucede con el Registro Mercantil, Registro de Buques y Registro de la Propiedad en capitales de provincia y marítimas—, cuestiones que hoy tienen para el legislador y la doctrina, no poco interés.

La teoría de Marín Pérez supone mucho en estos problemas de unificación institucional, porque con una sólida base científica ha revalorizado el sentido social de la institución del Registro, partiendo precisamente del de la Propiedad, y ese sentido social es el que nos ha llevado a destacar lo que de servicio público encierra. Nosotros no hemos pretendido hacer una crítica general de las bases sentadas por dicho autor, sino recoger su invitación (415), dejándonos llevar de ella, y no eludiendo la tentación de no referirnos—voluntariamente—en nuestro trabajo, al estudiar la organización del Registro, al criterio y teoría de Marín Pérez.

Pensamos también en la enorme complejidad de este problema, y quizá por eso *me parece como más crucial*, dentro de la Ciencia Hipotecaria y de la Administración, *el problema del asentamiento del Registro como servicio público, que el de su unificación institucional. Porque, además, sólo podría llevarse ésta en la práctica legal y reglamentaria, cuando aquella idea—hoy teoría o mera acepción aún—encaje sólidamente en la doctrina y en la legislación.*

(414) Sin perjuicio de las modificaciones no sustanciales a estos efectos de la nueva Ley de Registro Civil.

(415) Ob. cit., pág. 176.

3.—*La unificación funcional.*

Así como el problema de la unificación institucional nos acerca al de la actividad referente a la *seguridad de los derechos privados por medio de la publicidad*, el tema de la unificación funcional se enlaza con el de *la naturaleza* de la función.

Según la idea que tengamos de la función registral—administrativa, judicial, o jurisdiccional, bien sea ésta voluntaria o de carácter especial—podrá plantearse la unificación funcional. Concretamente, si debe subsistir el órgano registral—Registrador—con independencia de los órganos con funciones autenticadoras—administrativas *strictu sensu* o *notarios*—o de los con funciones judiciales—Jueces, principalmente.

La evolución histórica y el derecho comparado aportados a nuestra tesis, nos dan margen para estudiar este apartado, partiendo ya de una diversidad legislativa, en su evolución y su pluralidad de régimenes.

Por una u otra circunstancia, el Registro estuvo en manos de funcionarios administrativos—de índole fiscal, o municipal especialmente—, de funcionarios judiciales—sistema alemán actual—o especiales—, sistema australiano, como tipo más importante y representativo.

Con los datos del desarrollo histórico y derecho comparado habriamos de remontarnos a un punto central y primario, que sería el de una concepción sustantiva o meramente formal del Derecho Hipotecario, porque la índole de la función debería venir lógicamente determinada por uno u otro sentido. Así, como señala Marín Pérez (416), siguiendo la tesis formalista mantenida por Notarios especialmente, «el Registro quedaría desprovisto de esta finalidad esencial, ya que la misión señalada por sus pro-pugnadores es tan secundaria, que acabaría siendo inútil como instrumento de publicidad. Por el contrario, el Notario aparecería, en este sistema, como eje indiscutible e indiscutido de toda la

(416) MARÍN PÉREZ, en *Introducción*, ob. cit., pág. 184, dentro de las objeciones a un criterio formalista del Derecho Registral, señala tal posición, citando la doctrina de Núñez Lagos, Porciolet y González Palomino, de un lado, y de otro, en sentido distinto, la de López Palop, Díez Pastor y Romero Vieitez, a cuya referencia bibliográfica nos remitimos.

vida jurídica, desplazando al Registrador, al Juez, a la Autoridad administrativa y convertido en una especie de Pretor romano o Juez de Castilla...»

Las variedades de unificación podrían ser múltiples: a) *Registrador-Notario*, o Notario-Registrador; b) *Registrador-Juez*, o Juez-Registrador, y c) *Juez-Notario-Registrador*, o Registrador-Notario-Juez.

a) La primera, encuentra un serio obstáculo, en la distinción plenamente civilística del *negocio obligacional* y *negocio de disposición*. La falta hoy de diferenciación de funciones (417), como sería de desear, entendiendo el Notario en lo obligacional y el Registrador en lo de disposición—como en el derecho alemán se distingue el *acto causal del acuerdo real*—, no es argumento para una unificación funcional de este orden.

Pero, además, esta unificación Notario-Registrador, tendría una justificación dentro de un sistema registral plenamente constitutivo, para así hacer coetáneo el acto obligacional—escritura pública—con el acto de disposición—inscripción—, evitando a la vez el problema—dada la índole de nuestro derecho—de *en qué momento nace*, por ejemplo, la hipoteca, si en el de constitución o en el de la inscripción, pues si bien es cierto que sólo existe y vale desde ésta, hay que descubrir, en todo ese tiempo que va desde la constitución a la inscripción, qué sucede.

Sin embargo, no se justificaría esta unificación en los demás actos de la vida jurídica en que interesa simplemente una constancia y una fe pública: protestos, poderes, actas de notoriedad, testamentos, etc. Por eso sería prácticamente irrealizable, dado, además, el campo cada vez más intenso de la intervención notarial en la vida jurídica (418).

(417) Roca Sastre ha criticado esta indiferenciación de funciones, en este punto concreto de lo obligacional y lo real. Véase *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ed. 1940, T. I, págs. 14 y ss. Véase también AGUIRRE, *Cursillo de Derecho Hipotecario*, La Habana, 1943, pág. 2.

(418) CAMPUZANO, en *Principios...* ob. cit., pág. 11, después de descartar que el Registro sea verdaderamente función judicial, pues para él es administrativa, se refiere al problema de la unificación funcional como instituciones análogas, aludiendo a los trabajos de Monasterio y Costa para unir el Registro y la Notaría, pero los desecha, pues frente a los argumentos de sencillez, prontitud, baratura y evitación de falsos títulos, argumenta en contrario por la laboriosidad y especialidad de la tarea, prefiriendo mantener la situación actual.

b) La segunda posible unificación *Juez-Registrador*, Registrador-Juez, se plantea justamente en atención a la seguridad jurídica pretendida por un sistema en el que predomina la inscripción constitutiva, con efectos básicos, que llegan a algo más de la mera suspensión, denegación o inscripción hecha por el Registrador (419).

El hecho, además, de que por una serie compleja de razones los actos de jurisdicción voluntaria estén encomendados a los Jueces, hace más factible esta posición, con lo cual la función registral, alcanzaría mayor altura, sustantividad y eficacia, y, aun no siendo estrictamente judicial, sería, al menos, netamente jurisdiccional (420).

Pero creemos que por el sentido de especialización y de brevedad, y por el carácter expeditivo de la propia función judicial, y aun de lo jurisdiccional, en sentido amplio, no sería—dada la acumulación de asuntos, la complejidad de los mismos, etc.—hoy oportuno esta unificación, que recargaría la ya variabilidad de materias sometidas a los Jueces—las contenciosas y las ya tradicionalmente de jurisdicción voluntaria, junto a las penales, Registros civiles de tutela, ausencia, cumplimiento de exhortos, etcétera—e impediría además esa especie de supervisión, existente y reconocida en la Ley y Reglamento—expediente de dominio, actas de notoriedad y otros—conferidos y regulados, justamente porque los Registros (art. 1.º de la L. H.) y sus asientos están al amparo de los Tribunales.

c) Finalmente está la triple unificación *Juez-Notario-Registrador*—sin precisión de orden—, expuesta por Costa (421), que pudo ser interesante en un momento concreto de la legislación y de la realidad de la vida jurídica. Los puntos expuestos por Costa—entendemos—son hechos desde un ángulo más bien político, adminis-

(419) GONZÁLEZ PÉREZ, en *Naturaleza...*, pág. 582, advierte: «Encontrándose frecuentemente la afirmación de que el Registrador es un auténtico Juez, conservador de la propiedad inmobiliaria», citando la postura de Jerónimo González Cossío, Roca Sastre y a los que nosotros añadiríamos Pazos y García, Agulló, y Ventura Solá en ob. cit.

(420) Véase cita (90) sobre la distinción que hace Campuzano de Registro unido a los Tribunales de Justicia, y Registro como Oficina Pública.

(421) *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de la Justicia*, Madrid, 1890, págs. 189-257.

trativo o sociológico, pero no desde el esencial de una doctrina jurídica. Sus observaciones son interesantes. Se trataría de una reforma a fondo, pero las razones orgánicas, reglamentarias o económicas no pueden hoy mantenerse, justamente porque la vida moderna ha traído un desplazamiento e intensidad de las relaciones jurídicas, a las cuales sólo se les puede poner coto o servir —saliéndoles al paso—, con la misma especialización, independencia e integridad con que ellas se presentan de manera inexcusable y urgente.

Nuestra opinión es que la unificación funcional no es factible ni conveniente. El Registrador cumple hoy una misión concreta, especial y eficacísima en la vida jurídica. Se podrán retocar o superar formalidades, requisitos o garantías; pero, antes que eso, habría que dar a nuestra legislación hipotecaria una contextura más eficaz y, en consecuencia, un apoyo jurisprudencial, de que acaso hoy se carece, y frente a posibles prejuicios sociales.

Dentro de nuestra tesis, el mantenimiento de la función registral como autónoma y especial se apoya, además, por nuestro criterio de que la índole de su naturaleza es la de ser *jurisdiccional de carácter especial*, justificada por todas aquellas razones concretas—la fuente de los derechos, los efectos, etc.—que la hacen soberana en sus decisiones, y resaltada por los fines y actividad públicos, cumpliendo los cuales se sirve al derecho privado, tanto en los intereses particulares como en la defensa social, puesto que la seguridad que otorga —o debiera otorgar— tiene como destinataria a la propia sociedad.

CAPÍTULO II

ELEMENTO EXTERNO DE ORGANIZACION

A) LA UNIDAD ORGÁNICA DEL REGISTRO: IDEAS GENERALES.

Tradicionalmente han venido distinguiéndose (422) tres elementos de organización administrativa: el *territorio*, la *población* y los *funcionarios*. Sobre ellos fluye y confluye la acción del Estado,

(422) Véase García Oviedo, ob. cit. T. I, pág. 600.

tanto en un sentido de adscripción—territorio y población—como en otro de «ejecución», que es lo mismo que servirse de otras personas: los funcionarios.

El Registro, como la mayoría de todos los servicios, tiene una unidad orgánica indiscutible. Esta unidad la vemos nosotros bajo el prisma del Derecho positivo, y sin descender a teoría alguna, bajo cuatro elementos básicos: *externos*—personales y reales—; *internos*—la Oficina en sí—; *jerárquicos*; y los propiamente *orgánicos*—activos—, profesionales o funcionarios.

La unidad la da la propia actividad, que es acción administrativa del Estado, entendida ésta en su sentido amplio, es decir, incluyendo aquí la acción de la realización del Derecho, función judicial, y esta otra más concreta del Registro de la Propiedad, que «tiene por objeto—según lo definíamos como servicio público—la publicidad de determinadas situaciones jurídicas..., a cargo de unos funcionarios públicos, técnicos en Derecho, con facultades de índole jurisdiccional, a los fines, por medio de la calificación, de la justicia registral» (423).

La índole jurisdiccional del servicio es precisamente lo que supone, no ya la función singular a realizar por el funcionario, sino los elementos externos de la misma, que administrativamente serían población y territorio, y en nuestro caso los *sujetos de derechos*, de carácter registral, y las fincas, dentro de la demarcación del Registro. Y de otro lado, el *funcionario-Registrador*, que implica en sí—es decir, como órgano dentro de una jerarquía de valores administrativos—y por su función jurisdiccional en el marco de su Oficina, la existencia de órganos escalonados que configuran mejor aquella función (424), siempre dentro de las especialidades propias del servicio.

(423) ROCA SASTRE, en *Apéndice* cit., pág. 103, se muestra más explícito al ocuparse del «Registro de la Propiedad desde el punto de vista orgánico, es decir, como oficina destinada al servicio público de la registración de los actos o contratos con acceso al mismo».

(424) No debemos confundir esa jurisdiccionalidad de tipo *funcional* con la jurisdicción *disciplinaria* de orden interno.

B) ELEMENTOS EXTERNOS.

1.—*Lo personal.*

Ante el Registro-servicio hay un particular interesado, que no es siempre el que formalmente se recoge con «en su virtud, X... inscribe su derecho...», sino que afecta a cuantas personas puedan resultar interesadas en su inscripción (425).

La esfera indeterminada de estas personas hace que *no exista delimitación de quienes, por voluntad o por obligación, puedan verse afectadas por el servicio público del Registro*: ni la nacionalidad, ni el Estado, ni la vecindad, ni el domicilio o la edad —salvando siempre la capacidad general—, son tenidas en cuenta propiamente. Lo que interesa es el negocio jurídico y los datos reflejados en él, pero no como determinantes de una competencia por razón de la persona, sino por *el lugar de la finca*.

De aquí él que, a pesar de que la relación jurídica registral (426) se inicia por incorporación de los «derechos registrales», a una persona, ésta se diluya, como ya hicimos notar, dentro de la propia función jurisdiccional calificadora, y dentro también de los fines de seguridad.

Claro está que, penetrando en el «fkuero personal» ante el Registro, habría que distinguir: 1.º Titular que interesa o solicita la inscripción. 2.º Titular a quien *afecta* la inscripción (427). 3.º Ti-

(425) Ya hablamos de este problema del particular ante la inscripción, tal como viene prevista y facilitada en los arts. 6.º de la Ley y 7.º del R. H. Ahora consideramos al particular desde el punto de vista de la organización administrativa.

Un ejemplo, bien marcado y reciente del «interés» en la inscripción, independientemente del adquirente o titular de un derecho real, es el del inquilino ante la inscripción de la vivienda por su propietario, a los efectos de la constitución de la garantía que le exige la ley de agosto de 1958 de préstamos a los inquilinos. Si el propietario anterior no tuviese inscrita la vivienda—por trato interrumpido, incluso—, difícil y costosamente podría luego el inquilino-adquirente constituir hipoteca a favor del Instituto de Crédito de Reconstrucción Nacional. He aquí, pues, un nuevo caso del *interés público* de la inscripción.

(426) Sobre la relación registral, véase MARÍN PÉREZ, *Introducción...*, ob. cit., págs. 7 y ss.

(427) Supuesto reciente de *afección* de inscripción es el de la inmatriculación de fincas colindantes con montes catalogados, o radicantes en términos donde existan montes del Estado (Véase art. 11, ap. 4, de la Ley de Montes de 1957).

Parecido caso puede ser la sugerencia del Consejo de Estado sobre reforma del art. 70 del R. H. en cuanto a la inscripción de aprovechamiento de aguas. Consiste la sugerencia en imponer en las actas de notoriedad sobre prescripción

tular que *necesariamente*—caso de hipotecas o caso de un sistema de inscripción constitutiva—ha de acudir al Registro, y 4º Titular que *voluntariamente* acude a él.

Múltiples problemas podrían señalarse dentro de esta cuádruple distinción. Sobre todo si dentro de un sistema obligatorio de inscripción se hiciese preciso designar «quién» resultaba el obligado, pues si actualmente, por ser voluntario, se facilita extraordinariamente, lógicamente, y sin perjuicio de estimular por este mismo criterio la inscripción, habría de designarse «uno», singularmente obligado.

El ámbito personal queda en el derecho actual indeterminado y amplio, justamente por la generosidad del legislador en el sentido de favorecer las inscripciones. Por eso hoy el *titular interesado en el Registro se presenta como beneficiario* de un derecho; mientras que en un derecho constituyente e ideal, el derecho sería *además un deber*, si la inscripción fuese obligatoria. Todos estos factores serían muy de tener en cuenta dentro de la organización administrativa, que comprende el ámbito personal del Registro, desde sus elementos externos. Por lo demás, este factor sólo tiene una importancia relativa a los efectos del índice de personas que se lleva en los Registros (art. 362 del R. H.).

2.—*Lo real.*

a) *La finca.*

El elemento externo de organización, que delimita a su vez el campo de la competencia y otros factores circunscritos a ella, es la finca.

Todo el Registro gira alrededor de ella. Quizá por abarcar todo el contenido de organización y hasta de mecanismo, ni la Ley ni el Reglamento la definen (428), y acaso por ello también se dis-

de aprovechamientos de aguas, la Audiencia específica de la Administración, al objeto de poder invocar la existencia de actos contrarios a la prescripción (Véase Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal*, 1954-1955, Madrid, 1958, pág. 13).

Véase también el art. 230 del R. H.

(428) Sobre la finca como unidad registral y base del Registro, véase Roca Sastre, ob. cit., T. II, págs. 59-64, quien además de explicar las deficiencias

cuta aún qué es lo que verdaderamente se inscribe, si los títulos, si las fincas, si los derechos o los actos, ya que de ninguna manera las personas.

Al pensar en «la finca» ahora, no lo hacemos para analizar su relación y vinculación dentro del sistema de registración, sino dentro de la organización de aquélla. Tampoco por la proyección interior de que hablaremos más adelante. Simplemente porque la finca—las fincas—integran geográficamente, es decir, en el sentido de *localización*, el ámbito externo más poderoso del Registro, como es el derivado de la demarcación y circunscripción territoriales.

b) *La demarcación territorial.*

Las primitivas Leyes y proyectos hipotecarios tenían esta denominación: *Ley de propiedad territorial*, *Ley de aseguramiento de la propiedad territorial* (429), y otras semejantes. Se referían a las fincas rústicas y urbanas. *La clase* de éstas no tiene ningún valor para la organización del Registro, y tan sólo a los efectos del Libro Índice de fincas (art. 362 del R. H.). *Las fincas forman en sí el territorio*, al cual se extiende el Registro en su ámbito jurisdiccional, que vamos a estudiar en una serie de aspectos:

a') *Establecimiento de los Registros y su división material y personal.*

En su art. 1.º, fué la primitiva Ley de 1861 la que disponía que en todos los pueblos cabeza de partido se estableciese un Registro de la Propiedad, norma que se ha cumplido casi en su totalidad, aunque hoy existan partidos judiciales—Cariñena, por ejemplo—que no lo tengan. También sucede a la inversa (430).

de nuestro sistema, da la siguiente definición de finca normal: «trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal, y fuertemente, digo, perteneciente a un solo propietario o varios en común».

(429) El R. D. de 8 de agosto de 1855 ordenaba a la Comisión de Códigos la elaboración de una *Ley de hipotecas o de aseguramiento de la propiedad territorial*.

(430) La observación que sobre esta relación de «partido judicial» y «Registro» cabe hacer, es si la agrupación y supresión de «partidos judiciales» no implicaría, en principio, el problema de la agrupación consiguiente de los distritos hipotecarios afectos, en el supuesto de que una u otra agrupación se

El criterio de las sucesivas Leyes, entre ellas la actual (artículo 275), es el de la *subsistencia* de los ya existentes, si bien cuando así convenga al servicio «público», el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y oido el Consejo de Estado, y con las formalidades reglamentarias, podrá crear nuevos Registros o modificar los ya existentes.

Además de esta posible división material—dentro de la normal *subsistencia* de los existentes—, existe otra personal, puesto que si lo normal es la titularidad de un Registro por un Registrador, cabe también—especialmente en los grandes núcleos urbanos—que esté regido por dos titulares, aunque parece es idea del legislador de que esta división personal sólo tenga lugar «en cuanto no se lleva a cabo» la material.

Este problema ha sido en la actualidad planteado con motivo de la división de ciertos Registros y su carácter de división material o personal. Nosotros nos permitimos opinar que la división material de un Registro (431), aun con las dificultades momentáneas de organización y puesta en marcha, es más acorde con la eficacia del servicio.

b') *Demarcación de los Registros.*

Con este nombre designa el Título XI de la Ley y del Reglamento (arts. 274 y 275 de la Ley y 482 del R. H.), lo que otros autores llaman también *circunscripción territorial* (432), distinta a la *clasificación* general de los Registros.

La *clasificación* viene a ser estado demostrativo del número de Registros, con los nombres de la capitalidad, su provincia, Audien-

debiere a razones del público servicio Esta cuestión, así meramente expuesta, es distinta—aunque no contraria—al problema de agrupación de Registros, por un lado, y división por otro, a los efectos de una retribución, sobre cuyo punto—de suyo complejo—no es lugar éste para un juicio personal, propio del órgano jerárquico o colegiado correspondiente. Véase el sustentado por Eladio Ballester en *Suplemento*, de «R. C. de D. I», núm. 708, de 2-febr.-1956.

(431) La división personal de los Registros fué regulada por D. de 24 mayo 1945, cuya ejecución fué encomendada al D. de 5 junio de igual año y O. del 14 del mismo mes, que han quedado derogadas por la disposición final. El régimen de Registros con dos titulares se regula en el art. 485 con toda minuciosidad.

(432). ROCA SASTRE, en *Apéndice* cit., pág. 104, se refiere a los dos sentidos de *demarcación*: el de *demarcación notarial* y el de *circunscripción territorial*.

cia y clase. A ella se refiere el art. 3.^o del Reglamento. La actual fué aprobada por real Decreto de 29 de diciembre de 1930.

A la demarcación propiamente dicha se constriñe lo que se denomina *circunscripción territorial*, representada por el conjunto de pueblos o Ayuntamientos cuyas fincas, radicantes en ellos, pertenecen a aquélla, cada uno con sus libros correspondientes.

c') *La circunscripción territorial o demarcación no es estática.*

Puesto que ella es la razón única de la competencia jurisdiccional, es indudable que interesa su fijación, y también, en atención al propio servicio, su posible modificación.

Prevista ésta en el art. 276 de la L. H., se regula con todo detenimiento en el Reglamento Hipotecario (arts. 482 a 485). En esencia, se puede distinguir la *alteración* y la *creación o supresión*.

Para la primera se forma un expediente en el que informan las Autoridades locales, Registrador, Notario, Juez de primera instancia, Presidente de la Audiencia, y «si se estima conveniente» el Colegio Nacional de Registradores, resolviendo el Ministro, previa audiencia del Consejo de Estado, por orden Ministerial.

La creación o supresión exige, además de un expediente análogo, «oír» preceptivamente al Colegio Nacional de Registradores, resolviéndose por Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

El art. 483 se refiere a las diligencias de cumplimiento de dicha Orden, a realizar por los titulares de los Registros afectados por la alteración, para la traslación de asientos y libros, la cual, una vez efectuada, habrá de publicarse en el *B. O.* de la provincia y edictos. Aun cuando el Reglamento, al tratar de la creación o supresión, no concreta la forma de llevarla a cabo, es de suponer—el que puede lo más, puede lo menos—que se observarán semejantes trámites cuando así proceda.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS INTERNOS DE ORGANIZACION:
OFICINA Y LIBROS

A) LA OFICINA DEL REGISTRO.

1.—*El local.*

El sentido de *localización*, propio de todo servicio público, tiene también su manifestación concreta en el del Registro de la Propiedad, que constituye, en este sentido, una Oficina pública (433).

La Oficina pública y su manifestación material, «local», no es sino—respecto al otro elemento, «libros»—la simple expresión del continente y contenido. A ella se refiere el art. 356 del R. H., con el que se comienza el Título IX, «*Modo de llevar los Registros*», rúbrica que es consecuente—tomando «registros» por «libros»—con el correspondiente de la Ley, que sólo se refiere a la mecánica de libros pero no así en el Reglamento, en el que tal título. «*del modo de llevar los Registros*», comprende «Oficina de Registro», «Libros», «Legajos», etc.

La idea de local se recoge expresamente en el art. 336: «en el local de cada Registro estarán constantemente expuestos...», y tácitamente en numerosos preceptos, tales como 251, 252, y otros de la L. H.

El citado art. 356 se refiere también al cuadro o cuadros que deberán estar expuestos al público, en orden a la fecha de establecimiento de Registro, nombre de los Ayuntamientos comprendidos, modificaciones, etc. Preceptúa asimismo que un ejemplar del Arancel estará a disposición del público.

(433) Sobre la acepción *el Registro como Oficina pública* hablamos en otro lugar.

2.—*Mobiliario y sello.*

La atención que el Reglamento Hipotecario presta a detalles de verdadera organización interior—distinta en realidad de la esencia de lo que debiera ser Reglamento de ejecución de la L. H.—lleva al legislador a reglamentar lo concerniente al mobiliario, diciendo que «los Registradores (art. 357) cuidarán de que el *mobiliario* de las oficinas sea el que requiere el decoro y seguridad de los libros y documentos conservados en las mismas». También—es curioso—deberán proveerse de aquellos *medios* que permitan, en caso de *incendio*, extinguir éste inmediatamente.

El art. 358 se refiere al sello que se llevará en cada Registro, «semejante al que tienen en los Juzgados de primera instancia, con «Registro de la Propiedad de ...»; y el 359 a la «facultad de los Registradores para el uso de máquina de escribir en sus relaciones oficiales y certificaciones».

3.—*El horario.*

También reglamentariamente se fijan (art. 360) las horas en que el Registro deberá estar abierto en los días no feriados, que serán desde las 10 a las 14 horas, que podrán ser aumentadas en otras dos, o bien adelantar la apertura o el cierre una hora, según las circunstancias, previa comunicación a la Dirección General y edicto en el tablón de anuncios. Por días no feriados se entienden los que corresponden a los Tribunales (434), no pudiendo admitirse documento alguno para su inscripción, ni practicar ningún asiento de presentación fuera de las horas señaladas, aunque sí las demás operaciones.

El art. 252 expresamente establece que «los asientos de presentación fuera de las horas en que deba estar abierto el Registro serán nulos» (435).

(434) Hasta en este dato de horario puede verse un argumento de lo *jurisdiccional* del Registro, más ligado a los Tribunales de Justicia que al resto de las Oficinas públicas.

(435) Todo ello, aunque puramente reglamentario y de mera organización, tiene una relevante importancia a los efectos de prioridad, que tan fundamentalmente rige en materia registral, por el principio de *prior in tempore potior jure*. Véanse arts. 24 y 25 de la Ley y. 420 y 426 del R. H.—Son interesantes las resoluciones de 20-II-1864 y 29-V-1907 sobre la posibilidad de sub-

4.—*Oficina pública sin apoyo «público».*

En esta parte especial de la organización administrativa nos interesa aludir, sin ninguna queja o crítica, sino como hecho real, a la ausencia de ayuda o apoyo oficial ante una oficina que es «pública».

Recordemos (436) aquella auténtica acusación hecha por Diaz Moreno, cuando, destacando que el Registro había sido «órgano de una institución en la que se creyó ver hace medio siglo la salvación del país», mostraba el estado lastimoso de una buena parte de los Registros-oficina, en casas lóbregas, reducidas, sin ayuda del erario nacional o municipal, instaladas por el Registrador, «como un vecino cualquiera, unas veces donde quiere, y generalmente donde puede».

La situación actual de una buena parte de las Oficinas públicas-Registro, obedece a una serie de factores distintos, pero creo que en muy contados casos puede acusarse al Registrador. No pretendo puntualizar extremo alguno a este respecto, que para un profesional del Registro resulta enojoso siempre. Ni tampoco destruir prejuicios que a todos interesa combatir.

Lo cierto es que la Oficina del Registro, que «decorosamente» debe ser instalada, no merece ni ocupa la atención mínima del Estado o Municipio, en ayuda y cooperación. Si para algunos aspectos es «servicio público», para éste parece ser «servicio particular», al cual más o menos voluntariamente han de acudir y pasar, sin «competencias», sin comodidades, sin atenciones ni delicadezas. En un trabajo nuestro (437) hemos resaltado esta cuestión, que acaso ni los mismos afectados se han atrevido a insinuar. Pero como allí decíamos, hay que deshacer la idea vulgar de que el Registro es *del y para el Registrador*.

Esta idea maligna, juntamente con la voluntariedad de la inscripción, hacen reducir la eficacia y el ambiente de una institución que jurídicamente no puede ser más progresista, aunque econó-

sistir las inscripciones por equivocación hechas en días feriados, si la Dirección General los habilita como hábiles. Y la R. O. de 23 de agosto de 1866, que fija la competencia de los Tribunales para anular los asentos practicados en días no hábiles.

(426) Véase cita (90).

(437) *Propaganda...*, ob. cit., pág. 273.

micamente no tenga mejores frutos y socialmente no reporte mayores ventajas a la seguridad y a la legislación agraria protectora.

La circunstancia de que el Registrador cobre por Arancel, no justifica ni mucho menos esta ausencia del Estado o entidades públicas en una oficina que es suya, más, mucho más que del Registrador, por ser «pública». Otros funcionarios judiciales—secretarios de Juzgados de primera instancia—o administrativos—abogados del Estado, secretarios de Ayuntamiento, liquidadores del Impuesto de derechos reales, agentes de Cambio y Bolsa—, cobran también por Arancel, y, sin embargo, sus oficinas—pobres o decorosas—gozan de la atención y ayuda—pobre o grande—del Estado, con todo el aditamento de su poder y altura de miras, dentro de las posibilidades nacionales.

El criterio del Estado actual tiende a hacer de las Oficinas públicas un lugar no sombrío ni hosco y menos inhóspito, y procura y quiere—incluso por la propia eficacia del servicio—comodidad, luz y decoro; hace propaganda de sus propios fines y con las mejores armas de la publicidad (438).

El Estado—regúlese ello como se quiera—debe ser parte de esta Oficina pública, sea en forma de ayuda, exenciones, facilidades, etcétera, como ante otras entidades o realidades públicas, económicas o sociales. El Registrador contribuye con sus beneficios—que no llegan en algunos casos al doble del jornal de un bracero de la localidad, sin contar con las ventajas sociales de éste, que el Registrador no tiene—al Fisco, con un impuesto de utilidades. El suministra los libros, paga al personal y participa en todos los gastos. Podrá decirse que en el «Arancel» hay una especie de «adelanto» estatal, y si es cierto que ello—en hipótesis—compensaría en algunos Registros, no se trata de justiprecios y distingos ante una empresa que sólo con generosidad haremos grande y popular.

Frente a éste hay que añadir que el Registrador es, además, liquidador de derechos reales, y su oficina liquidadora es «realmente» la oficina del Registro, como así sucede también en los casos

(438) No hace mucho hemos visto en un diario madrileño un artículo publicitario firmado, que, destacando los peligros e inconvenientes del contrabando, puede resultar quizás más eficaz que un sistema de multas o de garantías y expedientes. Propaganda, aún más reciente, se ha hecho de la enseñanza manual y profesional.

en que exige los suplementos a metálico del Timbre del Estado, sin que en este caso tenga la menor gratificación o participación.

Si hemos descendido a estos pormenores es únicamente *por una doble razón*:

En primer lugar, porque esa ayuda y ese apoyo—posibles hoy más que nunca, dada la predisposición del Estado por las cosas públicas—, no son de ahora, sino que fueron ya planteados en otro tiempo, aunque sin suerte. Díaz Moreno cita los *proyectos de Casas Archivos para los Registros de la Propiedad*, uno de 1876, aprobado por el Congreso y no por el Senado, y otro de 1882, aprobado por el Senado y pendiente del Congreso.

Y en segundo lugar, porque estimamos que una de las consecuencias de la ausencia de un planteamiento teórico del Registro como servicio público, es que nadie—y el Estado no tenía que ser excepción—se «ha tomado en serio» lo del Registro como servicio público, y, por consiguiente, menos iban a tomar el Senado o el Congreso con interés lo de las Casas-Archivo para Registros.

Creo que dentro de una política innovadora—sin Senado y sin Congreso—se puede pedir que el Estado sea parte de este servicio público, que es eminentemente estatal, como públicos son los funcionarios que los sirven. Descender a si él debe ser el que a su cargo asuma los gastos de la Oficina pública, y el Registrador los del personal de la oficina, puede ser una de tantas facetas o procedimientos de cooperación. Callar, en este apartado, este problema sería desconocer una realidad que influye en la aceptación práctica de nuestra tesis teórica, más de lo que parece. De aquí nuestra indicación, siempre respetuosa y humilde. Si nuestro trabajo fuera un ensayo «práctico» del Registro como servicio público, e incluyéramos un apartado sobre «eficacia» de dicho servicio, desarrollaríamos con más detenimiento y suficiencia esta cuestión, ahora sólo mentada, y sobre la cual no resulta agradable al estudioso adentrarse.

B) LOS LIBROS.

El Registro de la Propiedad tiene también (439), como acepción, la de «conjunto de libros». La expresión del art. 238 de

(439) Nos remitimos a lo expuesto en otro lugar. Véase cita (91).

la L. H. es coincidente: «El Registro de la Propiedad *se llevará en libros...*» Pero ahora no ocupa nuestra atención la determinación o concreción de esta acepción frente a las demás, sino como segundo de los elementos internos de la «organización-Registro», estudio que haremos bajo los siguientes aspectos:

1.—*Acepción, suministro y naturaleza jurídica de los libros.*

La idea de «libros» del Registro, dentro de un servicio público organizado, no es sino la expresión externa y gráfica de una actividad, que humana y materialmente queda *allí* reflejada.

Todo esto responde a una cualidad específica del procedimiento registral, que *no es oral* precisamente, pero no sólo en cuanto a procedimiento jurisdiccional de inmediato mecanismo ante una inscripción que se solicita, sino, sobre todo, en cuanto que en tales libros se condensa y se refleja «toda la seguridad» de la vida jurídica inmobiliaria, como expresión *manuscrita*, ya que ni siquiera mecanografiada.

Por tener una esencia de neta seguridad, los libros son así instrumento inmediato de aquélla, instrumento material.

Desde un punto de vista concreto los libros no reflejan sino el *contenido de un continente*—la Oficina pública, en su local, dependencia y mobiliario—que no se justifica sino en atención a aquél. Y en tal sentido, ninguna otra peculiaridad goza respecto a los libros, documentos, legajos, etc., de que en la vida administrativa, judicial o simplemente económica, nos valemos los hombres, las entidades y las Sociedades para el cumplimiento de fines que se hacen tangibles a nuestros ojos por los signos y elementos de la burocracia.

Un tema de interés que no conocemos haya sido tratado doctrinalmente—y que nosotros apenas vamos a esbozar—es el de la naturaleza de los libros del Registro, o, mejor, titularidad de los mismos. El hecho de que estén en una oficina pública no da idea por si sólo de una adscripción de propiedad, para el servicio o para el Estado.

Se podía argumentar que ejerciéndose la función registral—cuálquiera sea la postura que adoptemos—en nombre del Estado, como derivada en cierto modo de la Justicia que también ejercen los

Jueces y Tribunales en su nombre—*los asientos practicados en los libros quedan al amparo de los Tribunales*—, dichos libros son de la exclusiva propiedad del Estado, dado que en la Ley Hipotecaria o Reglamento no se hace semejante o parecida proclamación.

El suministro de los libros (art. 363 del R. H.), a cargo exclusivo del Registrador, tampoco da argumento para considerar a éste como titular de su propiedad. Ciertamente que aquí no puede hablarse de una «compensación arancelaria, como pudieran ser los demás gastos de oficina, directamente atendidos con la propia retribución que inmediatamente obtiene el Registrador en las operaciones concretas realizadas, sino que la adquisición de los libros se hace preceptivamente, sin sospecharse ni anticiparse retribución directa o compensable de esos gastos, que en ocasiones son cuantiosos, y no inmediata ni directamente fructíferos.

Por último, *el particular*, que tiene sobre ellos ciertos derechos (440), no lo tiene en modo alguno a su propiedad, aun cuando pudiera pensarse que con el pago de honorarios contribuyese a su sostenimiento.

De otro lado, la indeterminación del titular-funcionario que los lleva, y la del particular que acude a él, agravan cualquier intento de hacerlo participe de derecho alguno sobre ellos.

Nosotros nos permitimos hacer estas indicaciones:

Que hay una laguna social o reglamentaria para fijar la propiedad de los libros del Registro, en contraste con el protocolo notarial, fijándose—en el art. 36 de la Ley de Notariado—al Estado, como propietario, y a los Notarios, como obligados a su conservación, como archiveros, sin que el que «los Registros serán públicos» (art. 221 de la L. H.) suponga ninguna declaración de propiedad o cosa pública.

Que falta una elaboración doctrinal sobre el problema.

Que no se prevé ni se ha sugerido la idea de que en la labor del «conjunto de libros» puedan cooperar los archiveros del Estado en ciertos casos o Registros, bien dentro de la misma Oficina —como sería lo ideal—, bien fuera de ella para ciertos libros de alguna antigüedad o agotados, como se regula y reglamenta para

(440) Son los derivados de la *publicidad formal* de los Registros, a través de las manifestaciones, certificaciones o minutas. Véanse los arts. 221-237 y 258 de la Ley y 332 a 355 del R. H.

ciertos protocolos Notariales (441). Si en la actualidad puede haber un funcionario—personal auxiliar—encargado solamente de la custodia, ordenación o arreglo de los libros, es por cuenta del Registrador, y sin las garantías y eficacia que podían prestar los Archiveros y Bibliotecarios.

Que, finalmente, en ausencia de un criterio legal y doctrinal sobre la materia, y sin hacer «tesis» de nuestra afirmación, entendemos que por analogía a lo que señala Velasco para el Protocolo Notarial (442), los libros del Registro constituyen una *propiedad especial*, porque, aun siendo para uso de los que tengan un público y conocido interés, no es dominio público, ni tampoco es propiedad privativa, sino que sobre ellos hay un *dominio eminentíssimo del Estado*, en cuyo nombre se lleva a cabo el servicio y se cumple una finalidad de seguridad, perteneciendo el *disfrute jurídico a los particulares* con ciertos requisitos, y cuyo usufructo *económico o rentable* pertenece al Registrador, que hace posible—y sólo así—su responsabilidad personal y patrimonial.

2.—*Requisitos formales.*

La importancia de los libros hace que su forma y manera de llevarlos no sea caprichosa o discrecional. La *sujeción a los preceptos* sobre los requisitos formales hace innecesaria la precisión de una sanción para el supuesto de una inscripción hecha en libros que no los reúnan y que de manera genérica—aparte de la sanción disciplinaria, siempre posible al amparo del art. 573-3.^o del R. H.—cabría ser recogida en la nulidad formal del 79-4.^o. Y de todos modos sólo harán fe los libros formados con los requisitos siguientes, según preceptúa el art. 240 de la L. H.

La *uniformidad* de los libros—formados bajo la dirección del Ministerio de Justicia—queda recogida en el art. 239 de la Ley; precisando, además, los 238 y 241 que vayan *foliados y sellados*

(441) Véanse D. de 2-III-1945 y el art. 303 del Reglamento Notarial, verdadero modelo de cooperación entre los Notarios y el Cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.

Ya en prensa este trabajo. Véase, no obstante, la cita (446).

(442) Citado por Herrán de las Pozas, ob. cit., pág. 101.

judicialmente, sin que puedan ser *sacados de la oficina* (443), siendo los *modelos* los prescritos por la Dirección General (art. 363 del R. H.). Las diligencias específicas de entrega, y las indicaciones de las portadas y encasillados quedan minuciosamente descritas en los arts. 364, 365 y 366 del Reglamento.

3.—*Clases de libros.*

La enumeración de libros, hecha en el art. 362 del Reglamento, puede ordenarse de la siguiente forma:

a) *Principales y accesorios*.—Son *principales*: los de inscripciones, los de operaciones del Registro, los de incapacitados y los de anotaciones por causas criminales o débitos a la Hacienda (444).

Son *accesorios*: los de Indices, de fincas (rústicas y urbanas) y de personas, el Diario de honorarios, el Libro de estadística, el Inventario o los auxiliares que el Registrador estime conveniente (445).

b) *Definitivos y provisionales*.—El concepto del libro provisional—distinto de asiento provisional y asiento definitivo—surge en relación con el libro definitivo para el caso de que faltase éste. A sus requisitos, garantía, duración y efectos se refieren los artículos 402 a 409 del R. H.

c) *Otros libros*.—Además de los libros propiamente del Registro de la Propiedad, hay otros varios, con carácter más o menos vigente o con una eficacia más o menos relativa. Son los de las antiguas *Contadurías* y los de *Hipotecas* (446); los libros de *Pósitos*;

(443) Esa prohibición la preceptúa el art. 241, de manera que todas las diligencias judiciales y extrajudiciales han de hacerse en la propia oficina; concretando el 367 del R. H., que hasta la reparación o encuadernación de los libros habrá de hacerse en la misma oficina, salvo circunstancias especiales, y autorizadamente por el Centro directivo.

(444) Pueden verse, entre otros preceptos aplicables a cada uno de estos libros, los arts. 242 de la Ley, 249 de la misma y 386 a 391 del R. H., a los que nos remitimos.

(445) Véanse arts. 392 a 398, y 399 a 401, todos del R. H., a los que nos remitimos.

(446) Véase la O. de 14-XII-57 (B. O. E. núm. 322, de 26-XII-57) autorizando a los Registradores de la Propiedad la entrega de libros de las *Contadurías* de *Hipotecas* a los Archivos Históricos.

los libros del *Registro de Arrendamientos* a que se refiere la Ley de 1935, tal como fué modificada por disposiciones posteriores sobre voluntariedad de la inscripción y formalidades; los libros de *Hipoteca mobiliaria*, según las recientes disposiciones sobre la materia y el libro de *operaciones de los Registros en reconstrucción* de carácter especial (Orden de 28 de diciembre de 1940) (447).

4.—*Ordenación del Registro.*

Además de la ordenación horaria de la oficina, como manifestación externa de un servicio organizado, está la ordenación de los libros, como expresión interna de aquél, que analizaremos bajo los siguientes aspectos:

a) *Ordenación del archivo*: se parte de un libro por cada término municipal, salvo que por conveniencia pública se acuerde su división en dos o más secciones (arts. 244, L. H. y 368 del R. H.).

Los libros tienen numeración correlativa por orden de antigüedad, regulándose en los arts. 370 y 371, los supuestos de practicar operaciones en los nuevos libros, o con ocasión de alteraciones en la circunscripción.

b) *Ordenación de los asientos*: Rigiendo en el aspecto sustutivo la norma de la prioridad y de la previa inscripción, puede juzgarse la importancia que tiene la ordenación de los asientos, a cuyo través se produce el historial de las fincas.

Los preceptos más importantes en esta materia son los siguientes:

El art. 249 de la L. H., en lo que se refiere a los asientos del Diario que se harán «sin dejar claros ni huecos entre ellos» y se numerarán correlativamente en el acto de extenderse; con una serie de requisitos y datos que van desde el presentante a la hora de su presentación, al derecho, al título, etc.

(447) Las disposiciones más importantes sobre reconstrucción de los Registros destruidos son las leyes de 15-VIII-1973 y la de 5-VII-1938, además de las Ordenes de 18-XI-1938 y de 3-II-1937, D. de 20-II-1938, otra de 1940, y el D. de 1-VII-1943. Sobre esta materia, véase Roca Sastre, ob. cit., T. III, págs. 725-735.

No citamos los propios de otros Registros, como el Mercantil, de Buques u Oficinas Liquidadoras, en los casos que proceda.

Los arts. 372 a 385, en concordancia con el 8.^o de la L. H., ordenan la numeración correlativa de los asientos referentes a cada finca, salvo las anotaciones preventivas, que se harán por letras en orden alfabético, las cuales se harán en el mismo libro que correspondiera la inscripción.

A la autorización con firma del Registrador—entera o media, según los casos—se refiere el 373; y el 375 a la forma en que han de expresarse las cantidades, números y fechas.

La primera inscripción será siempre de dominio, antes que la del derecho real, pudiendo ser, en caso de separación de dominio, del directo o del útil de cualquiera de ellos (art. 7.^o de la L. H. y 377 del R. H.).

Sobre el número de hojas a dedicar a cada finca, tratan los arts. 378 y 379, refiriéndose el 380 al supuesto del título que comprenda dos o más inmuebles o derechos que sean susceptibles de inscripción separada, circunstancia que se hará constar en la extensa, que será siempre (art. 381) la principal o de más valor.

De interés resulta—es de rango legal más que reglamentario—el 383, referente a la inscripción de aportaciones de bienes a favor de Sociedad mercantil, que exige—hay problema sobre la redacción literal del tal precepto—la de la Sociedad en el Registro Mercantil.

Sobre la necesidad del previo pago de impuestos en procedimientos administrativos de apremio, habla el 384 y el 385 de los efectos de la minuta que puede pedir el interesado, según el art. 258 de la L. H.

El art. 254 de la L. H., en relación con el 414 del R. H., exige el previo pago de los derechos reales, pudiendo anotarse preventivamente en otro caso.

c) *Legajos*: Con el fin de ordenar el resto de documentos, que sin llegar a la categoría de libros precisa la mecánica registral por exigencias legales o reglamentarias, el R. H. regula los legajos en los arts. 410 a 416, los cuales son de cuatro clases: *duplicados*, o copias de las cartas de pago; *mandamientos judiciales*, *documentos públicos* y *documentos privados*.

En virtud de lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Concentración Parcelaria de 10 de agosto de 1955, habrá de tenerse en

cuenta el legajo de planos adicionales al general de la zona, en los Registros a que afecte. Lo mismo sucede respecto al plano de deslinde de montes catalogados (art. 111, de la Ley de Montes de 1957).

La numeración, orden cronológico, custodia, duración y destrucción o traslado a los archivos—según los casos—queda concretada con minuciosidad en aquellos preceptos del R. H.

CAPÍTULO IV.

ELEMENTOS ORGANICOS DE JERARQUIZACION

A) LA DESCENTRALIZACIÓN DEL REGISTRO.

Uno de los temas candentes y más interesantes de la Ciencia de la Administración es el que hace referencia a las *relaciones entre los organismos territoriales*, su centralización o descentralización (448).

El problema tiene su importancia, no sólo doctrinal, sino también por la eficacia del servicio.

Nosotros, ante el Registro como servicio público, hemos de partir de una realidad *histórica*, una realidad *comparativa* y una realidad *positiva actual* (449).

La historia nos da diferentes criterios, sobre todo en los Registros embrionarios que surgen como consecuencia del poder unificador, sea imperial, real o absolutista. Por lo que se refiere al Derecho español, ni siquiera en las Pragmáticas primeras de Carlos V y de Felipe II se habla de un solo Registro, sino de que «se obligará a presentar en las *Secretarías de los Ayuntamientos*»,

(448) No nos resistimos a citar, entre otros, sobre este extremo, el interesante trabajo de GARRIDO FILLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid, 1950, Inst. de E. de A. L., con la bibliografía por él citada.

(449) Es interesante tener a la vista o recordar lo dicho al hablar de la «Evolución Histórica y Derecho Comparado» en la Parte General de nuestra tesis.

criterio que siguió en las distintas vicisitudes históricas de la legislación hipotecaria.

En el Derecho comparativo puede establecerse un doble grupo de sistemas: el clásico de descentralización, coincidiendo con las cabezas de partido o con los Ayuntamientos—sistemas alemán, francés, suizo—y el del *Registro Central*, con un Registrador único, aunque con ciertas delegaciones, que rige en Australia y en los países orientados en el Acta de Torréns. El sistema inglés en cierto modo es intermedio, aunque se acerca más al australiano, pues no llega a la descentralización por partidos, sino por condados, pero tampoco existe un Registrador único.

El Derecho actual español lo hemos fijado al hablar de la demarcación territorial, con subsistencia de la anterior y posibilidad de su modificación.

La existencia de la Dirección General de los Registros no desfigura el sentido descentralizado que tienen los Registros españoles, pues el funcionario que los sirve es soberano en sus decisiones, aunque plenamente responsable, incluso civilmente, de las mismas, responsabilidad que no alcanza—y esto es nota de interés en la distinción—a los órganos superiores jerárquicos, como el Presidente de la Audiencia y Director general de los Registros, cuando resuelven los recursos gubernativos sobre la calificación, precisamente porque son los funcionarios los que pueden incurrir en error en las operaciones a practicar.

La vinculación interna a la Dirección de los Registros se deriva de la jerarquía, propia de toda organización administrativa, pero no por sistema de centralización funcional.

En lo demás, el sistema, dadas las circunstancias de nuestra legislación y vida jurídica, nos parece el más oportuno, y no precisa aclaración ni modificación sustancial.

B) LA COMPETENCIA TERRITORIAL Y EL ESCALONAMIENTO JERÁRQUICO.

Vamos a estudiarla bajo dos aspectos:

1.—*Entre funcionarios del mismo orden.*

Partiendo de una organización descentralizada que se condensa en las cabezas de partido como regla general, cabe pensar

problemáticamente en una competencia de los que sirven los Registros.

El criterio real de la competencia, basado en las fincas sobre cuya materialidad no existe normalmente la duda de una adscripción por «derechos»—siendo además aquéllas, en su conjunto, las que determinan los partidos municipales, y éstos a su vez los judiciales o registrales—ha hecho que no exista precepto alguno especial que regule posibles problemas de jurisdicción. Es decir, si un Registrador entiende en la calificación de unos documentos, cuando debiera de entender otros. Como tampoco se regulan los efectos de la inscripción de una finca en Registro distinto del que le perteneciera.

Possiblemente, en la realidad práctica, estos problemas no se dan, o no pasan de la presentación, o son escasos, y siempre cabría el recurso de la nulidad formal del art. 79, núm. 4.º, o acudir a los Tribunales de Justicia en caso de contienda, salvo rectificación de errores (Título VII de la L. H. y R. H.).

No obstante, como el problema se puede dar, sobre todo, con motivo de alteraciones de partidos, división de Registros, etc., consideramos de interés aludir a este problema, que lo tratamos aquí porque en la jerarquización administrativa algún superior tendría que ser el que las resolviera, y ello no con resortes supletorios de las dudas en la aplicación de las leyes—que puede ser, según los arts. 260-1.º y 442-1.º—, resuelta por el Ministerio de Justicia o Dirección General, sino con formalidades y delimitaciones estable y fijas.

Unos pocos, poquísimos preceptos sobre este punto, no estarían de más en la legislación hipotecaria, que a veces desciende a detalles inverosímiles. Mucho más si defendemos el sentido jurisdiccional de la función calificadora.

2.—*Entre los distintos órganos.*

En esta cuestión sólo queremos destacar una nota: la jerarquización de órganos jurisdiccionales no presupone atribución de facultades según clases, circunstancias y tipos. Es decir, no hay reparto o adscripción de competencia distintos del territorial, ni asuntos o calificaciones que deba hacer primeramente la Direc-

ción General de los Registros o de su exclusiva competencia, ni tampoco la Audiencia Territorial.

Así como en la esfera judicial la atribución de asuntos se hace en razón a criterios no sólo territoriales, sino personales o de cuantía, en la esfera registral, fuere el asunto que fuere, tanto por la importancia de la cuantía como por la naturaleza de las personas públicas o privadas que interesan la inscripción, sólo existe una competencia territorial.

Se podrá decir que esta afirmación, desde el punto de vista de la jerarquización, es tema general, dado que la Dirección General no «tiene fincas a su cargo» ni demarcación territorial». Pero el que sea así no excluye su comentario y su apuntamiento. Precisamente porque podría haberse hecho lo contrario, o cosa distinta, como sucede con tanta frecuencia en la esfera administrativa, con distingos en las atribuciones, recursos ante una autoridad u otra, etc. Además existe una delegación plena, soberana, y responsable del Registrador ante la calificación, según el complejo distinto de elementos que señala el art. 18 de la L. H. De aquí que destaquemos esta nota, que acaso matiza más el sentido descentralizado del Registro y no puede constituir modelo dentro de las administraciones públicas y servicios, en las que no pocas veces el órgano inferior, el prácticamente ejecutivo, ve limitada su responsabilidad y competencia—aunque no se le haga responsable—por los órganos superiores.

C) LA ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS.

«La obra total de la Administración (450) se efectúa a través de cuatro categorías diversas de actividades: la *activa* propiamente dicha, la *deliberante*, la *consultiva* y la de *vigilancia*.» Estas categorías distintas se dan—como complemento de la unidad orgánica, de que hablamos al principio—en el Registro casi en su totalidad.

(450) GARCÍA OVIEDO, ob. cit. T. I. pág. 645.

1.—*Lo activo* se encuentra plenamente en su forma más corriente y elemental en el funcionario plenamente ejecutivo, que es el Registrador, al cual dedicaremos un capítulo especial.

2.—*Lo deliberante* no se da de manera tan abierta, porque es propio de los órganos colegiados o corporativos (451). Pero en un sentido amplio se podría admitir este tipo de órganos, dentro del Registro, por la existencia del Cuerpo Facultativo, formado por el Subdirector de los Registros; dos Oficiales letrados, Jefes Superiores de Administración: uno, Jefe Superior de primera clase, y otro, Superior de segunda; y cuatro Auxiliares letrados, Jefes de Negociado de primera (art. 261 de la L. H.). Al reglamentar el art. 444 que cada una de las Secciones de la Dirección habrá de contar con un Oficial letrado jefe y un Auxiliar letrado, podemos admitir que esta Sección del Cuerpo Técnico es órgano deliberante, aunque en sus acuerdos no rijan los formulismos de los estrictamente así calificados (452). Por eso, si bien desde el ámbito del Director general el Cuerpo Facultativo es asesor, desde el punto de vista del escalafón jerárquico—Director general-Registrador—, si que puede concebirse como deliberante.

Esta es la calificación administrativa que nos parece más acertada; por lo menos, si tomásemos un criterio de eliminación, pues ni es órgano activo, ni plena o exclusivamente consultivo, ni vigilante, puesto que el Registrador o el Presidente de la Audiencia no se dirige nunca a él como «órgano que asesore», aunque en realidad lo haga a través de su Director general o Subdirector, si bien viene a ser—al menos en la denominación—*consultiva* la Junta de Oficiales (453).

(451) Quizá el órgano deliberante más aproximado sea el Colegio Nacional de Registradores, pero dado su carácter marcadamente profesional, dejamos su estudio para el último capítulo.

(452) La dificultad de configurar administrativamente lo deliberante y lo consultivo—lo deliberante se justifica no pocas veces por su razón de consulta—, se traduce aquí concretamente al determinar el carácter de la Junta de Oficiales letrados a que se refieren los arts. 266 de la L. H. y el 449 del R. H., y ello pone en duda el sentido y calificación del Cuerpo facultativo, que, por otro lado, es *Cuerpo profesional*. No tenemos inconveniente en exponer nuestras dudas, que son expuestas sin pretensión de tesis ni teoría.

(453) Sobre la composición del prestigioso Cuerpo Facultativo que sirve la Dirección General, nombramiento, ingreso, derechos, etc., véanse arts. 261 a 266 de la L. H. y 444 a 463 del Reglamento.

3.—*Lo consultivo.*—A primera vista, parece que en la organización-Registro no hay un órgano consultivo, pues no pueden tener este carácter las propuestas u observaciones hechas por la Dirección General al Ministerio de Justicia, como resultancia de ser este el órgano supremo del que dependen todos los Registros, cuyos asuntos están encomendados a la Dirección General (artículo 259 de la Ley).

Sin embargo, sí puede serlo la Dirección General misma respecto al Registrador, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 273 sobre consultas que *directamente* puede hacer aquél a ella sobre dudas que le ofrezca la ejecución de la Ley o Reglamento, siempre que no verseen sobre cuestiones a calificar, consulta que, si le impidiere practicar un asiento, extenderá nota preventiva (art. 481 del R. H.).

4.—*Lo de vigilancia.*—Por los órganos de vigilancia se procura un control de sus funcionarios o se examinan sus actos, con objeto de garantizar en alguna forma el servicio y el cumplimiento de las disposiciones.

Estos órganos se dan en el servicio público del Registro—como existen también en la vía judicial—a través de la Inspección de los Registros y las Visitas. A la *Inspección* nos referiremos luego, y sobre las *Visitas* nos remitimos a los arts. 268 de la L. H., que se refiere a las acordadas practicadas o delegadas por la Dirección General—totales o parciales—; al 478 del R. H., sobre los casos de visitas de los Presidentes de las Audiencias Territoriales, y al 480, sobre la forma de practicarlas.

D) EL ESCALONAMIENTO JERÁRQUICO.

La estructuración jerárquica de los órganos que integran el Registro como servicio, es debida a la estructuración orgánica, propia de toda Administración, en el más amplio sentido de la palabra. Existe una vinculación, tanto de los inferiores como de los superiores, al Estado, del cual dimana, por delegación de la sociedad organizada supremamente en esta última forma histó-

rica, el escalonamiento jerárquico, que es distinto del jurisdiccional, territorial o de competencia.

1.—En un amplio sentido, estos órganos son:

1.º *El Ministro de Justicia*, que además de las atribuciones como órgano de la Administración Central del Estado, tiene las específicas del 259 de la L. H., al hacer depender de él los Registros, y sin perjuicio de las conferidas en disposiciones especiales, como el art. 9.º de la Ley del Notariado, que lo hace Notario mayor del Reino, y otras disposiciones reglamentarias (454).

2.º *La Dirección General de los Registros y del Notariado*.

3.º *El Cuerpo Especial Facultativo*, vinculado a la Dirección General.

4.º *La Inspección Central de los Registros*.

5.º *La Inspección por los Presidentes de las Audiencias Territoriales*.

6.º *El Registrador de la Propiedad*.

El *Colegio Nacional de Registradores* es asociación profesional, única y suprema, no propiamente administrativa en la vinculación orgánica. De él hablaremos al referirnos a los Registradores. Con esta aclaración de vinculación orgánica se podría situar al Colegio Nacional inmediatamente después de la Dirección General de los Registros, siendo el órgano vivo, cooperador y protector del funcionario-Registrador, y a cuyo través pueden hacerse viables o mejorables los problemas referentes a la profesión, o a aquellos otros que tengan un interés hipotecario, según disposiciones reglamentarias.

2.—En un sentido más estricto, el escalonamiento jerárquico puede estudiarse bajo estos órganos, que estudiaremos con un poco más detenimiento:

(454) La estructuración del Ministerio de Justicia en esquema, es: Ministro, Subsecretaría, con cinco Secciones; Dirección general de Justicia; la de Registros y Notariado; la de Prisiones; la de Asuntos Eclesiásticos, además de otros organismos como el Consejo Asesor de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos; Instituto de Estudios Penitenciarios; Comisión General de Codificación, y la de Legislación Extranjera.

1.—*La Dirección General de los Registros y del Notariado.*

a) *Su historia*, comienza en la L. H. de 1861, al encomendar la Dirección e Inspección de los Registros a la «Dirección General del Registro de la Propiedad». Por R. D. de 21 de junio de 1861 se le agregó el antiguo negociado de *Escríbanos y Notarios*, quedando con el nombre de «Dirección General del Registro de la Propiedad y del Notariado». Sufrió diversas vicisitudes (455), desapareciendo en 1866 y 1935, restableciéndose luego, si bien con nombre distinto y con variantes en la organización, o agregación de Registros de diversa índole.

En la actualidad se mantiene esa denominación de «Dirección General de los Registros y del Notariado».

b) *Estructura.*

a') La estructura *funcional* hace que se divida en las siguientes Secciones: 1.^a Recursos, Consultas y Personal Central. 2.^a Notariado. 3.^a Registros de la Propiedad. 4.^a Registros Civiles y Registros Especiales (456).

b') La estructura *orgánica* permite la distinción de los siguientes órganos: El Director general, nombrado por Decreto aprobado en Consejo de Ministros (art. 440 del R. H.), con categoría de Jefe Superior de Administración Civil (art. 441, párrafo 1.^o) y dependiente directamente del Ministro de Justicia, a cuya resolución someterá todos los asuntos, sin perjuicio de los que por si procedan (art. 441, párrafo 2.^o) (457).

Le sustituye el Subdirector general, y, a falta de éste, el oficial primero o el que reglamentariamente haga sus veces (art. 443 del R. H.).

El Subdirector, los oficiales y los auxiliares letrados constituyen el Cuerpo Facultativo, y las vacantes se proveen por antigüedad rigurosa, constituyéndose la Junta de Oficiales en los casos

(455) Recuérdese la evolución histórica del Derecho Español.

(456) Esos Registros son: el supletorio civil de los sin domicilio o domicilio desconocido; el de matrimonios de conciencia (canónicos o civiles); el de Ultima voluntad; el de Ausentes; el de Sociedades Anónimas y el de Préstamos usúrarios (art. 7.^o de la Ley de 1908).

(457) Sobre el *Régimen interior* y distribución de asuntos, véanse los artículos 464 y 465 del R. H.

marcados por la Ley (art. 449), que es Junta Consultativa de la Dirección General (art. 266, que regula los supuestos necesarios de sus dictámenes). La distribución de los letrados se hace por Secciones. Existe, además, el personal administrativo correspondiente: auxiliares, mecanógrafos y subalternos.

c) *Atribuciones*

a') Las *generales* de todo centro directivo, o sea todas las potestades clásicamente atribuidas a la Administración pública, y concretamente también las del art. 308 del Reglamento Notarial.

b') Las *especiales* de los arts. 260 y 440 del R. H., que pueden estructurarse así:

1.^a *Potestad reglamentaria*, no directamente, sino como coadyuvante del Ministerio de Justicia, para asegurar el cumplimiento de las Leyes Hipotecarias, observancia de Reglamentos, etc. (458).

2.^a *Potestad imperativa* o de mando, bien por órdenes u órdenes circulares.

3.^a *Potestad disciplinaria*, instruyendo expedientes y proponiendo sanciones.

4.^a *Potestad ejecutiva*, llevando ciertos Registros e inspeccionándolos, nombrando funcionarios subalternos, instruyendo expedientes de oposiciones, provisión de vacantes, etc.

5.^a *Potestad jurisdiccional* o resolutiva.

Sobre la naturaleza de esta potestad—así llamada desde el punto de vista del servicio, denominamos nosotros *función*—ya hablamos dentro del segundo de los elementos integrantes del Registro como servicio público y de manera concreta al valorar las resoluciones de la Dirección General (459).

(458) Es interesante ver las razones justificativas de la existencia de la Dirección General de los Registros como Centro Directivo y de sus atribuciones, contenidas en la Exposición de motivos de la L. H. de 1861. Se basan en que será «prenda de que la Ley se cumplirá religiosamente, dé impulso y uniformidad..., se formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley». Creo que los legisladores de 1861 se considerarían más que sobradamente satisfechos si conociesen la autoridad, el prestigio y la eficacia de la Dirección General.

(459) Nos agrada citar aquí a Roca Sastre, que sin atreverse, al hablar de la naturaleza de los actos de calificación de la denominada *función jurisdiccional*, de manera más concreta (véase Apénd. cit., pág. 117), se refiere a

Esta potestad es la netamente funcional, vinculada a la *actividad-Registro*, y es, como si dijéramos, la parte más intrínseca frente a otras atribuciones de índole más administrativo, orgánico o disciplinario.

2.—Inspección Central de los Registros.

Corresponde a la Dirección General (art. 260-5.º), determinándose en los arts. 267 de la L. H. y 446 y 468 del R. H. los supuestos de su ejercicio directo—por el Director general o el Subdirector, que es el Inspector central—o por delegación en los Oficiales letRADOS, que tiene carácter normal; pudiendo existir una Delegación especial en los Presidentes de las Audiencias Territoriales, en el Colegio Nacional de Registradores, o en cualquier Registrador.

3.—Los Presidentes de la Audiencia.

Además de la potestad jurisdiccional, como derivada de sus facultades resolutivas de los recursos gubernativos contra la calificación del Registrador (art. 113 del R. H. y otros), ellos ejercen la inspección permanente de los Registros, por sí o por medio de Registradores y Jueces de primera instancia. Sobre la forma de las inspecciones y efectos tratan los arts. 269 de la L. H. y 469 a 471 del R. H.

La intervención de este órgano de la Administración de Justicia en sus relaciones con el Registro, se traduce, además, en las *certificaciones semestrales* sobre el estado y movimiento de los Registros que le envían los Registradores, cuyo examen, comprobación o subsanación de deficiencias corresponde y se ordena por dichos Presidentes de las Audiencias Territoriales (arts. 472 a 476 del R. H.), sin perjuicio de las visitas de que hemos hablado antes.

la «potestad jurisdiccional o resolutiva» de la Dirección; y no gubernativa o administrativa. Esta orientación la fundamenta también en Jerónimo González (*Estudios...* pág. 336) y en Tormo, cuando, al discutirse la reforma de 1909, distinguía la *aparente doble soberanía* judicial, aparente, pues no existe invasión de esferas, sino campos distintos y perfectamente compatibles.

4.—*Los Registradores.*

Son los órganos de la administración activa, propiamente dichos, profesionalmente agrupados en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, a cuyo órgano corporativo y funcionarios dedicamos el último capítulo.

CAPÍTULO V

LOS ORGANOS ACTIVOS Y PROFESIONALES

A) EL COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.

Partiendo de que los funcionarios que constituyen la administración activa son los Registradores, en este apartado primero estudiaremos el órgano supremo de agrupación profesional, órgano único, centralizado, denominado Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (460).

Su existencia se prevé ya en la L. H. (art. 295), dejando para el Reglamento su organización, su estructura, sus medios económicos y fines mutualistas de asociación.

Fué *creado* en 18 de mayo de 1934 y se rige por el Reglamento orgánico de 17 de septiembre de 1941 y arts. 560 a 562 del R. H., habiendo de tenerse en cuenta, además de otras disposiciones, la Orden de 18 de abril de 1945 sobre renovación de la Junta del Colegio, y la de 14 de julio del mismo año sobre la Mutualidad (461).

(460) Por la índole de nuestro trabajo y la brevedad deliberada con que nos propusimos abordar los aspectos de organización del Registro, sentimos muy de veras no recoger en la extensión que se merece lo concerniente al Colegio de Registradores, órgano corporativo al que pertenecemos.

(461) Al entregar esta parte para publicación se ha publicado el D. de 28-III-1958 (B. O. E. 21 abril), por el que se establecen las Bases para la reforma del Reglamento del Colegio, en un total de dieciséis Bases, sobre: un afianzamiento de la personalidad jurídica del Colegio; una unificación de la práctica registral; un robustecimiento de la jurisdicción disciplinaria, con nueva ordenación de los Tribunales de Honor, etc. El Decreto establecía el plazo de tres meses para su propuesta al Ministro de Justicia.

Su *carácter* es de órgano corporativo, siendo persona jurídica, con tratamiento de Ilustre, subordinado jerárquicamente al Ministerio de Justicia y Dirección General de los Registros y sometido a su alta inspección.

Su *jurisdicción* abarca, en cuanto a sus miembros, a los Registradores en activo y excedentes, de manera necesaria; de manera voluntaria, a los jubilados y aspirantes, y en cuanto al territorio, abarca el nacional, directamente por la Junta Directiva o por medio de sus delegados y subdelegados provinciales.

El *gobierno* del Colegio corresponde a la Junta Directiva formada por el Decano, Vicedecano, Bibliotecario, que es el Jefe del Centro de Estudios Hipotecarios (art. 23-2.^a de la Orden de 1941), dos Secretarios, uno para los servicios de Colegiación y otro para los de Mutualidad, el Tesorero y el Contador-Interventor.

Las *atribuciones* señaladas en el art. 562 del R. H. coinciden con la prevista en la Orden de 1941, con las modificaciones de 3 de junio de 1947 y 27 de febrero de 1946, unas referentes a los estrechamente profesionales—lazos de unión y compañerismo Mutualidad—; algunas con trascendencia sobre la organización—Registro como servicio, emisión de informes ordenados por el Ministerio o que sean preceptivos según disposiciones, inspección, expedientes del personal auxiliar, etc.—, y otras, disciplinarias—velar por el cumplimiento de deberes, etc.—, sin perjuicio de aquellas que como el fomento de los estudios de Derecho Inmobiliario, sirvan de coadyuvantes a los bienes generales, además de los profesionales (462).

B) LOS REGISTRADORES.

1.—*Su carácter, nombramiento y requisitos.*

Amplísimo este tema para un estudio, digno de una mayor extensión que la aquí dada, nos abstendremos de toda lucubración doctrinal o administrativa para señalar las facetas más interesantes

(462) En este último sentido me permito hacer referencia a mi trabajo citado, *Propaganda y publicidad registral*, la mayor parte de cuyas sugerencias siguen vigentes aún.

de estos funcionarios, verdaderamente ejecutivos de la gran misión de llevar a cabo directa y activamente el Registro de la Propiedad, vistos ahora como tales órganos (463).

Sus caracteres, son: *funcionario público* (art. 274-2.^a de la L. H.); de carácter *técnico*, por la especialidad de su función calificadora y por exigencias de su ingreso por oposición entre licenciados en Derecho (art. 278-2.^a); su potestad no es de mando, sino estrictamente jurisdiccional, y dentro de su demarcación (art. 274); y es retribuido por Arancel (art. 294 de la L. H.) (464).

No hay categorías o clases de Registros, sino categorías personales (art. 276 de la L. H., art. 519 del Reglamento y disposición transitoria 8.^a).

La provisión de vacantes se hace de dos formas: interina (artículos 490 a 495), y en propiedad (arts. 496 a 503), ésta siempre por rigurosa antigüedad (art. 284 de la Ley).

Al nombramiento, incompatibilidades y posesión se refieren los arts. 277 a 282 de la Ley, y 489, 504 a 516 del R. H., que determinan los requisitos y efectos.

Por el carácter de ser funcionario responsable directa y personalmente, no como en el sistema alemán, que lo hace el Estado sin perjuicio de la repercusión posterior, se le exige fianza (465), a

(463) Para una doctrina general del funcionario público, eso que se denomina *oficio público*, así como la *relación de servicio* y las teorías sobre ello, puede verse García Oviedo, ob. cit., T. I., págs. 617 a 635, y Serra Piñar, en *Relacion jurídica del funcionario con la Administración*. Estudios en homenaje a Gascón y Marín, pág. 206.—En cuanto a historia, antecedentes y funciones en el Derecho extranjero y español, nos remitimos a la Parte General, tit. II.

Referencia bibliográfica importante es la revista «*Documentación Administrativa*», que edita la Secretaría Técnica de la Presidencia del Gobierno y que ha dedicado interesantes trabajos sobre el funcionario. Sobre este tema versó la *II Semana de Estudios Administrativos* en la Universidad Internacional «Menéndez Pelayo» de Santander, 1958.

(464) El Arancel vigente fué aprobado por D. de 8-VI-1951, y las reglas generales, procedimiento y recursos quedan regulados en el título XIV del Reglamento (arts. 589 a 619), uno de los dos—el otro versa sobre *Estadística territorial*—que no tiene paralelo en la Ley.

Habrán de tenerse en cuenta los Aranceles especiales que—cual «precios políticos» de un servicio público—rigen en materia de inscripción de bienes municipales, concentración parcelaria, y últimamente de montes y de inscripciones derivadas de la Ley de Préstamos a los inquilinos.

(465) Sobre las distintas clases de responsabilidad penal, civil, administrativa o disciplinaria y fiscal, véase Roca Sastre, ap. cit., pág. 144. A la responsabilidad civil, que alcanza a la fianza y a los demás bienes del Registrador, se refiere el título XII de la Ley, arts. 296 a 312, y, dentro del correspondiente del Reglamento, los 583 a 584.

cuya constitución y devolución se refieren los arts. 282 y 283 de la Ley y 520 a 535 del R. H.

2.—*Derechos y deberes.*

a) *Derechos.*

Pueden resumirse en los siguientes: Figurar en el escalafón (art. 519 del R. H.); desempeñar el cargo; no poder ser destituidos ni trasladados sino con los requisitos legales (art. 289); derecho a permutar (art. 286 de la L. H.); derecho a la excedencia voluntaria (art. 287); derecho a la jubilación (arts. 542 y ss.); proponer nombramiento de sustituto (art. 292 de la Ley); nombrar y separar el personal auxiliar; a percibir honorarios, según Arancel; a desempeñar las interinidades (art. 490 del R. H.); usar franquicia postal y telegráfica en asuntos oficiales (art. 538 del R. H.); ejercer la abogacía; desempeñar comisiones (art. 553 del R. H.); los derivados de cargos políticos (art. 541 del R. H.), y otros derechos inherentes de su función, como recurrir contra resoluciones del Presidente de la Audiencia en recursos gubernativos (art. 121 del R. H.), ser oido en segregaciones o agregaciones de partidos (artículo 482); más los conferidos por otras disposiciones, como intervenir en incidentes de pobreza, llevar la Oficina Liquidadora, Registro Mercantil de Buques y otros, y los derivados de su carácter de funcionario público (466).

b) *Deberes.*

Sin perjuicio de la correlatividad entre los deberes y los derechos, pueden citarse los siguientes: los generales de diligencia en su cargo; la toma de posesión y cese en los plazos legales (arts. 513 a 518); sufragar los gastos de personal y oficina (arts. 357 y 559 del R. H.); formar parte del Colegio Nacional (art. 560); ser decla-

(466) Así lo determinan los arts. 274 de la L. y 536 y 537 del R. H., es decir: «los derechos y preeminencias que por tal concepto establecen en general las Leyes y disposiciones administrativas», incluso el trato de Señoría.—Sin embargo, hay aspectos concretos que no alcanzan al funcionario público de los Registros: son los beneficios sociales, que, como por ejemplo, la ayuda familiar, van inherentes a los funcionarios por disposiciones administrativas, que tienen carácter general—pues se basan en el *funcionario y su familia*.—Lo mismo podría decirse de otros beneficios, como los derivados de la extensión cultural: becas, salidas al extranjero, etc.

rado excedente forzoso (arts. 290 de la Ley y 540 del R. H.); proveerse del título correspondiente; prestar la fianza y residir (artículos 288 de la Ley y 548 a 553 del R. H.); buena conducta; remitir las certificaciones semestrales (arts. 270 de la Ley y 472 del R. H.).

El incumplimiento de estos u otros deberes lleva consigo una responsabilidad disciplinaria (arts. 563 a 582 del R. H.).

c) *El sustituto.*

Es también órgano de administración activo, que no tiene subsistencia en sí, sino en razón al cargo de Registrador, *al que sustituye* en ausencias, enfermedades, etc., siendo éste responsable del sustituto. Tiene también carácter de funcionario público, aun cuando no se lo exija ningún requisito especial de capacidad por ser de la confianza del Registrador (arts. 292, 299 de la Ley y 554 a 558 del R. H.).

El carácter de funcionario—cuya determinación de su naturaleza jurídica-administrativa, bien merecía un estudio particular—se debe fundamentalmente a dos razones: su participación a veces directa del Sustituto en las públicas funciones del Registrador, y el fuero exclusivo atribuido al Ministerio de Justicia para regular sus relaciones, en cuanto figura dentro del personal auxiliar.

d) *El personal auxiliar.*

Comprende los oficiales, auxiliares, mecanógrafos, etc., que ayudan al Registrador, según conveniencias del servicio. Su reglamento orgánico es de 21 de junio de 1938, que distingue el personal eventual y el de plantilla.

El Reglamento Hipotecario se ocupa de ellos en el art. 559, teniendo en lo demás una especial vinculación profesional (467),

(467) Véase la O del Ministerio de Justicia de 1 de agosto de 1944. Ello ha dado lugar a diversos problemas de interpretación de las Leyes sociales, sobre si debía considerarse al personal auxiliar como trabajador por cuenta ajena. El criterio dominante es que no encajan en la relación laboral, estando exentos de la cuota sindical, y no siéndole aplicables *plenamente* las disposiciones de seguridad social y previsión, atendidas por la Mutualidad.

Véanse Resoluciones de la Delegación del Trabajo de Valencia, 20-VI-1949; la de la Magistratura de Valladolid, 29-IX-1949; la del Director general de Previsión de 16-II-1952; sentencia 15-VI-1945; y acuerdo de la Delegación Nacional de Sindicatos de 10-XI-1950. Todas ellas publicadas en el núm. 713, Suplemento de «R. C. D. I.».

derivada de la especial relación entre Registrador—funcionario público—y auxiliares. La Orden de 21 de junio de 1938 aprobó su Reglamento (468).

CONCLUSIONES

Siguiendo un orden cronológico de exposición—prefiriendo este sistema al de una estructuración por la importancia o la transcendencia—, resumimos nuestra síntesis en los siguientes puntos:

1.º *Existe una acción administrativa general que se concreta, en atención a su objeto, en una particular, referente a la realización del Derecho, entre la que se encuentra la concerniente al Registro de la Propiedad o más específicamente Registro del Derecho de la Propiedad.*

2.º *Lo político, lo de gobierno, lo social, lo técnico, lo propiamente administrativo y lo jurídico, como sentidos de «Administración», tienen una cierta relevancia ante el Registro, pues configuran un posible planteamiento del mismo como servicio público, destacándose ya abiertamente el criterio social predominante que nosotros acentuamos ante la tradicionalmente considerada Institución-Registro.*

3.º *Sería de desear una mayor atención de la Ciencia de la Administración para incorporar más plenamente a sus estudios los concernientes al Registro de la Propiedad como servicio público, superando—como así sucede en la doctrina más moderna—la ausencia o el sentido parcial con que ha venido siendo tratado aquél por los administrativistas.*

(468) La concreción de algunos aspectos de los elementos de organización del Registro nos exime ahora de hacer algunas anotaciones prácticas, como hemos hecho al final de los dos títulos anteriores.

Lo más importante para nosotros es destacar que la vinculación orgánico-jerárquica no excluye el sentido jurisdiccional especial de su función y actividad. Y que por la altura de su misión, además del carácter de Oficina pública del Registro, sería de desear un apoyo y una presencia cooperadoras del Estado en las tareas que contribuyen a la seguridad jurídica general, que es una parte de la seguridad del propio Estado.

4.º *La tendencia a la privatización del Derecho público y la socialización del privado, confluyen en una idea común de gran interés ante el Derecho del Registro de la Propiedad y la actividad a desarrollar por éste, que es de auténtica seguridad jurídico-social.*

5.º *Existe una pública necesidad de justicia, y justicia cierta y auténtica, cuya función se desarrolla por órganos especiales de seguridad, que pueden ser objeto de un servicio público, como modalidad de toda acción administrativa, distinta de la Policía y el Fomento.*

6.º *La evolución histórica general, el derecho comparado y el desarrollo del derecho español, nos muestran la variabilidad de sistemas registrales, no sólo en cuanto a la eficacia y efectos estrictamente hipotecarios, sino a su organización, carácter de la función registral, y reglamentación.*

7.º *La teoría del Registro como servicio público— posible dentro de la doctrina y de la legislación— se justifica porque su razón de ser estriba en un imperativo de seguridad ante el tráfico jurídico inmobiliario, siendo su característica el estar al servicio del Derecho privado, sin perjuicio de la protección del interés particular, por medio de la publicidad.*

8.º *La Policía y el Fomento, como modalidades de la acción administrativa, en cuanto limitaciones a la propiedad o sus formas externas de transmisión y tráfico—que son Derecho público propiamente—, y en cuanto al estímulo para una actividad pública, tienen un reflejo interesante en un sistema registral, precisamente como concluyente de la modalidad-Registro como servicio.*

9.º *La Sociedad es la propiamente destinataria del servicio público-Registro.*

10. *La función social de la propiedad, el crédito territorial, el sentido jurídico-social de los impuestos, y las tendencias agrarias protectoras, contornan previamente la necesidad pública de un*

órgano de publicidad que reúna estos mismos caracteres, de necesidad, regularidad y continuidad, procurando que el sistema actual, lejos de ser una rémora, como hoy sucede, coopere y garantice aquellos altos fines, pues a un Estado impulsor de riqueza le debe caracterizar una legislación hipotecaria progresiva y no meramente conservadora.

11. *En el fondo, y en relación con la posición del Estado—como reflejo de la posición de la sociedad—ante el Registro, existe un problema central, cual es el de concretar el papel de la contratación pública garantizada registralmente, en un Estado social de Derecho, a los fines de la seguridad jurídica por la publicidad de los derechos privados sobre inmuebles, en orden al bien común de la sociedad, la justicia pública y justicia privada, la verdad legal y la verdad real.*

12. *El condomínio del Estado sobre el territorio justifica la «presencia» estatal o reconocimiento oficial constatado, bien en la forma que se ha llamado administrativamente de «intervención», bien en la más correcta y propia de seguridad jurídica.*

13. *La publicidad de los derechos reales inmobiliarios representa una verdadera y moderna declaración pública de los mismos, en garantía del interés particular en sus derechos privados, en parecida forma a como las Constituciones, con sus declaraciones, garantizan los públicos del ciudadano.*

14. *La inscripción debe hacerse obligatoria por esencia misma del servicio, y ello es el mejor paso y fundamento para vencer la pereza legislativa e incertidumbre doctrinal y hacerla constitutiva.*

15.—*La manera de llevarse a cabo la obligatoriedad sustancial de la inscripción puede ser la de una inscripción obligatoria progresiva, atendiendo a la clase de propiedad—urbana o rústica—, la extensión, valor, zona geográfica, legislación que la protege, demarcación catastrada, etc., considerando compatible la diversidad de regímenes dentro del territorio nacional y sin perjuicio de la atención—civil, procesal y fiscal—respecto al valor de los documen-*

tos privados, singularmente de los que afecten a inmuebles comprendidos en las anteriores circunstancias o situaciones.

16.—*El planteamiento de la naturaleza de la función calificadora no debe hacerse sólo sobre el elemento exclusivo del acto concreto de la inscripción, suspensión o denegación, sino partiendo también de la pretensión jurídica de inscripción, que no coincide siempre con la del titular del derecho «que se inscribe»; de la inscripción en sí de sus efectos; del valor de las resoluciones de la Dirección General, y no perdiendo de vista nunca lo histórico, lo comparativo, lo vigente y lo ideal.*

17.—*Si de un lado se pretende mayor eficacia civil a la calificación registral, y de otro se quiere destacar el matiz público y social del Registro, con funciones netamente jurídicas y especiales, la naturaleza de la función calificadora debe ser plenamente de carácter jurisdiccional especial.*

18.—*La organización y reglamentación del Registro como servicio público no constituye «todo» el servicio. El que exista tal organización no debe desmerecer la atención justificadora del mismo, basada en la actividad de aseguramiento y publicidad.*

19.—*El sistema actual de organización puede considerarse como bueno y conveniente, sin necesidad de acudir a la unificación institucional o funcional, sin perjuicio de revalorizar la publicidad o adscribir los funcionarios Registradores a otras instituciones y servicios registrales que como los administrativos, algunos de los civiles y otros netamente sociales—Sección Inmobiliaria de Colonización, Concentración parcelaria, Zonas regables, etc.—, cooperen a los fines de la seguridad jurídica del Registro de la Propiedad.*

20.—*La Oficina del Registro no debe ser «del» Registrador, como no lo es su eficacia, efectos o incluso sus repercusiones sociales y económicas, sino que el Estado debe ser el primer interesado y el primero en cooperar o ayudar a su sostenimiento, decoro y propaganda y publicidad externas.*

21.—*El prestigio, la dignidad, la preparación profesional del Registrador, su responsabilidad personal directa y su carácter de funcionario público, le hacen acreedor a los beneficios sociales, ayudas familiares, estímulos formativos, etc., que el actual Estado español concede a los demás funcionarios.*

JESÚS LÓPEZ MEDEL,

Ayudante de Derecho Natural
y Registrador de la Propiedad

OBRAS Y ENSAYOS DEL AUTOR

JURIDICO-SOCIALES:

- Propaganda y publicidad registral.* («Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», marzo-abril 1956.)
Sobre el Derecho y su concepto. (Idem, julio-agosto 1957.)
Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público. (Idem, enero-octubre 1958.)
Vigencia del sentido social de la pedagogía calasancia. («Revista Calasancia», octubre-diciembre 1957.)
Lo político, lo social y lo profesional en la reforma tripartita. («Punta Europa», marzo 1958.)
Aspectos sociales del Registro de la Propiedad. (Seis conferencias en el III programa de Radio Nacional, 1955-56.)
José Antonio y el futuro político español. (Tres conferencias, idem, 1957.)

UNIVERSITARIOS:

- La idea de Universidad en Menéndez Pelayo.* (Premio del Centenario. «Revista Calasancia», núm. 9.)
Las oposiciones como método de selección profesional. (Idem, núm. 10.)
La formación religiosa universitaria. (Idem, núm. 11.)
La Universidad de Verano. (Idem, núm. 13.)
El preuniversitario en alguna de sus manifestaciones universitarias. (Idem, núm. 14.)
El problema de las oposiciones en España. (Prólogo de Mariano Navarro Rubio.) (Euramérica, 1957.)
A las puertas de la Universidad. (Prólogo de Adolfo Muñoz Alonso.) (Cuadernos del C. E. U., 1958.)
La Universidad por dentro. (Prólogo de José María Javierre.) (Colección «Remanso», 1958.)
El futuro de la concentración. Universidad y Concentración Parcelaria. (Dos trabajos premiados, 1956 y 1957.)
Investigación y oposiciones. («Punta Europa», núm. 29.)
Espiritualidad universitaria. («Espiritualidad Seglar», octubre 1957.)
Otras colaboraciones y escritos en «Incunable», «Ya», Agencia «Logos», «La Hora», «Juventud», «Alcalá», «Punta Europa», Radio Nacional, «Cerbuna», «Signo», «Mejora», etc.

PENDIENTES DE PUBLICACION

- Aspectos de la problemática jurídica en el siglo XVI.* («Cuadernos Hispanoamericanos».)
La Unidad integradora de Estado, Gobierno y Movimiento. («Punta Europa».)
El problema de Suez a la luz del Derecho Internacional Natural. («Revista Crítica de Derecho Inmobiliario».)
Raíces jus naturalistas de la Cooperación. («Cuadernos de Política Social».)
Valoración pedagógica del ambiente social. («Educadores», núm. 1.)
El Derecho natural «a enseñar». («Revista Calasancia».)
Lo religioso en la Universidad. Sus esquemas sociales pedagógicos e intelectuales. (Colección «Remanso».)
El Cuerpo de Aspirantes a Cátedras. («Revista de Educación».)

Comentarios a la nueva Ley del Impuesto de Derechos reales

Nos ceñiremos en la primera parte de este trabajo a la consideración de algunas disposiciones que no han sufrido grandes alteraciones con la reforma. Son materias intimamente ligadas con el Derecho civil sustantivo, y la posible desarmonía con su régimen es el motivo fundamental que impulsa nuestro estudio.

Por lo que respecta a la renuncia de gananciales, a la entrega de legados libres del pago del impuesto y al reconocimiento de propiedad, no se recoge alusión a ninguna de estas materias ni en la Ley de reforma tributaria de 1957 ni en el actual texto refundido, lo que permite afirmar que probablemente se mantendrá en el futuro la redacción actual de estas normas, y ello legitima el que ofrezcamos al lector estas divagaciones jurídicas, cuya viencia conceptual permanecerá, pese a que el legislador creyese conveniente retocar las normas actuales.

Por lo que se refiere al estudio fiscal de las pensiones y a la exención de los préstamos que se otorgan por un plazo que no excede de los diez años para el pago del impuesto por herencia, constituyen sendas materias en las que la Ley demuestra su conservadurismo, copiando de anteriores Leyes estas normas con respeto literal de los artículos.

En la parte final de este trabajo exponemos nuestros puntos

de vista sobre dos innovaciones de la vigente Ley: la que regula la sujeción de las actas de notoriedad y la que se refiere a las declaraciones de obra complementarias nueva.

CONSIDERACION ESPECIAL DE LA RENUNCIA A LOS GANANCIALES

El Reglamento de 1947 distingue varios casos:

1.º El primero es el de renuncia simple, gratuita, en tiempo hábil y por escritura pública. No se liquida la adjudicación de gananciales. En este caso, según la doctrina, el valor renunciado aumenta las cuotas de los herederos del premuerto, que pagarán sólo por el concepto de herencia.

2.º Cuando se hiciere la renuncia gratuitamente a favor de persona determinada, aparte de la liquidación correspondiente por el concepto de adjudicación de gananciales, se girarán las que procedan sobre la misma base a cargo del o de los herederos beneficiados por el concepto de donación del renunciante. En el caso de que la renuncia se realizara a título oneroso, se liquidarán los dos conceptos de adjudicación de gananciales y cesión de los mismos.

3.º Si la renuncia a la sociedad de gananciales se hiciere después de haberse practicado la liquidación provisional de la herencia, se girarán las liquidaciones que correspondan, según las reglas anteriores, al practicarse la definitiva, pero sin derecho a devolución alguna de lo satisfecho en la provisional por la adjudicación de gananciales.

De las varias reglas del Reglamento del impuesto de Derechos reales sobre esta materia, parece deducirse que sólo se exige la escritura pública en el supuesto de renuncia simple. En los demás, ante el silencio del art. 22, hay que entender que para el legislador fiscal es indiferente la autenticidad formal del documento en el que conste la renuncia.

Esta regulación parece desentenderse del imperativo del ar-

título 1.280 del Código Civil, según el cual la renuncia ha de constar en escritura pública.

Para el legislador fiscal no cuentan los preceptos sustantivos que regulan las consecuencias de las imperfecciones documentales.

Aunque, en cualquiera de los supuestos de renuncias de gananciales, ésta no conste en escritura pública, el liquidador exigirá el impuesto. Así lo prescribe el art. 41.

La parte renunciada la adquieran los herederos del premuerto. No por derecho de acrecer. Es un fenómeno similar, pero no idéntico. El derecho de acrecer es una institución sucesoria. El que examinamos es efecto de un derecho de comunidad. En el primero, las distintas porciones (la de la institución y la que acrece) proceden del patrimonio de una misma persona, el causante. En el segundo, la parte renunciada la adquieran del cónyuge del causante.

Al morir uno de los cónyuges, el supérstite y los herederos del premuerto pasan a integrar la titularidad de los bienes gananciales.

Es un supuesto de comunidad. Les es aplicable la doctrina cívistica sustentada por Valverde, en virtud de la cual, si se renuncia a una cuota de comunidad la parte renunciada la adquieren los restantes condueños.

Pudiera darse en la práctica un supuesto interesante: que el cónyuge premuerto instituyese en su testamento a los hijos y al consorte supérstite. Todos ellos serían, pues, herederos.

Supongamos que el sobreviviente renuncia a su parte en los gananciales. La porción renunciada debe ir a parar a los herederos del muerto; como el cónyuge renunciante es uno de ellos, indudablemente le corresponderá una fracción de lo que renuncia como gananciales. Esto, que civilmente representa una excepción a los efectos extintivos del abandono, fiscalmente debiera ser considerado para admitir la distinta entidad valorativa de la renuncia.

Según el Reglamento, en el caso de otorgamiento de renuncia simple no se entiende hecha la adjudicación; sí, en cambio, en los demás supuestos.

¿Qué es la adjudicación? La asignación concreta de unos bienes a favor de una persona.

¿Hay, según esto, adjudicaciones de bienes al cónyuge en el caso de renuncia?

No; no las hay. No existe adjudicación en ninguno de los varios supuestos contemplados por el art. 22. A no ser que se hubiere verificado íntegramente la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de bienes hereditarios, en cualquiera de los casos de renuncia del art. 22 se hace dejación, no de bienes concretos «adjudicados», sino de una cuota (1/2 inconcreta) del haber ganancial. Luego, en definitiva, no habrá razón para distinguir, pretendiendo ver la inexistencia de adjudicación en un caso y la presencia de esta figura atributiva de bienes en los restantes.

Tal vez la regulación del art. 22 se haya establecido para mantener una correlación con el caso de renuncia de herencia a que se refiere el Reglamento, recordando la regulación del art. 1.100 del Código Civil.

En el caso de renuncia simple y gratuita se prescinde de liquidar la adjudicación de gananciales y se exige solamente el impuesto correspondiente a herencias a favor de los herederos del cónyuge premuerto.

Como los herederos del cónyuge premuerto pueden ser los padres, por ejemplo, la regulación legal puede llevar a consecuencias curiosas.

Así, si el supérstite renuncia gratuitamente a favor de sus propios padres, es necesario girar dos liquidaciones: una, por adjudicación de gananciales, y otra, por donación. Pero si renuncia simplemente y de forma gratuita, en nuestro ejemplo su mitad de gananciales renunciada irá a parar a sus suegros, los cuales no pagarán por gananciales y, además, se regulará la transmisión por el tipo correspondiente al parentesco entre el premuerto y sus propios padres, suegros del renunciante.

Prescindiendo de sutilezas jurídicas, establecidas en recuerdo del art. 1.000 del Código Civil, y si nos encaramos valientemente con el mecanismo intrínseco y con las resultancias jurídicas de estas adquisiciones, veremos que ninguna razón existe para mantener un régimen distinto en materia de gananciales.

El régimen es admisible en materia de herencias. En ellas «todos los herederos instituidos» son llamados a adquirir un caudal ajeno.

Si son llamados a una misma porción hereditaria existe en potencia el derecho de acrecer. Cada heredero comprime la extensión de los demás a la totalidad de esa fracción hereditaria.

Si uno de ellos renuncia previamente a su porción, levanta la traba existente; el heredero, al renunciar, permite la expansión de las titularidades sucesorias de los otros coherederos.

Pero en la renuncia de gananciales la situación no es igual. No adquiere el cónyuge supérstite (copartícipe con los herederos del premuerto en la sociedad de gananciales) su derecho a la mitad de los gananciales por el hecho de la muerte del premuerto. La adquisición se realiza durante el matrimonio. Con la disolución del matrimonio lo que ocurre es que surge la posibilidad de dividir los gananciales, de disponer de la cuota de cada participante, de renunciarla...

En los casos de renuncia simple, contra lo que opina un sector de la doctrina, más lógico sería computar el parentesco entre el renunciante y los herederos del premuerto. Porque lo cierto es que la porción renunciada la adquieren de él. El juego del mecanismo adquisitivo es éste: un comunero, mediante dejación de sus derechos, permite que éstos aumenten las cuotas de los restantes. Los herederos no adquieren la mitad renunciada de su causante. La logran por renuncia del supérstite. En el caso de los hijos no hay problema. Pero si los herederos son otros (por ejemplo, los padres) el parentesco con el muerto los favorece. Si se computase el que tienen con el renunciante, habría que aplicarles un tipo más alto, pues la relación de parentesco existente es por afinidad. Y esto sería lo adecuado fiscalmente.

El último de los supuestos examinados por el Reglamento es el de renuncia posterior a la liquidación provisional de la herencia, en el que no hay derecho a devolución de lo satisfecho al practicar la liquidación definitiva.

Como el art. 22 dispone que en este caso habrá que tener en cuenta las reglas de los otros supuestos de renuncia, podemos distinguir el alcance de la no devolución en varios apartados:

1) Si la renuncia es simple y gratuita, pero posterior a la liquidación provisional, lo que no «se devuelve» es lo que se pagó por adjudicación en la provisional, porque, en este supuesto, según el apartado 8), no se debería pagar por adjudicación, al ser la re-

nuncia simple y gratuita. Luego si ya se pagó, se debería devolver lo pagado, a no existir esta norma.

2) Si la renuncia fuese a favor de persona determinada, lo que no «se devuelve» será el posible exceso pagado en la provisional. Porque para practicar una liquidación provisional se tienen en cuenta documentos también «provisionales»: declaraciones de herederos presuntos y relación aproximada de los bienes integrantes del caudal hereditario. Y bastaría que los herederos fuesen más que los indicados, o que la escritura de partición definitiva especifique menor cantidad de bienes gananciales (por haberse acreditado suficientemente al practicar la partición que ciertos bienes eran privativos) que los que se reseñaron al presentar la relación de los bienes provisionales, para que exista un menor caudal conyugal, y, en consecuencia, para que la participación ganancial sea inferior a lo que se calculó en la liquidación provisional.

El cónyuge supérstite, según decíamos en uno de los supuestos de hecho que antes nos planteábamos, en el que aludíamos a una posible renuncia no extintiva en una parte de su valor, puede ser heredero del premuerto en parte de los gananciales correspondientes a este último. Esto es lógico.

Al fin y al cabo la mitad de gananciales del cónyuge premuerto son unos bienes privativos *a posteriori*. Pasan a ser propios de él cuando se disuelva el matrimonio. Y como la sucesión comprende el patrimonio del causante, en él deben figurar tanto los bienes privativos *ab initio* como los que pasan a serlo en un momento ulterior, pero necesariamente anterior al fenómeno sucesorio.

CONSIDERACION FISCAL DE LA TRANSACCION SUS CLASES

La tarifa recientemente aprobada dedica el último de sus conceptos a las transacciones litigiosas, únicas a las que se refiere.

Por su parte, el art. 23 del Reglamento de 1947 establece una distinción entre las transacciones litigiosas y las extrajudiciales. A las primeras se refiere el párrafo 1.º, y a las segundas el párrafo 5.º. Dispone este artículo:

1) Por las transacciones de bienes y derechos litigiosos satisfará el impuesto aquél a cuyo favor quede la cosa o derecho objeto del litigio, y con arreglo al tipo correspondiente al título en virtud del cual se le adjudique, declare o reconozca. Cuando no se alegare título determinante de la transacción se liquidará el impuesto en concepto de cesión a título oneroso.

5) Para que la transacción se repute tal a los efectos del impuesto, es indispensable que se realice después de entablada la demanda ordinaria correspondiente. Por tanto, si la cuestión no hubiere adquirido verdadero carácter litigioso y el reconocimiento o cesión de derechos se verificase por convenio público o privado entre las partes, que no sea consecuencia de la incoación de procedimientos judiciales anteriores, aquéllos se liquidarán por el concepto jurídico en que dichos actos se realicen conforme al contrato, independientemente del título que las partes alegaren como fundamento de la transacción.

El párrafo 1.º del artículo se refiere a las transacciones litigiosas. En técnica del art. 1.809 del C. C. son las que ponen término a un pleito comenzado. Y así lo confirma el precepto reglamentario, al decir que son las que se producen después de entablar la demanda.

Comparando los dos párrafos transcritos, parecen existir dos diferencias entre ambos tipos de transacción:

a) Porque en la transacción litigiosa parece ser que el título alegado en el pleito coincide con el que decide la transacción, ya que el párrafo 2.º contiene reglas para el caso de que, como consecuencia de la transacción, resultasen condiciones que no entroncasen directamente con el título que originó el pleito, en tanto que en la transacción extrajudicial se parte (párrafo 5.º) de una inicial disconformidad entre el título originario de los interesados y aquél por el que, como resultado de la transacción, se les adjudican los derechos debatidos.

b) Que en la transacción litigiosa, en caso de desconocimiento del título determinante de la transacción, se gira una liquidación en concepto de cesión onerosa (párrafo 1.º), regla que no se preceptúa para el caso de las transacciones extrajudiciales.

Sin embargo, se trata de dos diferencias establecidas gratuitamente por el legislador, sin que respondan a una base real.

No vamos a sostener a ultranza que la diferenciación entre dos tipos de transacciones sea artificial de todo punto. La distinción está justificada en el ámbito civil, puesto que a la transacción judicial se le reconocen unos superiores efectos, cual es el de llevar aparejada la posibilidad de la vía de apremio. Pero en el aspecto fiscal carece de todo fundamento, puesto que se crea una previa diferenciación de categorías, con un distinto régimen, que luego no se corresponde con distintas consecuencias tributarias, por lo que mejor hubiera sido sujetar al pago las transacciones, sin distinguir sus especies. Y ello porque tal como figura la regulación del art. 23 del Reglamento no se diferencian los efectos de una y otra especie de transacción. En efecto, desde el punto de vista tributario, tendría trascendencia el que existiese un distinto procedimiento de valoración de los bienes o derechos objeto de las dos transacciones, o la circunstancia de aplicar un tipo diferente para cada clase de convenio, según éste fuese o no litigioso.

Pero esto no es así. Diga lo que quiera el Reglamento, lo cierto es que una cuestión debatida devengará análogos derechos a favor del Estado, tanto si se resuelve por una transacción subsiguiente a un procedimiento judicial como si el acuerdo se logra en convenio público o privado.

En el párrafo primero se impone tributar por «el tipo correspondiente al título en virtud del cual se adjudique, declare o reconozca la cosa o derecho objeto del litigio».

¿Qué valor tiene la palabra «título»?

1.º Tal vez quiera aludir el precepto al título, como uno de los elementos necesarios para adquirir los derechos reales (el otro es el modo).

Precisamente por ello, en definitiva, ninguna diferencia existe con el supuesto de las transacciones no litigiosas, en las que se pagará el impuesto (párrafo 5.º) por el «concepto jurídico en que la transacción se realice».

Y como el reconocimiento o cesión de derechos exige como vehículo tranmisor un acto *inter vivos* o *mortis causa*, ya que la cesión es el efecto provocado por esos títulos, nos hallamos, en resumidas cuentas, ante el mismo caso anterior. Habrá que estar al «concepto jurídico» (herencia, compra, permuta...).

2.º Pudiera ser que el precepto quisiera referirse al grupo institucional y dualista del fundamento de las adquisiciones. El título puede ser, según esto, *inter vivos* o *mortis causa*. Pero no basta con esta dicotomía simplista por lo que se refiere a los actos *inter vivos*, ya que, atendiendo al acto jurídico determinante de la transacción (compraventa, permuta, pensión...), el tipo aplicable podrá ser muy diferente.

Seguramente el propósito del legislador, al contraponer las transacciones litigiosas y las que no lo son, fué el de atender en las primeras, para girar la liquidación, al título que ostentaban las partes en el pleito, y en las segundas hacer abstracción del título inicial y basarse escuetamente en la titularidad resultante de la misma transacción.

Pero esta finalidad no se consigue con la redacción literal del artículo, puesto que en el párrafo primero, referente a las transacciones litigiosas, dice que se satisfará el impuesto por el tipo correspondiente «al título en virtud del cual se adjudique, declare o reconozca la cosa o derecho objeto del litigio», y este título no es otro que el resultante de la transacción, en virtud de la cual surgen las adjudicaciones y reconocimientos. Es decir, igual que en la transacción extrajudicial. Ya que en el «título determinante de la transacción» no puede haber tales reconocimientos o declaraciones de derecho. Este título previo será un título justificativo de un derecho real que se halla en situación estática. El dinamismo característico de las mutaciones o adjudicaciones surge precisamente con la transacción.

En los párrafos 2.º y 3.º de este artículo ya se reconoce claramente la identidad de régimen con las transacciones extrajudiciales.

Dispone el párrafo 2.º: «Si en la transacción mediasen condiciones tales como constitución de pensiones, reconocimiento de derechos reales, entregas a metálico, cambio o permuto de bienes y otras que alteren, respecto a todo o parte de los bienes o derechos reales objeto de la transacción, la naturaleza del acto o título que se haya ostentado al entablar la demanda, se liquidará el impuesto por el concepto respectivo, prescindiendo de dicho acto o título».

Cuando intervienen estas condiciones especiales se liquida aten-

diendo al «concepto respectivo» (permuto, entregas en metálico...) Obsérvese la coincidencia literal de palabras con la empleada en el párrafo 5.^o para referirse al supuesto de las transacciones no litigiosas.

«Cuando por efecto de la transacción queden los bienes o derechos reales en poder del que los poseía, en virtud del título ostentado en el litigio, aquél no pagará el impuesto, si resulta debidamente justificado que lo satisfizo en la época en que adquirió el dominio o la posesión».

Este párrafo, para ser exacto en la exención concedida, debió basarse en la circunstancia de que los bienes quedasen en poder del titular (propietario, usufructuario...) y no apoyarse en el poseedor litigante.

Lo demostraremos con un ejemplo. Supongamos que el propietario de un predio lo vende. El adquirente paga el precio. La compraventa se verifica en escritura pública. Como el otorgamiento de ésta equivale a la entrega, el comprador adquiere, desde el momento de la formalización, la propiedad, conforme al art. 1.095 del Código Civil. El vendedor resiste realizar la tradición material de la finca y retiene además el precio. El comprador ejercita la acción reivindicatoria. El pleito ya en marcha, acuerdan transigir.

Si la finca se adjudicase al comprador, se produciría un supuesto de doble imposición, caso de aceptar la letra del precepto. Habría pagado el impuesto correspondiente a la compraventa consignada en documento público al adquirir la finca, y debería volver a pagar una vez ultimada la transacción, pues únicamente se exceptúa al que «poseía los bienes», y hemos visto que él no los poseía, por retenerlos el vendedor.

En cambio, si se adjudicases los bienes al vendedor, que era «el que los poseía», debería éste pagar el impuesto, pues en virtud de la transacción recupera la propiedad que había pasado al comprador. «Adquiere o recobra los bienes», y por ello debe pagar (artículo 59). Sin embargo, el Reglamento le exceptúa, por ser el que «poseía los bienes». Como se ve, el resultado es ilógico.

Este precepto, como tantos otros del Reglamento, con su misma oscuridad contribuye a desorientar a la doctrina. Así, a nuestro juicio, es errónea la interpretación de Giménez Arnau y Torrente, por cuanto solidarizándose con el legislador fiscal, reconocen

la distinción entre las dos clases de transacción. Y, sin advertirlo, llegan a la misma conclusión nuestra de que, en buena doctrina, no puede admitirse la diferencia. «El tipo que se aplique dependerá de la naturaleza patrimonial traslativa que tengan los acuerdos de las partes» (pág. 229 de sus *Contestaciones*). Téngase en cuenta que están hablando de la transacción judicial.

En las transacciones litigiosas se tomará como *base* el valor de los bienes o derechos que se adquieran, apreciado conforme a las disposiciones de este Reglamento (art. 70).

Por tanto, habrá que tener presentes las normas sobre comprobación. Será distinta la base, según el acto sea *inter vivos* o *mortis causa*. En el primer caso no se deducen las cargas, y en el segundo sí.

Que no hay diferencia entre ambas transacciones y que hay que atender en definitiva al título o concepto jurídico, lo demuestra la tarifa, en la que bajo el rótulo de «Transacciones litigiosas» se preceptúa que contribuirán según el título y clase de bienes que por ellas se transmitan.

Es decir que siempre, para que haya acto sujeto, habrá transmisiones. La doctrina civil estima que en toda transacción deben darse reciprocas concesiones de las partes. Parece, pues, que la transacción exige una mutación jurídica de las posiciones de las partes.

PRESTAMOS PARA EL PAGO DEL IMPUESTO POR HERENCIA

Queremos hacer unas ligeras consideraciones sobre un interesante supuesto de exención, regulado en el art. 6.º, referente a los *préstamos*, sean o no hipotecarios, que se otorguen por un plazo que no exceda de diez años, para el pago del impuesto por herencia, exención hoy confirmada por el art. 3.º de la Ley de 21 de marzo de 1958. Para obtener esta exención será indispensable que entre los bienes hereditarios no exista metálico o muebles de fácil realización suficientes para el pago del impuesto, y que se haga constar por certificación del liquidador la entrega de la cantidad prestada en la

Oficina liquidadora, con deducción de los gastos del otorgamiento de la escritura.

«Los préstamos, sean o no hipotecarios.»

Distinguiremos: 1) Si el préstamo es personal, efectivamente está exento este contrato, que de otra forma pagaría el 0,50 por 100. 2) Si el préstamo es hipotecario, lo que está exenta es la hipoteca, puesto que los préstamos hipotecarios, conforme al art. 27, pagan sólo por el concepto de hipoteca.

«Que se otorguen por un plazo que no exceda de diez años.»

No se ve clara la razón de este límite temporal.

La razón de la exención hay que referirla directamente a la propia justificación del impuesto. El de Derechos reales grava los aumentos de riqueza, los actos que significan desplazamientos patrimoniales.

Un préstamo en general es un concepto que contribuye, porque representa la entrega al prestatario de un capital que le beneficia, por cuanto el dinero o los bienes fungibles puedan ser fructíferos y porque puede emplear estos bienes, el dinero sobre todo, en negocios lucrativos.

Pero cuando el préstamo se recibe para pagar una contribución del Estado no hay aumento patrimonial alguno. Prácticamente la cantidad prestada se produce como si no ingresara en el caudal del prestatario. Es como si el prestamista asumiese la deuda contributiva del prestatario, la satisficiese y se subrogase en el lugar del Estado en cuanto al crédito contributivo.

Por ello, siendo ésta la razón de la exención, no sé comprende cómo puede desnaturalizarse el supuesto por la circunstancia de que el plazo que interviene pueda ser superior a unos años adoptados como patrón. Pero, ¿patrón de qué? ¿Qué catalogación jurídica merece el plazo de los diez años?

¿Es plazo suspensivo o resolutorio? Generalmente, estos conceptos se entienden referidos al momento inicial del vínculo obligatorio, de forma que son de una u otra clase, según suspendan o resuelvan, a su transcurso, el nacimiento de la obligación.

Pero el plazo a que se refiere el art. 27 tiene una significación distinta. Es suspensivo, pero no del nacimiento, sino de la eficacia de la obligación. A su vencimiento podrá el prestamista acreedor reclamar el pago de la cantidad prestada.

Respecto a los préstamos con duración superior a los diez años, podemos distinguir dos supuestos:

a) Que el contrato de préstamo se presente a la oficina liquidadora. Estará sujeto y deberá pagar, aunque el dinero se haya recibido para hacer frente a los impuestos hereditarios.

b) Que no se presente al liquidador. Si transcurren diez años, a contar de la fecha auténtica del otorgamiento del préstamo, habrá prescrito el derecho de la Administración para exigir el impuesto.

¿Será ésta la razón del plazo de los diez años?

Se exige que no exista metálico o valores de fácil realización en la herencia.

El supuesto es el mismo que justifica los aplazamientos y fraccionamientos de pago.

Por tanto, los herederos, cuando se hallen en una situación como ésta, podrán optar entre pedir el préstamo o solicitar aplazamiento y fraccionamiento.

La elección dependerá de que al particular contribuyente le resulte más gravoso uno u otro sistema. En el caso del préstamo, el gasto lo representa la escritura de otorgamiento del mismo, que se exige en la parte final de este párrafo. En el aplazamiento o fraccionamiento, el desembolso está representado por los gastos de hipoteca y por las multas que se imponen, si se deniega el aplazamiento.

¿Perdería su fuerza el razonamiento que antes exponíamos si la justificación de la exención fuese distinta de la que nosotros aceptamos? No lo creemos.

No se piense que la norma tiene lógica y que la justificación de la exención de estos préstamos radica en el hecho de que, ofreciéndose para pagar el impuesto por herencia, si debieran tributar ya no bastaría la cantidad prestada para conseguir estos efectos. ¿Es que si el préstamo se establece por un plazo superior al de los diez años (caso en el que está sujeto al pago) su justificación no sería la misma? Si ésta consistiera en que el dinero prestado se da para el pago del impuesto por herencia, ¿no se da también para lo mismo en los préstamos de duración superior? Entonces, ¿cómo hacer frente al pago del impuesto por el concepto de

préstamo con la cantidad prestada en la cuantía exacta del débito por contribuciones? En la herencia no hay metálico ni muebles de fácil realización. ¿Habrá, pues, que enajenar otros bienes para hacer frente a este nuevo impuesto, con el consiguiente quebranto?

A la Hacienda, que percibe sus impuestos inmediatamente, con abstracción de los plazos establecidos por los interesados (recuérdese la norma del art. 51, que en materia de compraventa aplazada exige recabar inmediatamente las cuotas liquidadas) le resulta indiferente que la devolución de la cantidad prestada se haga en un plazo más o menos largo, ya que ello queda a la conveniencia de los interesados.

Por ello, como la Hacienda cobra inmediatamente sus impuestos, el plazo de los diez años resulta inútil.

El derecho al cobro prescribe a los diez años de otorgado el préstamo, pero lo mismo se extingue la acción fiscal por falta de presentación de documentos o pereza fiscal posterior a la liquidación efectuada, si el préstamo se otorgó por una duración de un año que de cincuenta años, ya que la vida civil del contrato es independiente de la exacción fiscal, pues ésta vive diez años a contar desde el otorgamiento del contrato, contando siempre con la autenticidad de la fecha como momento inicial de cómputo.

«Siempre que se acredeite por certificación del liquidador la entrega de la cantidad prestada, con deducción de los gastos de otorgamiento de la escritura.»

Aquí es donde el precepto nos produce mayor extrañeza. Se nos ocurren, ante la letra, las siguientes consideraciones:

Si el préstamo se otorgó en el despacho de un Notario, haciendo constar los interesados que la cantidad entregada lo era para el pago del impuesto por herencia, no tendrá ningún valor la declaración que en este sentido hagan las partes, pues el Reglamento está conforme en su regulación con el derecho sustantivo. Por ello admite que el préstamo existe, ya que éste es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa, y la escritura pública hace fe del hecho que motiva su otorgamiento (es decir, del contrato de préstamo). Pero frente a la Hacienda, que es un tercero, no hacen fe las declaraciones de las partes (cuál sería la

indicación ante el Notario de que la cantidad se entregaba para el pago del impuesto correspondiente a la herencia a favor del prestatario).

Parece, pues, exigir el Reglamento que el Notario acuda a la Oficina liquidadora.

Porque si la cantidad se entrega en el despacho del Notario, como el préstamo es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, habrá de realizarse la tradición del metálico en presencia del funcionario autorizante. Y el préstamo existirá. Sería por ello absurdo que, perfecto ya el préstamo, acudiesen los otorgantes ante el liquidador, descomponiendo grotescamente la construcción jurídica realizada para mantener la letra de una ficción reglamentaria. En efecto, habrían de acudir ante la Oficina. El prestatario devolvería durante el trayecto el dinero recibido al prestamista, para que éste, a su vez, fingiese prestárselo de nuevo ante el funcionario de Hacienda. «Ya que éste ha de certificar la entrega de la cantidad en su presencia.»

¿Qué significado jurídico tendría esta segunda entrega? Préstamo no sería, pues éste se consumó en la primera transferencia ante el Notario. Choca con el Reglamento, que se refiere a «los contratos de préstamos... siempre que se acredite la entrega de la cantidad ante el liquidador». Parece, pues, para lograr lógica en el artículo, que se requiere que el Notario acuda a la dependencia fiscal y ante él y el liquidador se otorgue el préstamo.

Según esto, resulta claramente que la actuación de uno de los dos funcionarios sobra. Si el liquidador ha de certificar fehacientemente la entrega, ¿por qué se exige que el préstamo sea notarial, desnaturizando la propia esencia del contrato, considerado como no solemne?

La exigencia de la certificación del liquidador casi más se justifica pensando en la facultad revisora de la Administración. De no ser así, hubiese bastado con que el Reglamento exigiera la entrega directa de la suma prestada en la oficina.

Cuando los bienes hipotecados forman parte de la misma herencia, se autoriza la inscripción previa de las adjudicaciones de las fincas o derechos reales de la sucesión, testada o intestada, a favor de los herederos o legatarios; pero esta inscripción se can-

celará de oficio si dentro del término de un año, a contar desde la muerte del causante, no se hubiere hecho el pago del impuesto de Derechos reales.

ENTREGA DE LEGADOS LIBRES DE PAGO DEL IMPUESTO

Según el párrafo 15 del art. 31, «la disposición testamentaria por la que se ordene que la entrega de legados sea libre del impuesto, o que el pago de éste sea con cargo a la herencia o a determinada persona, se tendrá, a los efectos fiscales, por no puesta, y, en consecuencia, ni se considerará el importe del impuesto como aumento de los legados para determinar la base liquidable, ni se admitirá variación alguna en cuanto a la persona obligada a satisfacerlo, según el art. 59 del Reglamento».

Según este precepto, el testador puede disponer que el pago del impuesto sea «con cargo a persona determinada».

Esta disposición generalmente implicará un legado de crédito a favor del legatario por la suma del impuesto y frente a persona obligada para con el testador (por ser deudor personal del mismo en cantidad igual o superior al débito por impuesto).

Si la cifra adeudada fuese inferior al monto del débito fiscal, sólo en parte resultaría liberado el legatario con la última disposición del causante.

«A efectos del impuesto», se tiene por no puesta la declaración del testador por la que se varía la persona del obligado al pago. Porque, en el limitado aspecto fiscal, tal disposición sería nula. Y a ello equivale decir que se considera «no puesta». Según el art. 4.^o del C. C., «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley». Comprendiendo la sanción civil la vulneración de cualquier tipo de Leyes, incluso las fiscales. Por tanto, la cláusula del testamento que se desentiende de la norma abolidora del artículo 31 carece de eficacia. Por lo dispuesto expresamente en dicho precepto y por la conjugación de las normas del art. 4.^o del Código Civil y del 59 del Reglamento del impuesto, que manda pagar éste al que adquiere los bienes o derechos.

Y esto es así por la propia esencia del impuesto; cuando se produce el acto que lo origina (una adquisición de bienes), en ese mismo instante parasitariamente (empleamos esta palabra por su vigor expresivo) nace, como por generación espontánea, una cuota a favor de la Hacienda sobre el valor de lo adquirido. Por principio fiscal, grava al adquirente, y por ello no es admisible que los contribuyentes alteren por su sola voluntad el juego de los resortes legales.

Lo que sí podrá discutirse es si es acertado el Reglamento cuando determina la persona obligada al pago.

En las compraventas debe pagar el adquirente (art. 59, que se refiere al que adquiere... los bienes...) ¿Por qué esto? ¿No es la compraventa, como tantos otros contratos onerosos, un negocio jurídico que implica contraprestaciones equivalentes?

Para ésta, como para tantas otras normas, parte el impuesto de unas ficciones que, en muchos casos, pueden conducir a resultados opuestos a la justicia tributaria. En el caso, por ejemplo, de las compraventas, estima el legislador que quien adquiere los bienes está en situación más próspera que el que los vende, por cuanto que al realizar un desembolso en metálico demuestra una euforia económica. Este punto de partida es falso. En muchas ocasiones quien compra un objeto reúne el dinero necesario para efectuar la adquisición a costa de repetidos sacrificios, y quien lo vende es un capitalista que, deseando evitar las molestias inherentes a la explotación de unas fincas, las vende para invertir el dinero en valores de cómoda rentabilidad.

Tal vez fuese más equitativo, dada la posibilidad de utilizar los datos del Registro de Rentas y Patrimonios como elemento de investigación para exacciones por impuesto de derechos reales, examinar los datos de fortuna de los contratantes y obligar al pago al que apareciese con mayor prosperidad económica, y si no se quiere entrar en averiguaciones, por estimar que las pesquisas en cada caso concreto son incompatibles con la generalidad que debe tener una regla de liquidación, pudiera atemperarse el rigor actual estableciendo una norma más equitativa: repartir el gravamen a partes iguales entre el adquirente y enajenante, pues los dos transmiten y adquieren algo.

En el supuesto de las adquisiciones hereditarias, tiene aún

más lógica la prohibición de los desplazamientos del sujeto contribuyente.

Tratándose de las adquisiciones *inter vivos*, el Reglamento establece que el impuesto se reclamará al adquirente con independencia de los pactos que entre sí hubiesen establecido los particulares. Esta norma se debe al juego de brote instantáneo del impuesto en el patrimonio del adquirente a que antes aludimos. Porque el impuesto grava el acto de traspaso de riquezas y debe nacer con igual automatismo que el fenómeno adquisitivo. Cumplidos los requisitos legales (título y modo), se origina la adquisición como algo con vida propia.

Además, esta espontaneidad tributaria favorece la rapidez de la acción fiscal.

En las herencias es la norma que comentamos una confirmación de aquel criterio prohibitivo de los desplazamientos del sujeto pasivo. Si este artículo no existiera, la voluntad del *de cuius* implicaría dos legados (uno de ellos encubierto): el del bien transmitido, y el del impuesto redimido.

Tratándose de los actos *inter vivos*, la prohibición de cambio del obligado al pago es simplemente fiscal. No afecta a la validez civil del acto. Este acuerdo entre comprador y vendedor implicará una asunción convencional de deuda perfectamente válida, si el Estado (acreedor) la ratifica.

Veamos ahora el distinto dispositivo jurídico de las herencias.

Por vía sucesoria pueden transmitirse tanto los créditos como los derechos reales. Los herederos, por lo que respecta a los bienes del causante, adquieren sobre ellos un derecho real limitado por la coparticipación de los demás causahabientes.

Por la simple virtualidad de los preceptos sustantivos podría llegar a la misma solución establecida por el art. 31.

A esta conclusión se llega tanto si consideramos el derecho del Fisco como real o como personal.

El testador, en recta doctrina jurídica, no puede hacer disposiciones que afecten a la cuota del impuesto. «Nadie puede dar lo que no tiene». El testador es titular de los bienes que lega, pero no tiene derecho alguno sobre la cuota que en ellos corresponde al Estado. El causante es dueño del acervo hereditario mientras vive.

El derecho de la Hacienda nace con la muerte del testador y consiguiente transmisión hereditaria. Con la muerte pasan a ser dueños los herederos. El impuesto se enquista en sus derechos. Sólo los herederos podrían, si lo admitiese el legislador, establecer estos desplazamientos. Aunque, en buena doctrina, ni ellos mismos, pues dispondrían de algo que no es suyo: el derecho del Estado a la contribución.

Veamos ahora la caracterización del derecho del Fisco y sus distintas repercusiones:

a) Si el derecho del Estado a detraer una cuota de los bienes transmitidos (el impuesto) es un derecho real, nadie podrá verificar los aludidos desplazamientos. Porque «nadie puede dar lo que no tiene». No pueden desconocerse las argumentaciones admisibles para catalogar las exigencias fiscales en el grupo de los derechos reales. Sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de la hipoteca legal tácita por contribuciones y por impuestos. La eficacia de este gravamen se regula con distinta fuerza por el Código Civil y por el Reglamento del impuesto. La primera regulación, que se apoya también en lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tiene una efectividad amplia, pudiendo perjudicar a terceros hipotecarios. El Reglamento del impuesto desenvuelve una actuación más modesta. Resulta en ambos casos que los inmuebles transmitidos quedan sujetos al pago del impuesto, cualquiera sea la persona que los detente. Afectan *erga omnes*.

Esta hipoteca descarga su eficacia ejecutiva «directamente» sobre la cosa gravada.

Algún autor considera que la hipoteca tácita, más que verdadera hipoteca, es un privilegio. Sea de ello lo que fuere, teniendo en cuenta que la distinción entre derechos reales y derechos de crédito se va admitiendo en la doctrina cada día con más relatividad, creemos sustentable el enjuiciamiento de los derechos fiscales como derechos reales.

b) El derecho del Fisco puede conceptuarse como un derecho de crédito. Así lo abona la circunstancia de establecerse un procedimiento ejecutivo para hacer efectivos los descubiertos fiscales, que se dirige, no contra un bien concreto del contribuyente, sino contra su patrimonio, aunque deba observarse el orden de persecución establecido por el Estatuto de Recaudación.

Aun en este supuesto, no serían lícitos los cambios en la persona del contribuyente. En efecto, el derecho de obligaciones permite, puesto que en nuestro tiempo la obligación no constituye un vínculo personalísimo, cambios, tanto en el elemento activo como en el pasivo. El supuesto del art. 31 constituye una confirmación por vía negativa de la doctrina civilista, referente a la sustitución de la persona del deudor en una relación obligatoria.

Según el Código Civil, para que se produzca la novación pasiva de la obligación con plenos efectos jurídicos, es necesario que consienta en ello el acreedor. Y esto, tanto si el cambio subjetivo se amolda a la figura de la delegación, como si sigue las pautas de la expromisión. En el caso del art. 31, faltaría el requisito del consentimiento del acreedor—el Estado, titular del crédito por contribuciones—. Por tanto, la mutación acordada por el causante, al contrariar la voluntad del sujeto activo (art. 59), es lógico que no tenga relevancia jurídica, y esto es lo que viene a establecer el art. 31, si bien con enfoque fiscal del problema.

Con estas consideraciones que preceden hemos querido resaltar la coincidencia de fondo entre la legislación civil y el ordenamiento fiscal. Por ello, aunque el art. 31 restringe sus postulados a «los efectos fiscales», forzoso es concluir que la disposición del testador tampoco debe merecer la calificación de válida en el terreno del Derecho civil.

CONSIDERACION FISCAL DEL RECONOCIMIENTO DE PROPIEDAD A FAVOR DE TERCERAS PERSONAS, HECHO POR EL TESTADOR O POR LOS HEREDEROS

«La declaración o manifestación hecha por el testador o los herederos de que determinados bienes pertenecen a terceras personas, no surtirá el efecto de excluir aquéllos del caudal hereditario sino en cuanto se justifique, con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de dichos bienes, anterior a la fecha de abrirse sucesión, la propiedad que se reconozca o declare en favor de terceros» (art. 31).

Para que haya lugar a la aplicación de este artículo, es nece-

sario que se trate de bienes que, por algún motivo, puedan reputarse comprendidos en la herencia. Esto ocurrirá, bien porque los muebles estén materialmente en un inmueble de propiedad del causante, bien porque éste figure en la posesión de ciertos inmuebles o porque tenga la titularidad de éstos, según conste en títulos adquisitivos que estén en su poder, no habiendo constancia entre los documentos existentes en la herencia de posteriores transmisiones realizadas por el mismo, referentes a dichos bienes. Puede tratarse de efectos depositados a su favor.

Si se tratase de muebles existentes materialmente en el caudal hereditario, estos bienes constituirían un peculio relacionado directamente con la noción del ajuar doméstico.

En esta materia el Reglamento dispone que no se considerarán comprendidos en el ajuar las colecciones de monedas, los cuadros ni los objetos de arte...

La previsión legislativa tiene interés para el supuesto de que los interesados en el inventario de los bienes relictos, incluyan objetos artísticos, asignándoles un valor considerable.

Por ello, bajo el régimen instaurado en 7 de noviembre de 1947, si los herederos no mencionaban estos objetos, como los liquidadores no tenían acceso al domicilio del muerto con objeto de fiscalizar los bienes realmente existentes en su morada, no había constancia de la existencia de tales muebles y escapaban a la tributación, por elevado que fuera su valor.

La nueva Ley del impuesto no se hace eco de las anteriores normas. Anteriormente no podían hacerse pesquisas domiciliarias. Pero el art. 43 del texto refundido, establece:

Art. 43. «Cuando las personas físicas o jurídicas, funcionarios y autoridades de cualquier orden a los que hacen referencia los artículos anteriores no faciliten los datos, documentos o sus copias que tienen la obligación de aportar o exhibir, la Administración, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, podrá obtener los que estime necesarios en los domicilios u oficinas de origen, por medio de los Inspectores especialmente nombrados de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 30 o por los Recaudadores de contribuciones cuando haga uso del procedimiento de apremio regulado en el art. 31.

La Administración, siempre que lo estime conveniente, podrá

comprobar los datos que se le faciliten en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores, con los libros, documentos y archivos de la persona, oficina o entidad correspondiente. Igual facultad tendrá para comprobar si las personas físicas o jurídicas, particulares, autoridades y funcionarios, cumplen las obligaciones que esta Ley les impone en los arts. 32 al 41 inclusive. Esta comprobación la llevará a cabo por medio de los Inspectores o Recaudadores citados en el párrafo anterior. En el ejercicio de las facultades establecidas en este párrafo y en el anterior, la Administración podrá solicitar el auxilio judicial, que deberá serle prestado, con expresión determinada y concreta de los hechos sobre los que la investigación o comprobación haya de versar.

De lo dispuesto en este artículo se exceptúan los protocolos notariales y los archivos, registros y protocolos que, por disposición legal expresa, tengan el carácter de reservados.

Lo establecido en este artículo y en los tres anteriores será de aplicación general en todo el territorio español».

Claro que el nuevo texto refundido, en este punto lo que hace es seguir la pauta que ya preveía el Fuero de los Españoles, que decía:

Art. 15. Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente, y en los casos y en la forma que establezcan las leyes.

Y con congruencia con esta disposición, el Estatuto de Recaudación de 1948 permite las fiscalizaciones domiciliarias. Establece:

Art. 76. «Autorización para la entrada en domicilio. Los Recaudadores aprovecharán los diez últimos días de cada trimestre para efectuar las operaciones preliminares de la ejecución, solicitando de los Jueces de Paz, municipales o comarcales, según sea el existente en cada localidad, con la exhibición de la relación de deudores, que dentro de las veinticuatro horas siguientes autoricen la entrada en los domicilios de éstos».

Por otra parte, si el valor de la colección es mezquino, poca transcendencia en definitiva habrá tenido excluirla del ajuar, pues su parco valor poco sumará en la cifra aceptada como base de liquidación.

Por tanto, la exclusión de tales objetos del ajuar sólo represen-

tará una ventaja para el Fisco en el caso de que tengan un valor económicamente estimable y de que, además, la Hacienda llegue a tener conocimiento de su existencia.

Los bienes cuya propiedad se atribuye a terceros pueden ser muebles, inmuebles, valores mobiliarios... ¿Cuál es el documento fehaciente adecuado a la naturaleza de los mismos?

El art. 31 no se refiere a «documentos de fecha fehaciente», sino a «documentos fehacientes». Por tanto, parece ser que no pueden admitirse a estos efectos los documentos privados a los que se refiere el art. 1.227 del Código Civil, en los que lo único fehaciente es la fecha del título, ya que los documentos privados, según establece el Código Civil, ni siquiera entre las partes tienen eficacia probatoria, a no ser que hubiesen sido reconocidas en juicio las firmas. El texto legal (art. 1.226) se refiere a aquél a quién se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él. El obligado debe declarar si la firma es o no suya. Los herederos del obligado podrán limitarse a declarar si saben qué es o no de su causante la firma de la obligación.

Pese al deseo del Código Civil, tal como están regulados, los dos supuestos son iguales. El primer caso entraña esta declaración: «La firma es mía». En el 2.º, si no variase la fórmula con respecto al primero, se diría: «La firma es de mi padre». Se declara, según el Código Civil: «Sé que la firma es de mi padre». Esta declaración es de un resultado más robusto que la primera, pese al evidente deseo del legislador. Para dar sentido al precepto, es menester incluir en su motivación el caso de la duda. «No sé si la firma es de mi padre». Esto se lograría en la misma dicción legal con variar la colocación de las palabras. Según la redacción actual, tienen que declarar. «Si saben que la firma es o no de su causante». La redacción correcta: «... a declarar si saben o no que es de su causante».

Luego si estos documentos no llevan aparejada fuerza probatoria, ni aun entre las partes, con mayor razón no la tendrán frente a tercero. Es decir, en nuestro caso, frente al Estado. Las partes, en la relación que venimos estudiando, son: el que reconoce y aquel a favor de quien se reconoce la propiedad. El Fisco es extraño a esta *res inter alios acta*.

• «Documento adecuado a la naturaleza de los bienes». Pese a

la dicción del texto reglamentario, ni en el Derecho Civil ni en el Derecho Notarial se establecen diferencias de solemnidad, según la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes. Tanto para la riqueza mobiliaria como para la inmobiliaria constituye documento fehaciente el autorizado por un funcionario público (notarial, judicial o administrativo).

El documento fehaciente constituirá un otorgamiento separado y distinto. Aquel otro en el que figura el reconocimiento constituirá una secuela o confirmación del mismo.

Es necesario entenderlo así, porque si no el precepto se nos iría de las manos. Y el testamento (si era el causante el que reconocía) o la escritura particional (si reconocen los herederos) cumpliría con la exigencia del precepto.

Como éste no requiere que se justifique la propiedad a favor de tercero con documento de fecha fehaciente anterior, el mismo testamento o escritura particional sería un documento fehaciente adecuado a la naturaleza de los bienes, ya que se trata de un documento público.

Si lo que se reconoce a favor de terceros son valores mobiliarios, tienen fehaciencia las autorizaciones notariales y también las pólizas suscritas por agente de cambio y bolsa, corredor de comercio o corredor intérprete de buques (Decreto de 19 sep. 1936).

¿Y si en la herencia hay metálico, que se dice pertenecer a terceras personas? Creemos que hay que distinguir:

1.º Si el dinero que detenta materialmente el causante le fué entregado por un tercero a título de depósito o en concepto de prenda, como la propiedad de las monedas corresponde al depósito o al deudor preñario, cabe, en este supuesto, hablar de un reconocimiento de propiedad. Y no se objete que el depósito irregular es más bien un préstamo. Porque cabe que el dinero se entregue cerrado y sellado o que sea un depósito con especificación de monedas. Supuestos ambos en que el dinero no se hace fungible y conserva su individualidad.

2.º Si el dinero se entregó al causante a título de préstamo, aquél adquiere la propiedad de las monedas. Por tanto, la declaración del testador o de los herederos a favor de tercera persona no implicaría un auténtico reconocimiento de propiedad, sino más bien un reconocimiento de deuda. Por ello, no encaja bien en la

regulación del art. 31. Lo mismo pudiéramos decir de cualquier otro supuesto en que el causante conservase una posesión temporal de dinero perteneciente a otras personas (en los aplazamientos de pago del precio subsiguientes a una compraventa...) Son reconocimientos de deudas que no encajan perfectamente con las normas del art. 31.

Resulta así curioso que, por azares imprevisibles para el legislador, venga a resultar legitimada en última instancia la interpretación de Giménez Arnau y Torrente, que, considerada a primera vista, parece completamente gratuita. Según estos autores el «documento fehaciente adecuado...» es «la escritura pública notarial, tratándose de reconocimientos de deuda, pues tal es el sentido general de la jurisprudencia». Estos autores generalizan la asimilación entre los reconocimientos de propiedad y los de deuda. Sin embargo, constituyen figuras distintas. El reconocimiento de propiedad atribuye a terceras personas un derecho real (la propiedad), mientras que el reconocimiento de deuda es el acto jurídico por el que la persona que lo hace admite que es deudor de un tercero. Es decir, implica un reconocimiento de un derecho de crédito (la deuda).

REGIMEN FISCAL DE LAS PENSIONES

«Las pensiones, gratificaciones, jubilaciones, viudedades y orfandades concedidas por Corporaciones y por Sociedades y Asociaciones, que no sean de carácter mutuo, sostenidas por las cuotas de sus socios o por ellas y por donativos benéficos, aunque la entrega se verifique de una vez, pagarán a su constitución:

Desde 5.000 a 10.000 ptas. anuales, 0,60 por 100 del capital.

De más de 10.000 ptas. anuales, 1,20 por 100 del capital.

La liquidación se efectuará en la forma indicada, aun cuando el pago de las pensiones, gratificaciones, jubilaciones, viudedades u orfandades se verifique mediante la intervención de una Compañía de Seguros, en cuyo caso habrá de presentarse justificación del acuerdo en virtud del cual hubiesen sido aquéllas creadas, y del contrato de Seguro al efecto celebrado.»

Para la aplicación del tipo privilegiado se exige que tales So-

ciencias no sean mutuas. Parece, pues, que se excluye del favor fiscal a las Compañías mutuas. ¿Y las Mutualidades, incluso de los funcionarios?

Como no están expresamente exceptuadas, deberán tributar al tipo del 3,50 por 100 las pensiones por ellas concedidas.

Este régimen es un tanto extraño, porque las Mutualidades se forman por los fondos de los socios (suelen deducir una parte de los sueldos con vistas a los complementos de derechos pasivos), y a veces con donativos benéficos.

El art. 3.^o de la Ley considera exentos los actos en que intervengan como personas obligadas al pago las Mutualidades y Montepíos a que se refiere la Ley de 6 de diciembre de 1941. Y el Decreto de 10 de agosto de 1954 amplía la exención a los Montepíos y Mutualidades de previsión laboral. Claro que tales exenciones no desvirtúan la regla de sujeción establecida por el art. 15, ya que, en virtud de éste, el obligado al pago es el mutualista y no la Mutualidad.

Sin embargo, se concede el beneficio del tipo benigno a las Sociedades no mutuas, en dos casos diferentes:

1.—Cuando estén sostenidas por fondos de sus asociados.

Parece lógico, pues si los socios soportan continuamente el gravamen del mantenimiento de la Sociedad, contribuyendo a la creación del fondo con el que después se satisfacen las pensiones, es justo que a la hora de pagar obtengan una ventaja fiscal.

Por eso como el mecanismo es casi igual, tratándose de las Sociedades mutuas (la deficiencia que tiende a cubrir la pensión se remedia con la directa aportación previsora de los socios) es inexplicable que se les excluya del tipo ventajoso.

En cuanto a estas Sociedades encuadradas en el primer término de la disyuntiva legal, aparentemente implican más bien un supuesto de comunidad de bienes carente de verdadera personalidad jurídica, ya que si hay verdadera Sociedad ésta contará con capital propio independiente del de los socios.

Representa más bien un supuesto de sociedad civil o persona jurídica de tipo asociacional, de las que no persiguen fines de lucro.

«Sostenidas por las cuotas de los socios». Esta frase da idea de que la obligación de aportación de unos bienes para integrar

el fondo social, característica de las Sociedades, se cumple de un modo peculiar. En vez de verificarse de una vez y en el momento inicial de la vida societaria, se realiza continuamente, mediante el desembolso, por parte de los asociados, de las cuotas mensuales, trimestrales..., constituyendo, en definitiva, una aportación de trato sucesivo.

2.—También existe el beneficio si las Sociedades se mantienen con sus propios medios y con donativos benéficos.

Este es un supuesto normal. Si de verdad existe la Sociedad como persona jurídica independiente, ha de sostenerse por ella, ya que tendrá necesariamente un patrimonio autónomo formado por las aportaciones de los socios y distinto del peculio privativo de ellos.

Para que se dé el tipo favorable en este segundo supuesto es menester que el capital social sea insuficiente para el sostenimiento de la Sociedad, que recibe como complemento indispensable una cierta suma de donativos benéficos.

Es decir, que las Sociedades que puedan sostenerse por sus propios medios no pueden disfrutar de la benevolencia impositiva, porque la letra del precepto circscribe sus favores a un supuesto alternativo y excluyente: o la Sociedad se mantiene con las cuotas de los socios, o por ella y por donativos benéficos.

Reglas para su liquidación.—En las pensiones constituidas por testamento, cuando el capital de las mismas se rebaje del caudal hereditario, el heredero satisfará, al extinguirse aquéllas, el impuesto correspondiente al capital deducido, según la tarifa vigente en el momento de constituirse la pensión.

En el establecimiento de pensiones, a cambio de la cesión de bienes, si el importe de los bienes cedidos supera el capital de la pensión, el cesionario paga en dos momentos diferentes. Al constituirse la pensión por la diferencia entre el valor de los bienes y el capital de la pensión (al 3 ó al 6 por 100, según la naturaleza de los bienes).

Al extinguirse la pensión vuelve a contribuir por lo que en la base de la liquidación inicial dejó de pagar.

Téngase en cuenta que lo que tributa en este momento no es la extinción de la pensión, aunque esta circunstancia sea la que

se tome en cuenta para fijar el tiempo en que debe volver a pagar el cessionario. Esto es así por dos razones:

a) Porque se deduce de las normas del art. 15 que la extinción de pensiones no tributa en ningún caso (Véanse los diferentes párrafos).

b) Porque ello resulta de la letra del precepto. Lo veremos mejor con un ejemplo. Se constituye una pensión que, capitalizada, representa una cifra de 1.000.000 de ptas. Como contraprestación se entrega al pagador una finca que vale 1.500.000 ptas. Al extinguirse la pensión debe pagar el impuesto por 500.000 ptas (capital deducido inicialmente). Si se pagase por extinción de la pensión, en nuestro caso no se satisfaría nada, pues el valor de la pensión (1.000.000) fué satisfecho por el cessionario en el momento inicial.

¿Por qué, si no hay la justificación fiscal de gravar la extinción de la pensión, se establece esta división en el pago del tributo a favor del cessionario?

Debe ser por el deseo de favorecer las pensiones. Lo extraño es que con el precepto fiscal no se favorece al pensionista, sino al constituyente de la pensión. Y éste, al adquirir unos bienes, se encuentra en posición más privilegiada que un comprador, y es por esto por lo que choca tal protección.

Si una persona compra una finca realiza dos desembolsos: el valor total del inmueble o precio de la compra y el impuesto total también sin aplazamiento de ningún orden. El Reglamento le exige el pago instantáneo, aunque para el del precio se hubieran establecido diferentes plazos (art. 51).

En cambio, el pagador de la pensión tiene dos ventajas: que el capital de la pensión, generalmente, no lo entrega de una sola vez, sino en trácto sucesivo que puede ser muy dilatado. Y también se aplaza la exacción del impuesto por lo menos en cuanto a una fracción del valor de la cosa.

Aunque el Reglamento dice que «satisfará» el impuesto el cessionario al extinguirse la pensión, no se trata, aunque parezca denotarlo la palabra entrecomillada, de un caso de aplazamiento del pago, sino más bien de aplazamiento de la liquidación.

Lo expresan más claramente los párrafos 10 y 11, que ordenan atenerse a la tarifa vigente en el momento de constituirse la pensión.

Esto implica que lo aplazado es la liquidación. Liquidar es fijar la cuota contributiva, aplicando el tipo correspondiente al concepto examinado a la base establecida como valor de los bienes.

Siendo esto así, si se desconoce cuál será el tipo que la tarifa futura asignará a estas pensiones, forzosamente es pensar que nos hallamos ante un aplazamiento de liquidación.

La distinción entre ambas clases de aplazamiento no se basa en un simple malabarismo verbal, sino que responde a una diferenciación de consecuencias reales.

Si se aplaza el pago, la liquidación ya está girada, y la única oscilación afectante a la Hacienda será la que resulte de las variaciones del poder adquisitivo del dinero.

Si se aplaza la liquidación, ello afecta a la cantidad exigible en un doble concepto: el de la variabilidad derivada del dinamismo apreciativo del dinero y el consustancial al aplazamiento, ya que la existencia de uno u otro tipo de liquidación repercute inmediatamente en la cantidad liquidada.

Claro que, en definitiva, todo aplazamiento en la liquidación envuelve a la vez un aplazamiento en el pago, por ser aquélla presupuesto básico para éste.

«Los contratos de Seguros de rentas vitalicias celebrados con Sociedades legalmente autorizadas para realizar este género de operaciones, sólo devengarán el impuesto cuando se otorguen a cambio de la cesión de bienes que no consistan exclusivamente en metálico.»

Como éste apartado pretende constituir una especialidad, lo examinaremos desde el punto de vista de las posibles personas obligadas al pago, para ver si ha logrado su propósito.

a) La persona del pensionista. Conforme al art. 59, es quien debe pagar. Contribuye siempre por lo que percibe sin importar que su contraprestación sea de dinero o de bienes. Por tanto, no parece referirse a él el Reglamento, puesto que la norma representaría una inútil confirmación.

Veamos qué ocurre con lo que respecta a la Sociedad cesionaria. Si el pensionista entrega metálico no debe pagar la Sociedad. Pero esto ya lo ha establecido el Reglamento para toda clase de pagadores sin excepción. Luego no hay especialidad ninguna.

Si, como contrapartida de sus desembolsos, recibe determinados bienes, deberá pagár por el concepto de cesión. También esto lo preconiza con carácter de generalidad el párrafo 7.º del art. 15. ¿Qué valor tiene predicar lo mismo de las Compañías de Seguros?

Por otra parte, ¿por qué el que a cambio de la pensión recibe dinero no paga, y sí, en cambio, el que obtiene bienes determinados?

El apartado 6.º del art. 6.º sólo exime las entregas de metálico que constituyen precio de adquisición de bienes o pago de servicios.

Como la renta vitalicia no es una compraventa ni un arrendamiento, no le ampara la exención. El caso es más bien de no sujeción. Y es raro que lo que determina la sujeción al impuesto sea una circunstancia tan accesoria como lo es la de la naturaleza de los bienes ofrecidos en contraprestación, ya que institucional y fiscalmente el acto es el mismo si interviene dinero que si se transmiten otros bienes.

¿Será al pensionista al que se le exime de pagar cuando ofrece metálico a cambio? ¿Será que el legislador supone que si cede bienes a cambio escamotea un acto liquidable, ya que la entrega de metálico puede suponer un proceso beneficioso para la Hacienda?

El trámite impositivo que el legislador puede adivinar en estos casos sería éste: el pensionista tiene bienes. Los vende para obtener metálico. En la venta hay un primer acto sujeto. El dinero obtenido lo ofrece al que haya de pagar la pensión. Y como en la transmisión anterior ya pagó el comprador, se libera del pago al pensionista por el nuevo acto jurídico de constitución de la pensión.

Es la única explicación que permite la letra del precepto si se la quiere encontrar lógica, aunque ello no parezca muy ortodoxo.

LAS ACTAS DE NOTORIEDAD

Se argüía, y ello ha motivado la reforma fiscal en este punto, que las actas de notoriedad para inmatriculación de fincas, complementarias de un título público de adquisición, no estaban sujetas al impuesto, conforme a la legislación del año 1947. Así opinaba La Rica, a quien cita Roca Sastre en su *Derecho Hipotecario*.

Pese al gran ascendiente doctrinal de nuestro ex Decano, sostenemos la opinión contraria, siendo para confirmarlo conveniente que analicemos los preceptos de la legislación hoy derogada, así como el alcance de la legislación hipotecaria.

En el Reglamento hipotecario se distinguen tres clases de actas de notoriedad que intervienen, más o menos decisivamente, en la inmatriculación de fincas: las que complementan el título público de adquisición, las que incorporan documentos privados y las que acreditan haber adquirido por prescripción el derecho de aprovechamiento de aguas públicas a las que refiere el art. 70 del Reglamento hipotecario.

La Ley y el Reglamento del impuesto sólo exceptuaban del tributo las actas de notoriedad en el caso de que «se acredite haber satisfecho ya el impuesto por el título alegado como fundamento de ellas y por los mismos bienes».

La doctrina consideró que, en base a esta norma, no debían tributar las actas de notoriedad a las que se refiere el apartado B) del art. 199 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, éstas eran las actas que mejor se adaptaban a la expresión legal, porque en ellas «se alegaba un título». Por el contrario, en las actas con incorporación de documentos privados no se alude a ningún título, porque el título acompaña al acta.

El legislador fiscal ha creído conveniente frenar aquella interpretación doctrinal, y por ello incluye en el grupo de los actos sujetos a «las actas complementarias de un documento público, necesarias para la inscripción registral de éste, e inmatriculación de las fincas en el mismo comprendidas, a que se refiere el apartado B) del art. 199 de la Ley Hipotecaria, cualquiera que sea el título de adquisición que en las mismas se alegue...»

«Necesarias para la inscripción registral de éste...»

Es ésta una expresión reiterativa. Bastaba con aludir a la «inscripción». Porque no cabe inscripciones extraregistrales, como no se puede ser blanco y negro a la vez.

«...Inscripción registral de éste e inmatriculación de las fincas...»

El precepto supone que los documentos se inscriben en el Registro y que «las fincas se inmatriculan». Como si se tratase de cosas diferentes. Sin advertir que los títulos sirven de vehículo para la inscripción, pero no son la materia propia del asiento. Lo

que se inscribe son los derechos constituidos sobre los bienes inmuebles. De ahí que sea correcto hablar de inmatriculación de fincas, por la confusión romanística entre el dominio de los inmuebles y los inmuebles mismos. Por ello inmatriculación de fincas, tanto vale como decir primera inscripción del dominio de un bien inmueble.

La forma de estar redactada la Ley al gravar las actas, «cualquiera que sea el título de adquisición que en las mismas se alegue...», si se interpretase literalmente implicaría que las actas con incorporación de documentos privados no deberían tributar, porque en ellas no se alega ningún título, sino que el título ha de aparecer, ha de ser visible externamente, junto con el acta o embobido en ella.

Es preciso tener en cuenta el diferente juego de las actas de notoriedad para examinar el alcance de la reforma.

1.º Las actas complementarias de un documento público tienen por cometido acreditar que el trasmítente, en virtud del título público de adquisición, hubo su derecho por título legítimo que no se puede aportar o porque se carece de él o porque, aun existiendo, no es inscribible.

En ellas si puede hablarse de «título alegado», porque en su propio contexto se hace alusión a un título, al cual suplen, y cuyas circunstancias esenciales deben reseñar.

A partir de la vigencia de la nueva Ley, estas actas resultarán muy gravadas. El adquirente, en virtud del título público, deberá pagar un 6,90 por 100 (el 6 por 100 más el recargo del 15 por 100), y el transmitente—la mayor parte de las veces será el mismo adquirente quien soporte los dos gravámenes—un 8,05 por 100 (el 7 por 100 más el recargo) por la adquisición anterior a su favor. En suma, una presión fortísima de un 14,95 por 100.

2.º En las actas con incorporación de documentos privados no podrá darse este resultado.

Tal vez la razón de existencia de las mismas consista en que, como un título privado no puede servir de vehículo para la inscripción (art. 3.º de la Ley Hipotecaria), necesita el legislador facilitar su acceso registral por medio de su incorporación a un documento público, cual es el acta de notoriedad.

Como decíamos antes, en tales actas no podrá originarse tal

resultado, porque dichas actas no acreditan la titularidad del transmitente. Su función propia consiste en constatar la notoriedad pública de la adquisición del directo inmatriculante, cuyo título, por ser un documento privado, no lleva aparejada la fehaciencia frente a terceros del «hecho» que motiva su otorgamiento. La deficiencia del documento se subsana, en cierto sentido, con el acta, cuyo cometido propio, según definición legal, es acreditar «hechos» notorios.

Pero a diferencia de las anteriores, no sirven de apoyo al título del transmitente, si no al del adquirente.

Por ello, en estas actas, el legislador, pese a su casuista discriminación, o tal vez por ella, carece de un arma automática para hacer tributar posibles omisiones anteriores. Si el documento privado que se incorpora al acta pagó anteriormente, tal acta estará exenta. Si no pagó a su debido tiempo, contribuirá el acta, pero no la transmisión privada.

Por ello, el inciso legal, predicado con tono de generalidad, que exceptúa las actas «cuando se acredite haber satisfecho el impuesto por la transmisión, cuyo título se suple con ellas y que se alega como tal en las actas», es inaplicable a las que incorporan documentos privados. En este supuesto no se evita, pues, la evasión fiscal por la anterior transmisión, al menos *ope legis*, ya que siempre quedará a salvo la función inspectora de los liquidadores.

Si se observasen los preceptos reglamentarios, estas actas no tributarian nunca. Porque los Notarios no deberían admitir los documentos privados que constatan la adquisición inmatriculadora si no llevasen la nota de pago de tributo, en cumplimiento del artículo 186 del Reglamento. Y si el título privado pagó, el acta está exenta. Como la justificación de que el acta tribute está en no «haber pagado por el título alegado en ella», siempre que se diese el supuesto de hecho de la exacción ello supondría una inobservancia de normas reglamentarias.

3.º Las actas del art. 70 del Reglamento hipotecario constituyen una curiosa excepción al concepto de la inmatriculación. Se entiende unánimemente que la primera inscripción de una finca en el Registro tiene que ser de su dominio. Sin embargo, la anotación preventiva a que da lugar el acta de notoriedad que analizamos, constata no una titularidad dominical, sino un derecho de

aprovechamiento de unas aguas de dominio público. Un derecho de disfrute, al fin—ya que la propiedad pertenece al Estado—, que en ortodoxia inmobiliaria no debiera admitirse en funciones inmatriculadoras.

Estas actas, por ser inmatriculadoras, están, en principio, sujetas al impuesto. Pero si nos esforzamos por indagar el significado verdadero de las mismas, y su finalidad jurídica es difícil justificar la imposición.

Esta acta de notoriedad tiene por objeto acreditar una adquisición realizada por prescripción, como la escritura pública de compraventa es el documento que da fehaciencia de una adquisición derivativa.

Ahora bien: ya sabemos que la legislación del impuesto no sujeta las adquisiciones originarias (ocupación) o semioriginarias (usucapión).

La acción fiscal sólo se extiende a los actos de circulación de riquezas, en los que hay un transmitente y un adquirente, y se ve paralizada cuando el juego por ella previsto no se produce.

Como la prescripción adquisitiva no figura ni en la lista de los actos sujetos ni tiene un tipo autónomo asignado en la tarifa, forzoso es considerarla un acto no sujeto.

Sabemos que las actas de notoriedad, al igual que las declaraciones de obra nueva, son medios establecidos para extender la acción fiscal a aquellos actos que se evadieron del tributo en la fecha en que se produjeron. Presuponen, por tanto, que el acto inicial estaba sujeto, porque sólo está en condiciones de esquivar los derechos del Fisco quien frente a él tiene una obligación tributaria.

Pero como la usucapión no es acto sujeto, tampoco debiera serlo el documento notarial que la constata, ya que el acta carece de auténtica sustantividad fiscal, representando una medida sancionadora o de cobro *a posteriori*.

La misma Ley, con sus expresiones, nos ratifica este criterio. Dice que las actas tributarán, salvo «cuando se acredite haber satisfecho el impuesto por la transmisión, cuyo título se suple con ellas».

Pero en el caso de la usucapión no ha habido tal «transmisión». No hay el entrecruce de voluntades característico de los negocios derivativos.

Por ello, *de lege ferenda* opinamos que debiera, en la futura reforma de la legislación fiscal, incluirse en la lista de los actos sujetos, toda adquisición que produjera en una persona un incremento patrimonial, y entre ellas, las originarias o semioriginarias. Es cierto que el gravamen se extiende, teóricamente, a los actos de circulación de riquezas. Pero tal circulación, abstracción hecha de la voluntariedad del supuesto, se produce también en las adquisiciones a que nos venimos refiriendo.

IMPUESTO SOBRE LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA

La nueva Ley y la tarifa dedican especial interés a las declaraciones de obra nueva de inmuebles o buques, que deben tributar en el caso de no haber satisfecho el impuesto por el contrato de construcción.

Estas nuevas disposiciones habrán de suscitar indudablemente repetidas reclamaciones por parte de los contribuyentes.

No será aislado el caso de una construcción realizada hace diez años que interese constatar en la hoja tabular de una parcela de terreno.

Aunque la escritura, declarando la obra nueva sea del año 1958, no dejará de extrañar al contribuyente la liquidación que se pratique.

—«¿Cómo se me obliga a pagar por el concepto de *obra nueva* por una edificación que se construyó en 1948?—se preguntará el contribuyente.

Debe tenerse en cuenta, para evitar equivocos, que la declaración de obra nueva es un documento de tendencia registral. Es uno de los procedimientos empleados para conseguir un perfecto paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral. Y cuando se habla de obra nueva se emplea la frase con toda propiedad, cualquiera que sea el tiempo en que la declaración se haga. La obra es «nueva» con respecto al folio registral de la finca en cuestión, inscrita sin aludir a ella. Es el registro quien, con la declaración, estrenará una obra, que en el tiempo puede ser más o menos vieja.

La declaración de obra nueva es un documento de significación registral. Presupone una finca inscrita sólo en lo que tiene de terreno, en la que, andando el tiempo, se verifica una construcción o plantación. Y la declaración de obra nueva es el título adecuado para constatar hipotecariamente las efectuadas, con objeto de que el Registro describa la finca tal como es en la realidad.

No entraña en si ningún negocio jurídico, ningún acto de circulación de riqueza. Es un documento que se limita a consignar algo que aconteció en un tiempo pretérito, más o menos cercano.

El contrato de construcción representa la verdadera sustancia jurídica de estas obras. Como cualquier otro contrato (el de compraventa, por ejemplo, gravado con el tipo del 3 ó del 6 por 100) sirve de origen a las obligaciones reciprocas de los contratantes. Genera el crédito refaccionario y el derecho a exigir la realización de las obras.

Por el contrario, la declaración de obra nueva carece de contenido contractual. No constata ninguna transmisión jurídica de riqueza, que es lo que sirve de base a esta imposición. Consigna un hecho pasado susceptible de producir determinadas operaciones registrales.

La doctrina, fijándose en la similitud entre el impuesto de Derechos reales y el del Timbre, los diferencia diciendo que el primero grava los actos jurídicos, y el segundo los documentos.

Sin embargo, en el caso de estas declaraciones de obra nueva, lo único que legitima la imposición es la existencia del documento. Pudiera afirmarse que se trata de un documento sustantivo, ya que no encierra ningún acto jurídico fiscal. El contrato de construcción antecedente, consignado en el oportuno documento, era el que verdaderamente exteriorizaba un contenido jurídico. Este es, pues, un supuesto en el que el impuesto de Derechos reales grava directamente un documento.

La Ley, para evitar la doble imposición, condona el pago en los casos en que se haya satisfecho el impuesto por el contrato de construcción. Según esto, parece que siempre que no se haya pagado por el contrato de obra, habrá que pagar por la declaración de obra nueva subsiguiente. ¿Incluso cuando la construcción tiene una antigüedad de veinte, treinta o más de cuarenta años?

Creemos que no. Este precepto debe armonizarse con los demás

de la Ley. La Ley, con alcance general, preceptúa que la acción para liquidar prescribe a los diez años.

Transcurrido, pues, el decenio de vigencia del crédito financiero, habrá prescrito el derecho a liquidar el contrato de construcción.

Ello origina el siguiente régimen distintivo:

1.º Si la declaración de obra nueva es anterior al 1 de mayo de 1958—fecha de entrada en vigor de la nueva Ley—, la declaración de obra nueva no tributará, porque anteriormente no era un acto sujeto, y, por otra parte, la Ley no es retroactiva, con la sola excepción de los documentos que hubieren dejado de presentarse dentro del plazo reglamentario (disposición transitoria 1.º).

2.º Si la declaración de obra nueva es posterior a esa fecha, habiéndose comenzado la construcción después de la promulgación de la nueva Ley sin haberse acreditado la satisfacción del impuesto por el contrato de construcción, se aplicará el tipo correspondiente a las declaraciones de obra nueva, según su clase.

Aunque se trate de obras realizadas antes de la vigencia de la nueva Ley, podrá darse el supuesto de practicar las oficinas liquidadoras las correspondientes liquidaciones, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción del impuesto y concurriendo en el contribuyente la omisión del deber de presentación en plazo. Con ello se ha variado sensiblemente la práctica anterior, que consistía en devolver la escritura con nota de no sujeción, siempre que la misma se limitase a constatar una obra nueva.

Pueden ofrecerse algunos supuestos en los que una obra o construcción no deberá pagar el impuesto, y en consecuencia, tampoco debiera contribuir la declaración de obra nueva subsiguiente.

Téngase en cuenta que la Ley incluye en la nómina de los actos sujetos a los «contratos de obras». Por ello, se requiere que el trabajo efectuado responda a un efectivo entrecruce de voluntades.

Esto admitido, se nos ocurre un supuesto que pudiera plantear dudas. Cuando una empresa constructora—o de otra índole—edifica para sí misma, valiéndose de sus propios empleados. ¿Existe el contrato de obra, que justificaría la sujeción al impuesto?

El foco de luz, aclarador de este problema, lo constituye la distinción entre el contrato de arrendamiento de obra y el de arrendamiento de servicios.

Tradicionalmente ha sido fácil deslindar las dos especies de arrendamiento. Pero, aparentemente al menos, enturbia la nitidez divisoria la Ley del contrato de trabajo de 25 de enero de 1944, que incluye en el ámbito del contrato de trabajo (al que considera como género y no como especie) a los arrendamientos de obra y a los de servicios.

Considérese la construcción como un arrendamiento de obra o como un contrato de trabajo, lo cierto es que siempre se podrá diferenciar del contrato de prestación de servicios personales. En este último, lo que se promete es una actividad continuada. Es la prestación de un tiempo de trabajo, sin pensar en el resultado que produce ese trabajo. Mientras que en el contrato de obra se atiende al resultado que ha de producir el trabajo de una persona, la que queda en plena libertad de organizar su actividad en la forma que prefiera.

LAS OBRAS REALIZADAS PARA SI MISMA POR UNA EMPRESA CONSTRUCTORA

La empresa constructora que emplea unos albañiles, celebra con ellos un contrato de arrendamiento de servicios más o menos duradero. El contratista se compromete a realizar obras; sus empleados sólo trabajo. Sin que el hecho de que la obra se la quede para sí el primero trueque la naturaleza del trabajo de sus operarios.

La distinción entre el arrendamiento de obras y el de servicios tiene importancia si nos fijamos en el núm. 6.^o de la tarifa, que sujeta al tipo del 0,75 por 100 los contratos de prestación de servicios personales, siempre que no ostenten carácter de permanencia y se refieran a actividades por tiempo limitado u *obra determinada...*

En virtud de esta norma, el arrendamiento de servicios debe contribuir. El núm. 20 de la misma tarifa, sujeta a idéntico tipo los contratos de obra. Ambas especies de arrendamiento deben, pues, contribuir.

Si el acto originario pasó desapercibido para la Administración

ción, eludiendo el pago, pero posteriormente se presenta en las oficinas fiscales una declaración de obra nueva, el procedimiento administrativo varía en uno y en otro caso.

1.º Si el contrato inicial lo fué de obra, la Hacienda, en virtud del mandato legal del art. 2.º y de lo dispuesto en la tarifa, percibirá el impuesto por el concepto de «declaración de obra nueva».

El tipo aplicable, y generalmente también la base, es idéntico si se tributa por el contrato de construcción o por la declaración subsiguiente. Sin embargo, si se siguiesen las reglas generales de liquidación y exacción, la que se practicase por la declaración rebasaría a la procedente por el contrato de obra, ya que a la cuota correspondiente habría que sumar las multas consiguientes. Pero elude esta posibilidad la redacción de la Ley y de la tarifa.

2.º De ahí la diferencia que antes apuntábamos. Si se presenta en una oficina liquidadora una declaración de obra nueva, respecto a la construida por el propio declarante para sí mismo, a la escritura pública habría que apostillarla con la nota de no sujeción. Porque la declaración de obra nueva debe pagar, si no pagó, el contrato de construcción. Y como aquí no hubo «contrato de construcción», desaparece la finalidad asegurativa de la declaración de obra nueva.

No obstante, por vía indirecta dicho documento podría cumplir una importante función fiscal. Ya sabemos que están gravados los contratos de prestación de servicios personales que se refieran a actividades profesionales por tiempo limitado u *obra determinada*.

La escritura pública podrá servir, según esto, para investigar el impuesto correspondiente a los contratos de trabajo realizados por el constructor con los elementos técnicos o con los operarios, que estarán sujetos, si se concertaron en atención a la edificación o por un tiempo determinado, que comprendiese el de la obra realizada. Con posibilidad de recobrar la cuota, intereses y multas correspondientes a los actos que escaparon a una oportuna declaración fiscal.

EL CONTRATO DE OBRA Y LA LEY DEL CONTRATO DE TRABAJO

Ya hemos apuntado anteriormente la falta de discriminación entre las dos clases de arrendamientos a que conduce la mencionada Ley.

Sin embargo, sólo en una medida limitada se comprende en dicho texto el arrendamiento de obra, ya que para incluir tal modalidad en su ámbito exige la Ley que la obra se ejecute bajo dependencia ajena.

Por ello, aparte de lo ya dicho, la Ley nos brinda un nuevo argumento para afirmar la no sujeción de las construcciones que un empresario realiza para sí mismo, ya que, aunque sus operarios se hubiesen obligado para con él a realizar una obra, por las circunstancias de que prestan sus servicios bajo la dependencia de aquél, habría que reputar legalmente el contrato como de trabajo.

JOSÉ MENÉNDEZ
Registrador de la Propiedad.

Sobre garantía registral del pago en el legado de cosa ajena (*).

En la vigente Ley Hipotecaria, dispone el art. 42 que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondientes: ... séptimo: el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria».

Tal es el medio que se les reconoce, en la actualidad a los beneficiarios de legados para que puedan garantizar la efectividad de los mismos; es decir, que el legislador pone a su alcance un instrumento—la anotación preventiva—que pueden utilizar con la finalidad de que esa ventaja que la disposición testamentaria supone a su favor, se convierta en realidad, ya que de no tomarse precaución alguna a este respecto, pudiera suceder que por actuaciones del obligado a su pago, se defraudara el interés del legatario, convirtiendo en ilusorio el beneficio que le atribuye el legado.

Pero si esta razón que aconseja proteger el interés del legatario siempre se tuvo en cuenta, no siempre, por el contrario, se utilizó el mismo procedimiento para procurarle estas garantías, por lo que resulta de interés una referencia histórica, siquiera sea muy breve, que nos muestre los momentos más significativos de su evolución y los diferentes modos que en ellos previó el legislador para lograr esa finalidad.

(*) Estas consideraciones forman parte de un trabajo más extenso dedicado al estudio del cumplimiento del legado de cosa ajena.

En el Derecho Romano se le concedia al legatario, para garantía de su derecho, una hipoteca legal sobre todo lo que el gravado hubiera conseguido del patrimonio hereditario, tanto en el caso de eficacia real del legado como en el de eficacia meramente obligatoria. Se le imponía al gravado con la manda una prohibición legal de enajenar las cosas legadas, cuyo efecto era impedir que se adquirieran a través de la usucapión las cosas que se enajenaran contrariando esa prohibición; éstas eran las principales medidas que en orden a la garantía de los legados adoptaba el Derecho Romano; además de ellas se daba la *cautio legatorum servandorum causa*, una *missio in bona* para el caso de que el heredero no pudiera o no quisiera prestar dicha caución, y finalmente la llamada *missio antoniniana*, que completaban el cuadro de las garantías a que nos venimos refiriendo (1).

En nuestro Derecho la más característica manifestación en este sentido es la Ley 26 del título 13 de la Partida V, que establece una hipoteca legal tácita: «otrosí dezimos, que los bienes de cada uno que fiziese mandas en su testamento, que fincan obligados a aquellos a quienes hizo las mandas, fasta que sean pagados dellas».

Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1861, haciendo aplicación del criterio restrictivo que adopta frente a las hipotecas oculatas (2), sustituye esa hipoteca legal tácita que tradicionalmente garantizaba la efectividad de los legados, por una anotación preventiva, solución que se justifica, además de por las razones que impulsaron al legislador a restringir las hipotecas legales tácitas, por la consideración de que este nuevo procedimiento resulta más adecuado a la vista del carácter transitorio del peligro que se trataba de evitar (3).

(1) Puede verse una detallada exposición sobre esta materia en Gangi, *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, vol. II, Milano, 1948, pág. 293.

(2) Cfr. su Exposición de motivos.

(3) Cfr. Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, t. III, Barcelona, 19 , pág. 490. En contra de esta resolución se pronuncia Canales e Ibañez, que estima hubiera sido más sencillo y sobre todo más eficaz, en bien de los legatarios—en particular cuando no tuvieran noticia de sus legados, por ser menores, incapacitados, ausentes o por otro motivo—, «el de haber ordenado que el heredero no pudiera enajenar los bienes de la herencia hasta después de haber acreditado que habían sido satisfechos dichos legados o garantizados al menos por medio de hipotecas voluntarias constituidas de acuerdo con aquéllos» (*Legislación Hipotecaria Española*, Granada, 1875, pág. 510).

No obstante, el peligro que justifica la anotación preventiva que se concede a los legatarios, tal y como resulta expuesto en la aludida Exposición de motivos, es el de la posibilidad «de las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso a la memoria de su favorecedor», que tendrían como consecuencia la frustración de los beneficios a percibir por el legatario en razón de la manda establecida, por lo que se le protege mientras por otros medios más eficaces y directos no pueda obtener las mandas.

Es de tener en cuenta que en la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los diferentes tipos de legados y sus características, en orden a la protección de los mismos, se establecen tres clases de anotaciones preventivas: *a) las que pueden solicitar los legatarios de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos (art. 47 L. H.); b) las que se conceden a los legatarios de género o cantidad (art. 48 L. H.), y c) las atribuidas a los legatarios de rentas o pensiones periódicas, impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios sin declarar personal esta obligación (art. 88 L. H.).* Pues bien: a la vista de estos diferentes grupos y de las consecuencias diversas que tiene la anotación con arreglo a uno u otro (en cuanto al procedimiento, efectos, etc.), resulta de gran interés determinar con arreglo a qué normas deberá realizarse la anotación preventiva en el supuesto del legado de cosa ajena.

Ya hemos tenido ocasión de ver que el legado de cosa ajena se configura de dos formas distintas, correspondientes a las dos etapas o fases en que puede encontrarse a la hora de su cumplimiento. Efectivamente, en un primer momento, a raíz de la muerte del testador, al legatario corresponde un derecho de crédito, en cuya virtud puede exigir del heredero gravado que realice las gestiones encaminadas a la adquisición y entrega de la cosa legada, y no siéndole posible, la entrega de su justa estimación. En un segundo momento, que aparece una vez adquirida por el heredero la cosa ajena, surge para el heredero la obligación de entregar al legatario la misma cosa legada, que ya está en su poder como consecuencia de las gestiones que anteriormente ha realizado, y por ello sólo cumplirá el contenido del legado, entregando la cosa objeto del mismo, dando así satisfacción a la voluntad del testador y al derecho del legatario tal como resulta del testamento.

¿Qué consecuencias tendrán estas circunstancias en cuanto a las garantías que corresponden al legatario de cosa ajena, respecto a la efectividad de su legado.

No cabe la menor duda de que en tanto la cosa siga perteneciendo al tercero, resultará imposible realizar una anotación sobre la misma, porque, como dice Roca Sastre (4), ésta sólo puede recaer sobre bienes hereditarios, y en este sentido llevan razón los autores que niegan tal posibilidad o, a lo sumo, admiten la anotación cuando se trate de cosa propia del heredero o legatario que hubieran aceptado la herencia o legado (5), supuesto éste que no es del que aquí nos estamos ocupando.

Pero si bien no es practicable esta anotación preventiva sobre cosa ajena, en cambio sí resultará posible realizarla cuando la cosa legada haya sido adquirida por el heredero obligado a entregarla en virtud del mandato testamentario (6), ya que se darán las mismas circunstancias del supuesto de legado de cosa específica existente en la herencia, y, por consiguiente, el legatario podrá ser considerado como de bienes inmuebles determinados a los que se refiere el art. 47 de la Ley Hipotecaria, a los fines de concederle una especial anotación preventiva.

Frente a esta solución, considera Roca Sastre (7) que no puede admitirse esta demora en el derecho del legatario de cosa ajena para asegurar por medio de anotación preventiva la efectividad de la manda que le favorece, ya que en el tiempo que debe transcurrir hasta que el heredero adquiera la cosa legada, pudiera aquél resultar defraudado, y por ello se muestra partidario de concederle la anotación propia de los legados de género o cantidad. A esta misma conclusión llega algún otro autor que ha tratado del tema (8).

(4) Op. cit., pág. 494.

(5) Cfr. la cita de Gayoso, en Roca, op. cit., pág. 494.

(6) En este sentido, Muñoz Casillas, *Contestación a las preguntas de Derecho Hipotecario*, 1921, I, pág. 216. También Morell y Terry se expresa a este respecto: que «la anotación no puede tener lugar hasta tanto que se adquiera la finca o se realice esa aceptación. Si no es posible la adquisición, el legatario se convierte en legatario de cantidad» (*Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 917, III, pág. 137).

(7) Op. y loc. citados.

(8) Cfr. *Legislación hipotecaria*, de Campuzano, corregida por López Torres, Madrid, 1942, II pág. 17.

Me parece muy razonable la opinión expuesta. Efectivamente, debe proveerse al de cosa ajena, como a los demás legatarios, de un medio que le asegure la efectividad de su legado, y en consecuencia atribuirle la posibilidad de realizar una anotación preventiva sobre los bienes hereditarios, para de ese modo conseguir tal finalidad; las mismas razones que justifican la existencia de esa garantía para los demás legados, pueden ser aducidas para defender su aplicación en el supuesto del de cosa ajena, pues tan digno de protección es ante la Ley este legatario como los favorecidos con cualquier otro tipo de legado, ya que a los mismos peligros que ellos, se encuentra sometido en lo referente a la posible defraudación por parte del heredero gravado.

Por mi parte, no obstante, estimo que no se agotan las posibilidades de garantía del pago del legado de cosa ajena con la anotación preventiva, propia de los de género o cantidad; a mi entender, si bien éste es el cauce adecuado para lograrla en la primera fase del cumplimiento de este legado, es decir, que podrá utilizarse por el legatario desde que se produce la muerte del testador hasta que el heredero adquiere la cosa perteneciente a un extraño, esto no quiere decir que terminen con ello las posibles garantías para el pago de este legado; quiere decir que, una vez la cosa ajena esté nunca en el caudal hereditario, porque al no dero—por haberla adquirido del tercero titular de ella en cumplimiento del mandato del testador—, puede el legatario solicitar nueva anotación preventiva, ésta ya sobre la misma cosa legada que fué adquirida por el heredero, por lo que cabe una anotación del tipo de las que pueden darse sobre bienes inmuebles determinados, que se regulan en el art. 47 de la Ley Hipotecaria.

Se ha opuesto a esta clase de anotación, en el supuesto concreto que nos ocupa, la apreciación de que no resulta posible que la cosa objeto de la disposición testamentaria en poder del heredero proceder del patrimonio del causante no puede estar en su herencia (9).

Frente a esta objeción de Traviesas, se ha argumentado que realmente al adquirir el heredero la cosa ajena, ésta entra a formar parte del caudal hereditario, porque de él salieron los bienes

(9) Traviesas, *Legados*, en «Rev. Der. Priv.», XVIII (1931), pág. 182, nota 20.

utilizados para realizar la adquisición, produciéndose, pues, una subrogación real (10).

Verdaderamente debe considerarse admisible este tipo de anotación, y a ello no es obstáculo el argumento de Travicsas, ya que con independencia de la cuestión acerca de si la cosa ajena llega o no a entrar en el caudal hereditario una vez que la adquiere el heredero obligado al cumplimiento del legado, puede resolverse sobre la conveniencia y posibilidad de conceder una anotación preventiva en esa segunda fase del cumplimiento del legado de cosa ajena.

Unas simples consideraciones alrededor de la obligación que pesa sobre el heredero respecto al pago de este legado, dejarán sentada la conveniencia de admitir esta segunda anotación preventiva que va a recaer directamente sobre la cosa legada por el testador: no debe olvidarse que si bien la primera anotación de este legado, como de género o cantidad, cumple su misión de asegurar en todo caso al legatario la percepción del importe de la cosa ajena, que le será debido cuando al heredero no le sea posible realizar su adquisición a fin de hacerle entrega de ella, en cambio, resultará inadecuada por insuficiente una vez que se haya producido aquella adquisición; en efecto, llegado este momento, desaparece para el heredero la posibilidad de cumplir entregando la justa estimación: el objeto de su obligación, la prestación que debe, será ahora la cosa legada, que él adquirió del tercero que fuera su titular, y sólo cumplirá el legado mediante la entrega de la cosa misma; la obligación subsidiaria de entregar la justa estimación, que es a lo que alcanza la garantía proporcionada por la primera anotación, únicamente entrará en juego en el supuesto de imposibilidad de prestar la cosa *in natura*, supuesto ya descartado desde el instante en que el heredero dispone de la cosa.

Y si como consecuencia de lo expuesto la garantía que produce la anotación del legado de cosa ajena como de género o cantidad, pierde virtualidad porque no puede proporcionarle la seguridad del cumplimiento del legado de la misma forma a que tiene derecho, habrá de proveerse al legatario de un instrumento que le resulte eficaz a la hora de garantizar la percepción de la

(10) Esta es la solución propugnada por Roca Sastre, op. cit., pág. 494.

manda, tal como se había previsto por el testador—es decir, mediante la entrega por el heredero de la misma cosa legada—, y el procedimiento que mejor sirve a estos fines es permitir al legatario que establezca una anotación preventiva sobre la misma cosa legada; la anotación de su crédito, que pudo hacer con anterioridad, sólo le garantiza la justa estimación (11), pero no la entrega de la cosa legada, que es a lo que tiene derecho, y cuya adquisición puede asegurarse por medio de esta segunda anotación preventiva.

Concurre, además, en apoyo de la admisión de este sistema, el hecho de que se dan las mismas circunstancias que, según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a que antes aludía, justifica la necesidad de las anotaciones preventivas encaminadas a asegurar el pago de los legados; también aquí hay un legatario que de momento no puede reclamar la efectividad de su derecho—que es recibir la cosa legada—, y por ello debe instaurarse un medio para evitar que mientras llega el instante en que le sea posible hacerlo, pueda el heredero frustrar su legítimo derecho enajenando aquella cosa objeto del legado, que con anterioridad había adquirido del tercero propietario de ella; y al existir una misma razón de ser, deberá aplicarse un mismo procedimiento.

Conviene recalcar la trascendencia que para el derecho del legatario tiene la admisión de esta segunda anotación preventiva, sobre todo en lo que respecta a la enajenabilidad de los bienes anotados, con las importantes consecuencias prácticas que este hecho supone.

En efecto, mientras que las anotaciones de legados de género o cantidad—que será la que puede realizar el legatario de cosa ajena antes de que ésta sea adquirida por el heredero—atribuyen a sus titulares un verdadero derecho de realización de valor, semejante al de la hipoteca, pero con prelación limitada a los derechos adquiridos con posterioridad a la anotación (12), en cam-

(11) Con esta finalidad, y para resolver las posibles dudas acerca de la cantidad que ha de asegurarse con esta anotación preventiva, es conveniente hacer constar que debe tenerse en cuenta, lo referente a cuál sea la justa estimación de la cosa legada, ya que precisamente es esto lo que se asegura con tal procedimiento.

(12) Roca Sastre, *Derecho Hipotecario* cit., III, pág. 508.

bio, las de legados de cosa determinada inmueble propia del testador—ya la del legado de cosa ajena en la segunda fase de su cumplimiento, es decir, cuando ya la ha adquirido el heredero, que debe asimilársele como se acaba de exponer—, confiere al que la realiza a su favor una doble ventaja.

En primer lugar, la que supone la reserva del puesto registral a la inscripción definitiva, que podrá realizarse cuando se lleve a cabo el cumplimiento completo del legado (en cuyo caso el procedimiento a seguir es el de una simple conversión de la anotación en inscripción) (13); y

En segundo lugar, produce la consecuencia de cerrar el Registro, tal como se prevé en el art. 17 de la Ley Hipotecaria para las anotaciones por defectos subsanables del título o por imposibilidad del Registrador; y la doctrina reconoce la procedencia de tal solución, estimando Roca que en este caso tal poder de cierre es consecuencia lógica del cambio de titularidad que provoca esta anotación preventiva dentro de la temporalidad del asiento; y no porque implican por sí mismas prohibición de disponer, sino porque la relación básica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real, objeto de la anotación, y ello impide la posterior enajenación por parte del heredero (14).

Además, la posibilidad de esta doble anotación cumple otra función: como es sabido, la anotación preventiva de los legados de género o cantidad puede pedirse «sobre cualquiera bienes inmuebles de la herencia», siempre que no se trate de bienes inmuebles legados especialmente a otros (15), y sin que a ello sea obstáculo que los bienes ya estén anotados a favor de otros legatarios (16); pues bien: esta última circunstancia puede provocar que por razón de las cargas o bienes anotados, llegue la anotación, antes de extinguirse, a ser insuficiente para la seguridad del legado, y en este caso, aunque el legatario, al amparo del art. 87 de la Ley Hipotecaria, puede pedir que se constituya sobre otros bienes diferentes, si no los hay el derecho del legatario quedará in-

(13) De acuerdo con la regla 3.^a del art. 197 del Reglamento Hipotecario.

(14) Cfr. la obra citada, III, págs. 415 y sigs., el diferente efecto de la enajenación y gravamen de los bienes afectados por anotaciones preventivas de legado, según sean de género o cantidad o de cosa específica.

(15) Ley Hipotecaria, art. 48.

(16) Arts. 48 y 54 de la Ley Hipotecaria.

suficientemente protegido; de aquí que una solución sea anotar a su favor la cosa que del tercero adquirió el heredero, a fin de asegurar la efectividad de su legado, mientras que la entrega de la cosa ajena por el heredero o legatario gravado, autoriza a convertir la anotación en inscripción definitiva, de acuerdo con lo dispuesto por la regla 3.^º del art. 197 del Reglamento Hipotecario, de aplicación a este supuesto.

Creo que todas estas razones justifican sobradamente la admisión de esa duplicidad de anotaciones para las dos fases sucesivas del cumplimiento del legado de cosa ajena, por no existir consideración que se oponga a ello y ser medio el más eficaz de garantizar los derechos propios del beneficiario de un legado de este tipo.

BERNARDO MORENO QUESADA

Profesor adjunto de Derecho civil
en la Universidad de Granada.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

¿PUEDE INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO LA ESCRITURA DE VENTA DE UNA FINCA OTORGADA POR UN AUXILIAR DE DETERMINADA AGENCIA RECAUDATORIA A CONSECUENCIA DE UN EXPEDIENTE DE APREMIO TRAMITADO POR DÉBITOS CONTRIBUTIVOS DE RÚSTICA, A LOS QUE FUERON AGREGADOS OTROS DESCUBIERTOS DEL DEUDOR, QUIEN MANIFESTÓ, AL AUTORIZARSE LA ESCRITURA, QUE NO PODÍA OTORGAR LA TRANSMISIÓN DE LA FINCA EMBARGADA Y SUBASTADA, PUESTO QUE ÚNICAMENTE LE PERTENECÍA EL USUFRUCTO VITALICIO Y ERA LA NUDA PROPIEDAD DE OTRAS PERSONAS?

Resolución de 21 de marzo de 1958 («B. O.» de 4 de junio).

Seguido expediente de apremio por débitos de contribución contra doña J. M. C. Z., se procedió a vender en pública subasta una finca catastrada a su nombre que no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad, otorgándose la escritura el 29 de enero de 1952 en Alberique, ante el Notario don Alvaro Fernández Ránuo, por el Agente Recaudador de Contribuciones, don José Sáez Duart, a favor de don V. S. M. En dicha escritura consta que doña J. M. C. Z. manifestó que no podía «otorgar la venta de la finca embargada subastada, toda vez que a ella sólo le pertenece el usufructo vitalicio de la misma, según la titulación que obra en su poder», por cuyo motivo la otorgó el Agente ejecu-

tivo a favor del rematante, «en pleno y absoluto dominio», tal y como fué subastada.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, puso el Registrador la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura de venta otorgada por el Auxiliar de la Recaudación de Contribuciones de la zona de Alberique, don José Sáez Duart, en nombre y de oficio, por negativa de doña J. M. C. Z., se suspende su inscripción en cuanto al usufructo que a esta última dice corresponderle, por no constar previamente inscrito el dominio de la finca embargada a nombre de persona alguna, y se deniega en cuanto a la nuda propiedad, además de que por el defecto anterior, también con efectos suspensivos de la inscripción, por resultar del propio contexto y manifestaciones de la apremiada su limitado carácter de usufructuaria de la finca rematada y no resultar que el o los nudos propietarios hayan sido citados en el expediente de apremio para la defensa de sus derechos y alegaciones de sus excepciones, por lo cual resultan prácticamente despojados de sus atributos dominicales, aunque la apremiada sea civil y estatutariamente la obligada al pago de las contribuciones territoriales que pesan sobre la finca descrita, por lo que la presentada escritura sólo debió tener por objeto la venta del usufructo ostentado por la apremiada. Insubsanable este último defecto, no se toma anotación preventiva».

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

Que en supuestos como el contemplado, en que el disfrute de una finca corresponde a persona distinta del propietario, el Código Civil, al fijar las obligaciones del usufructuario en el artículo 504, y el Derecho fiscal, imponen el deber de satisfacer las contribuciones anuales y las que graven los frutos al usufructuario, sin que alcance tal obligación al nudo propietario, que ha de soportar la acción administrativa, dado el carácter de la contribución expresada.

Que las normas reguladoras del procedimiento administrativo de apremio contenidas en el Estatuto de Recaudación establecen

que los Agentes podrán acordar el embargo de inmuebles suficientes para el cobro de las contribuciones e impuestos y expedir los mandamientos correspondientes, a fin de que por el Registrador se extienda la anotación preventiva, cuando estuviesen inscritos a nombre del deudor, o se suspenda al aparecer las fincas inscritas a nombre de terceros poseedores, en cuyo caso, si éstos fuesen responsables, habrán de rectificarse los mandamientos, y cuando los bienes no estuvieren inscritos a favor de ninguno de los deudores deberán ser éstos requeridos en el plazo de tres días, señalado en el artículo 102, para la presentación de sus respectivos títulos de dominio, y no exhibiéndolos podrán los ejecutores adoptar las providencias necesarias para que continúe el procedimiento hasta su ultimación.

Que en caso como el que motiva este recurso, en el que se ha alegado sin justificarlo que la titularidad del inmueble embargado aparece dividida entre usufructuaria y nudo propietario, y en el que la finca resulta catastrada a nombre de la deudora, pero no se halla inscrita en los libros del Registro de la Propiedad, es necesario armonizar todos los intereses en juego para que sean debidamente ponderados, el derecho preeminente del Estado que no ha de ver paralizada su acción para el cobro de la contribución territorial por las posibles maniobras de un usufructuario que ni siquiera acreditó su cualidad en el momento oportuno, y la posición jurídica del nudo propietario, que podría ser privado de su derecho a consecuencia del expediente de apremio tramitado contra el usufructuario y del que acaso no tuvo conocimiento por no haber sido citado en forma.

Que de las formalidades del expediente reflejadas en la escritura aparece que con excepción de la citación hecha a la deudora para que compareciese a otorgar la escritura, las restantes notificaciones practicadas no consta que se hayan acomodado a los preceptos reglamentarios, aunque se empleen fórmulas de carácter general que pudieran dar lugar a entenderlo, y, por tanto, no resulta probado que, conforme al artículo 102 del mencionado Estatuto de Recaudación, se citara a la interesada a fin de que presentase el título de adquisición, y que al ser sólo usufructuaria se notificase el procedimiento al nudo propietario para su conocimiento, puesto que se enajenaba el pleno dominio de la finca.

Que en la calificación de la escritura objeto de este recurso el Registrador se ha limitado a cumplir las exigencias del principio de legalidad, toda vez que estos funcionarios, cuando examinen documentos administrativos y especialmente expedientes de apremio, se hallan facultados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento Hipotecario y constante doctrina de este Centro, para apreciar si se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento, y en consecuencia si quedan suficientemente garantizados los derechos de los interesados.

Se ratifica la Resolución de 5 de marzo de 1953. Y por su relación con el caso puede verse nuestra nota a la de 6 de octubre de 1947, pág. 49, año 1948, esta REVISTA.

ADJUDICADA UNA FINCA «EN VACÍO» — EN OPERACIONES TESTAMENTARIAS—A LA VIUDA DEL CAUSANTE, AL SOLO OBJETO DE QUE OTORGARA LA OPORTUNA ESCRITURA DE VENTA A DETERMINADA PERSONA A QUIEN SE LA TENÍA VENDIDA AQUÉL, QUIEN COBRÓ EL PRECIO EN SU TOTALIDAD, LA ADJUDICATARIA DIVIDIÓ MATERIALMENTE LA FINCA Y VENDIÓ LAS DOS RESULTANTES A DOS SEÑORES, NINGUNO DE LOS CUALES ERA LA PERSONA A QUIEN SEGÚN LA PARTICIÓN Y EL REGISTRO DEBÍA OTORGARSE LA VENTA; SOLICITÁNDOSE LA CANCELACIÓN DE LA «MENCIÓN», EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA, POR SI SE ESTIMASE NECESARIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA NUEVA ESCRITURA.— ¿NEGOCIO FIDUCIARIO? ¿MERO MANDATO DEL CONTADOR-PARTIDOR CON LA REPRESENTACIÓN QUE TENÍA DEL TESTADOR?; ES DECIR, ¿MANDATO TESTAMENTARIO?

Resolución de 12 de febrero de 1958 («B. O.» del 18 de abril).

Siquiera los hechos quedan virtualmente consignados en el encabezamiento, dada la trascendencia del recurso, los transcribimos a continuación, según constan en éste:

Doña M. R. F. adquirió por adjudicación en la partición de herencia de su esposo don J. B. F. P., una finca urbana sita en Morón. De la inscripción vigente en el Registro, cuya certificación

literal obra en el expediente, aparece que: «... en las operaciones testamentarias... ha sido adjudicada en vacío la finca de este número a la viuda doña M. R. F., de esta vecindad, al sólo objeto de que otorgue la oportuna escritura de venta a don A. B., a quien se la tenía vendida el causante, quien cobró el precio en su totalidad. Doña M. R. F. inscribe la finca de este número al objeto indicado»; por escritura otorgada ante el Notario de Morón don José Estepa Moyano, el 10 de abril de 1951, la citada señora dividió materialmente la finca y vendió las dos resultantes, una cochera y una casa, a don C. V. B. y don M. R. S., respectivamente, ninguno de los cuales era la persona a quien según la partición debía otorgarse la venta; y el Notario autorizante consignó en el documento que, en previsión de dificultades para la inscripción del título por dicho motivo, los otorgantes solicitaban la cancelación de la «mención», en virtud del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, si así se estimaba necesario para la inscripción de la nueva escritura.

Presentadas en el Registro dos primeras copias de la repetida escritura, fueron calificadas por sendas notas del tenor siguiente: «Suspendida la inscripción de la escritura precedente en los términos del artículo 103 del Reglamento Hipotecario por el defecto subsanable de que los actos de división y venta que verifica la titular de la inscripción con facultades de dominio, del que no es titular la señora otorgante, que sólo tiene el único de mandato testamentario para un solo objeto; la transmisión a otra persona de la finca. Y considerando innecesaria la cancelación de la mención del supuesto derecho, ni real ni personal, a favor de una persona nombrada en la precitada inscripción, no se hace la misma por interpretar en ese sentido tal petición. No se pide anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la meditada doctrina siguiente:

Que según aparece del asiento vigente, a doña M. R. F. se le adjudicó en la partición de herencia de su esposo la finca, «al sólo objeto de que otorgue la escritura de venta a don A. B.», a

quien la había vendido el causante y de quien había recibido el precio, por lo cual es necesario examinar el contenido y efectos de dicha adjudicación.

Que conforme al artículo 1.º, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y en su virtud, los Registradores, al calificar, deberán atenerse a lo que conste en los libros registrales, sin perjuicio de que los interesados puedan solventar entre sí o contender judicialmente sobre la validez o nulidad de los títulos y de las inscripciones.

Que centrado así el problema, es necesario decidir si procede cancelar, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, la que el Notario autorizante denomina «mención» en la escritura calificada, por la que se condiciona la actuación de la vendedora, y que si fuera excluida del Registro y relegada al ámbito puramente obligacional, no constituiría un obstáculo para la inscripción del documento.

Que la legislación hipotecaria vigente niega el acceso al Registro y ordena la cancelación si se hubiera reflejado en él, de los derechos personales no asegurados especialmente, menciones, pactos de naturaleza obligacional y demás estipulaciones que carezcan de trascendencia real, oscurezcan los asientos e introduzcan la confusión en los libros, y esas directrices, afirmadas por la jurisprudencia de este Centro, fueron puestas de relieve en la exposición de motivos de la última reforma hipotecaria y cristalizan en los artículos 98 de la Ley y 9, 51 (regla 6.º) y 355 de su Reglamento, que mediante diversos procedimientos imponen al Registrador el deber de velar por la pureza de las inscripciones.

Que aunque sean indudables las analogías que median entre la adjudicación de la finca hecha a la viuda con la finalidad de que cumpliera las obligaciones nacidas del contrato de compraventa celebrado por su marido y los denominados negocios fiduciarios, en los que cabe distinguir, según la técnica civil, un aspecto real y otro obligatorio y permiten que el adquirente pueda actuar desligándose de la confianza que le otorgó el fiduciante al poner en relación esta doctrina con sistemas legislativos como el nuestro, que se funda en la teoría del título y el modo y que sitúa el requisito causal entre los esenciales del contrato, no pa-

rece aconsejable autorizar la inscripción de la segunda enajenación, porque, adjudicada la finca sin haber incluido su valor en el caudal hereditario que se distribuyó entre los herederos, se alterarían profundamente, con perjuicio de éstos, los fundamentos del negocio particional si se permitiera que la viuda recibiese la contraprestación de la venta hecha a terceras personas y dejase incumplidas las obligaciones derivadas de la enajenación realizada por el causante, y, además, porque las limitadas facultades de que aparece investida en la adjudicación a su favor, reducen la posibilidad de que pueda disponer eficazmente de la cosa transmitida.

Es indeclinable, conforme ya apuntamos al final del encabezamiento, precisar las respectivas posturas del Notario y del Registrador, en la cuestión objeto del recurso, como preliminar de esta obligada nota.

Para el primero, la adjudicataria tenía, en efecto, un mandato, pero no testamentario, sino del contador-partidor, que *en nombre de los herederos del causante* (1) formalizó la partición de don J. B., título intervivos, cuyo mandato es irrelevante para terceros, por constituir el lado interno de un negocio fiduciario. Integrándose éstos, según la doctrina y la jurisprudencia, por dos, uno de disposición, contrato real positivo de transferencia plena del dominio o derecho de que se trate, otorgado por razón de confianza, y otro obligacional negativo, por el que, con meros efectos personales, se obliga el adquirente a no usar de la cosa o derecho transmitido, sino en interés del transferente, y a veces del transferente y de un tercero, resultado de la combinación de ambos es que el adquirente (fiduciario) pueda contravenir las instrucciones del transferente (fiduciante), siendo válida la enajenación y quedando a éste únicamente la acción de daños y perjuicios, ya que el pacto de fiducia es legalmente inoperante frente a terceros, y cabe su admisibilidad conforme a los arts. 1.255 del C. c., 2, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria (a más del 45), jurisprudencia del Supremo y de la Dirección, y doctrina.

(1) Es indudablemente correcta la subrayada expresión empleada por el recurrente. Y sin remover las teorías sobre la naturaleza del albaceazgo, la realidad es que *a alguien representa el partidor*; aquí, a los herederos, pues una cosa es que los represente y otra que sea su mandatario irrevocable.

Según el Registrador, el albacea-contador sólo pudo obrar con la representación que tenía del testador, y ello constituye un mandato testamentario y no una transmisión fiduciaria, por lo que no adquirió la adjudicataria facultades dominicales. Practicada la inscripción antes de la última reforma de la Ley Hipotecaria (con inexistencia, claro, del párrafo 4.^o del art. 20), eran usuales estos asientos cuando, ya hecha la partición, aparecían bienes vendidos o procedía la cancelación de algún derecho. En tales casos, los adjudicatarios no adquieran nada; únicamente son representantes con poder derivado de la sucesión. Y sin tener reparo alguno que oponer a la exposición que hace el recurrente sobre el negocio fiduciario, entiende que la doctrina de los mismos no es aplicable al caso debatido, ya que el derecho controvertido pasa directamente del causante al comprador sin solución de continuidad. La adjudicación *en vacío*—añade—para vender a persona cierta, no es negocio fiduciario, pues falta la reciproca prestación sinalagmática o contraprestación, porque no puede considerarse como tal la obligación de vender a otro, la cual no tiene carácter de deuda o causa de la adquisición; por tanto, esta adquisición en sí es un negocio abstracto, carente de esa fisonomía traslativa que se dibuja en los negocios fiduciarios típicos, como las adjudicaciones en o para pago de deudas (2).

¿Es idéntica la postura de nuestro Ilustre Centro a la del funcionario calificador, toda vez que ratifica su nota?

Prácticamente, sí; pero, soslayando afirmaciones, si por un lado (último considerando) reconoce la analogía que media entre la adjudicación hecha a la viuda con la finalidad de que cumpliera

(2) Dice Albaladejo—*La causa*, «Rev. de Der. Priv.», abril 1958, nota 20—que, según la Dirección—R. de 14-6-22 y especialmente la de 26-12-1946—, son negocios fiduciarios las adjudicaciones para pago de deudas. Para él no pueden ser así calificados, porque en ellas falta lo mismo la excedencia del medio sobre el fin (pues, ciertamente, se atribuye la propiedad al adjudicatario, pero con fin de liberarse—*solvendi causa*—de las obligaciones para cuyo pago se hace la adjudicación) que la *confianza especial* que caracteriza a los negocios fiduciarios (confianza que nivela la desigualdad entre medio utilizado y fin perseguido). Hay, ciertamente, una confianza en el adjudicatario (del que se piensa que verdaderamente aplicará lo recibido al pago de las deudas); pero también hay confianza de este tipo en otros muchos negocios que no son específicamente fiduciarios; así, la hay en el comodato y en el mutuo y en la compraventa (en la que se aplaza el pago o bien la entrega de la cosa), etc., etc., en todas las cuales se confía en el deudor.

En contra, por todos, ver Roca, pág. 93, t. III *Derecho Hipotecario*, edic. V.

las obligaciones nacidas del contrato de compraventa celebrado por su marido y los negocios fiduciarios, por otro (*in fine*, igual considerando), al hablar de las limitadas facultades de que aparece investida la misma en la adjudicación a su favor, parece inclinado a no ver en la inscripción practicada más que la expresión de una titularidad formal o de mandato dirigida a un fin escueto. Si a ello agregamos su alusión a la causa como fundamental del contrato en nuestra sistemática legislativa, y el entronque del posible negocio fiduciario del caso debatido con el particional, en el que no se incluyó el valor de la finca adjudicada, con las repercusiones para los coherederos por el incumplimiento de la viuda al otorgar una segunda enajenación, se comprenderán las sugerencias a que esta decisión se presta (3).

Como dice el profesor Garrigues (4), el silencio de nuestras Leyes frente al negocio fiduciario fué roto por algunos fallos de nuestro Tribunal Supremo, en los que se recogen de la vida real diversos casos de negocio fiduciario. Tales las sentencias de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 22 de mayo de 1953, 23 de febrero de 1951 y 3 de mayo de 1955.

Pero, como dice con exactitud el insigne mercantilista cita-

(3) Como dicen con exactitud los anotadores de *Enneccerus*, t. I-II, pág. 92, en todas las cuestiones que afectan a los negocios de disposición ofrece mayores dificultades, en Derecho español, la determinación de la naturaleza, causal o abstracta, de aquéllos, y complica la dificultad, no sólo que el legislador no haya sido plenamente consciente del deslinde entre los negocios obligatorios y los de disposición, sino también el *reflejo de la teoría del título y el modo*. La falta de claridad en estos aspectos trae consigo la incertidumbre que suscitan normas como las del art. 609, 2.^a (*por consecuencias de ciertos contratos mediante la tradición*). Dicho artículo—añaden—, aunque se interpretara en el sentido de exigencia de la causa (constituida por la validez del negocio obligatorio), no requiere que en la tradición se exprese el contrato obligatorio precedente. Que, sin embargo, parece ser la idea que inspira a nuestro Centro rector al poner en conexión la teoría del título y el modo con el requisito causal de los contratos.

Por otra parte, ¿cómo juega o se manifiesta esta teoría del título y el modo en las «adjudicaciones» (modo en el sentido de «maneras» de adquirir desde el Derecho romano hasta ahora). En su propio sentido, en los contratos y juicios divisorios bien pueden ser como negocios jurídicos en sí, *causales* (en pago de haberes, en pago de deudas, por asunción de obligaciones) o *fiduciarios* (en comisión para pago de deudas y éstas como la que ha motivado el recurso, puesto que la misma Dirección dice que tiene indudable analogía con los negocios fiduciarios).

(4) *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*. Madrid, 1955. (Puede verse en esta REVISTA, pág. 305, año 1955, una excelente reseña de la obra por Carlos María Brú.)

do (5), fué preocupación primordial de nuestro más alto Tribunal separar los negocios fiduciarios de los simulados, rectificando cuanto era necesario la identificación entre unos y otros sostenida por el Tribunal de instancia o por la parte recurrente. Mas nótese—continúa—que, después de afirmada la distinción entre negocio simulado y negocio fiduciario, y reconocido que estos últimos son negocios con causa, queda intacto el problema de *cuál sea esa causa* del negocio fiduciario, y justamente es éste el problema que tanto se ha discutido en la doctrina italiana, singularmente en los trabajos de Segré, Cariota-Ferrara y Grasseti.

A nosotros, más que el texto de Segré, que transcribe el docto maestro, nos ha impresionado lo escrito por Cariota al respecto (6), cuando dice «que si el simple fin de fiducia puede constituir causa bastante para justificar la conservación del efecto real del *negocio abstracto*, no puede decirse lo mismo en cuanto a los negocios causales; en éstos la causa no es un elemento extraño al negocio que por ella tiene lugar, sino que se convierte en elemento esencial y alma del propio negocio, y, por consiguiente, determina directamente la naturaleza de éste, sus límites y sus efectos, en plena correspondencia, en conformidad absoluta, con su propia índole. El fin de garantía o de administración, configurado como *causa fiduciae*, y que se refleja en una relación obligatoria, no puede ser causa idónea para la transferencia del derecho de propiedad, porque se tendría, en el ámbito del negocio, una disonancia íntima que lo convertiría en un negocio ambiguo, en un negocio en discrepancia consigo mismo, porque estaría en contraste con su causa, con la cual debe estar conexo e identificado».

¿Será por esto que parece admitir para nuestro Derecho el traductor y adaptador de Cariota-Ferrara, ilustre civilista don Manuel Albaladejo (7), por lo que nuestro Centro expresa «que no parece aconsejable esa segunda enajenación» que realiza en el caso examinado la supuesta fiduciaria?

Porque la realidad es que el problema de «cuál sea la causa» del negocio fiduciario no lo vemos superado.

(5) Pág. 24, ob. cit. precedentemente.

(6) *El negocio jurídico*. Madrid, 1956, págs. 201 y sigs.

(7) Pág. 201, ob. cit.; aunque en el trabajo antes meritado,—*La causa*—parece disentir de tal postura, como después se indica

Bonet Ramón (8) dice que nada obsta en nuestro ordenamiento a la validez del negocio fiduciario. El número de causas justificativas de los negocios traslativos no es, según nuestro Código, un *numerus clausus* limitado a las *causas credendi, donandi et solvendi*. Pueden añadirse otras, y entre ellas también la *causa fiduciae*, que en último término puede entenderse comprendida entre las *causas credendi*, porque confiarce es creer (9).

Para Navarro Martorell (10), «el negocio fiduciario complejo es un negocio normalmente causal, que consta de dos contratos: uno de transmisión real abstracto (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa) y otro obligatorio causal, en el que se expresa la causa de los tres—los dos simples y el complejo—, que es única, y denominada *causa fiduciae*».

Según Juan B. Jordano (11), el hecho de que la *causa fiduciae* sea autosuficiente, tiene la máxima trascendencia en nuestro ordenamiento—donde, según la opinión más autorizada, para los negocios traslativos rige el sistema de la *causa habilitante*—porque si no, el negocio fiduciario resultaría inadmisible, en faz del Derecho positivo español, ya que la abstracción procesal de la causa—única que permite el art. 1.277 del C. c.—requiere, en definitiva, su existencia y aptitud para el efecto pretendido (en este caso, para la transmisión de la propiedad).

De acuerdo con nuestra tesis—continúa—el negocio fiduciario sería admisible, por estar basado en una causa atípica, vecina de la *causae credendi* (*do ut reddas tantundem iusdem generis*), consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa—obligacional—del fiduciario de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa recibida con todos sus aumentos (*do ut reddas idem*), causa que es hábil para transmitir el dominio, por exigirlo así el especial propósito económico-social que ambas partes pretenden.

Roca dice concretamente (12) que en nuestro sistema los ne-

(8) Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1946, «Rev. de Der. Priv.» dicho año, pág. 196.

(9) Puede consultarse también el comentario del ilustre Profesor a la sentencia de 24 de mayo de 1944, en igual Revista, págs. 859 y sgs., de ese año.

(10) *La Propiedad Fiduciaria*, pág. 119. Barcelona, 1950.

(11) *Propiedad Fiduciaria y Negocio Fiduciario*, «Anuario de Derecho Civil», págs. 1258 y sgs., t. III, fasc. IV.

(12) *Derecho Hipotecario*, t. II, edic. V, pág. 226.

gocios fiduciarios son *causales*, pues el fin que con ellos buscan las partes (*scopo fiduciae*) tiene suficiente consistencia para constituir la *causa fiduciae*, fundamento de la transmisión operada.

Garrigues (13), después de escribir que es curioso observar que mientras la doctrina italiana, formada con la mentalidad del negocio causal como base de la contratación, se ha inclinado hacia la naturaleza abstracta del negocio fiduciario, en tanto que la alemana, a la que es familiar el concepto de negocio abstracto, ha visto certeramente que el negocio fiduciario tiene carácter causal y ha indicado hace tiempo cuál puede ser la causa de este negocio; Garrigues—repetimos—dice que no falta en nuestro Código civil una base para reconocer en el propio artículo 1.274 la causa propia de los negocios jurídicos, en las que la prestación se justifica por la adquisición de un derecho y no por la extinción de una obligación (*causa solvendi*), ni por el enriquecimiento del otro contratante (*causa donandi*). Según el artículo citado—añade—, la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos. Este servicio consistiría, en nuestro caso, en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho, conforme a las instrucciones del fiduciante, y de restituirlas de acuerdo con sus instrucciones. La *causa fiduciae*, identificada con la finalidad de mandato o de garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario.

El citado Jordano, en otro lugar (14), después de destacar la especial fisonomía del *scopus fiduciae*, que es atípico, en el sentido de que no corresponde a ningún tipo de negocio contemplado por el ordenamiento jurídico, señala que el negocio fiduciario moderno es relativamente abstracto o causal...

Para Albadalejo (15) la tesis acertada es la validez del negocio fiduciario, apoyada en la validez de la atribución fiduciaria, como atribución causal, cuya causa es la *causa fiduciae*. La basa principalmente en que el fiduciante—que con su *animus donandi* justificaría el traspaso del derecho, *causa donandi*—puede, sin duda

(13) Ob. cit., págs. 28 y 29.

(14) *Sobre el negocio fiduciario*, «Anuario de Derecho Civil», t. III, fasc. I, pág. 344. Puede verse, del mismo autor, en «Rev. de Der. Priv.», marzo 1958. *El negocio fiduciario* (Introducción).

(15) Trab. cit., pág. 328.

—a tenor de la libertad que el art. 1.255 le concede—, situarse en una posición *de riesgo*—de que su confianza se vea defraudada—que, en todo caso, le es menos gravosa que el desprenderse del derecho liberalmente. Las obligaciones que a favor del fiduciante contrae el fiduciario, reforzadas por el *animus fiduciae* de aquél, constituyen la *causa fiduciae*, causa bastante para fundamentar la atribución al fiduciario del derecho admitido.

¿Pero no parece—diríamos nosotros—que estos negocios están a mitad de camino—valga la expresión—de los dos fundamentales, abstractos y causales? Requieren causa—*causa fiduciae*—. Pero como requisito de perfección, que luego, ulteriormente, se diría esfumarse hasta el punto que el negocio, en sus efectos, se *desenvuelve* poco menos que como los abstractos. Incluso la acción del fiduciante puede estimarse que tenga mucho que ver con la del enriquecimiento sin causa o *condictio* (cfr. anotadores de *Ennecerus*, lugar nota 2, y Roca (16).)

Y acaso por esto sea por qué la doctrina italiana se incline a considerar el negocio fiduciario como abstracto, en tanto que la alemana—por su punto de honor de sostener la pureza de éste—lo haya dibujado como causal.

Tiene, pues, razón, Roca Sastre cuando dice (16 bis) que, puesto a reformar el legislador (en 1909) el art. 45 de la Ley, debía haber abarcado el problema íntegro de la repercusión que el pacto fiduciario puede tener en la transmisión de dominio operada. Consecuencia de ello es la posibilidad de que en la adjudicación se *reglamenten* los poderes dispositivos del adjudicatario, en cuyo caso a ello deberá *atenerse*. De ahí la resolución de 17 de octubre de 1919, citada en sus *Vistos por la Dirección*, que alude al supuesto de que se limite la transferencia, con la obligación de rendir cuentas, devolver el exceso, *enajenar a persona determinada* u otra restricción análoga, en el que sin duda encuentra apoyo para decir ahora «que las limitadas facultades de que aparece investida (la viuda) en la adjudicación a su favor, reduce la posibilidad de que pueda disponer eficazmente de la cosa transmitida» (*in fine*, último considerando).

Por otra parte, la paridad—casi más que analogía—de la rea-

(16 y 16 bis) *Derecho Hipotecario*, t. III, 1954, págs. 107 111 y 112, respectivamente.

lidad del caso con el apartado 1.^o del párrafo 5.^o del art. 20 de la Ley Hipotecaria (ratificación por los herederos de contratos privados otorgados por el causante) induce a que no se extralimite lo *querido* estrictamente por todos éstos—la venta a persona determinada—en el acto particional, pues ello alteraría—dice asimismo la Dirección—profundamente, en su perjuicio, los fundamentos del negocio.

Resumiendo cuanto va dicho, ello es, que, como señala Ortega Pardo (17), al tratar de separar el negocio indirecto del fiduciario (18), examinadas las diversas opiniones sobre este último de los autores, para unos es abstracto, otros le califican de causal simulado, en tanto el resto lo considera causal, con adición de estipulaciones o atípico. Todo lo cual revela lo difícil que se presentará en múltiples casos ver con nitidez «cuál sea la causa del negocio fiduciario» para poder superar el problema de su validez en nuestro sistema causal, como arriba indicamos, y que en el presente, quizás pensando en su atipicidad (19), abordó con fino tacto jurídico el Notario recurrente, inducido, además, sin duda por un fin práctico inmediato: que la finca, ya dividida, constase registralmente a favor de sus actuales propietarios.

Ahora nos toca esperar la repercusión de la decisión de nuestro ilustrado Centro en nuestra cotidiana función y ver cómo de nuevo haya de plantearse el problema.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

(17) *Donaciones indirectas*, págs. 926 y 928, «Anuario Derecho Civil», t. II, fasc. III.

(18) En la doctrina española—dice en nota de la pág. 926, trab. cit., expresado por Ortega Pardo—Hernández Gil y Castán se inclinan a encuadrar dentro del indirecto al negocio fiduciario; véanse del primero su Comentario a la sentencia de 25 de mayo 1944, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 1954, págs. 700-701; y de Castán, *Derecho Civil (Registros)*, 3.^a edic., v. I, apéndice, 1945, págs. 155-161.

(19) O *Atipicidad de la causa*, según Garrigues, pág. 44, ob. cit.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—*Propiedad.*

SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1958.—*Arrendamiento de minas. Aplicación del Derecho común. Necesidad de tiempo limitado en el arrendamiento. Requisitos de la consignación.*

Aun cuando es cierto que la propiedad minera revista una especial modalidad, ya que la mina no nace hasta que el Estado otorga su concesión, siendo él quien determina los medios de adquirirle y ordena su aprovechamiento, y el que establece garantías para su subsistencia, lo que requiere la necesidad de una legislación de índole administrativa, una vez creada la citada propiedad ya puede ser objeto de transmisiones y convenciones jurídicas, cayendo su reguación dentro de la esfera del Derecho Civil. Si bien en los tiempos modernos es menor la intervención estatal en la explotación del subsuelo, siguiendo la línea trazada con posterioridad al Derecho clásico, que atribuía su propiedad a la Corona—Ordenanzas de Felipe II de 22 de agosto de 1584—, ante el imperio de la legislación actual, una vez obtenida la concesión, pueden los propietarios dar en arrendamiento las minas, como lo realizaron los ahora demandados, por contrato privado de 27 de octubre de 1941, con el sólo requisito de obtener la autorización del Ministerio de Industria—art. 6 de la Ley de 7 de junio de 1938, aplicable a la sazón, precepto modificado por las disposiciones hoy vigentes: Ley de 19 de julio de 1944 y Reglamento de 9 de agosto de 1946—, al exigir—art. 119 de ésta, derivado de las normas transitorias, arts. 70 y 211—que el convenio tenga lugar por instrumento público, pero reconociendo, como aquélla, que todo yacimiento minero puede ser susceptible de aprovechamiento directo por el dueño de la con-

cesión o ser cedido en venta, cesión, arriendo, subarriendo, gravámenes o cualquier otra forma de transmisión por actos intervivos a favor de españoles, exigiendo tan sólo para su efectividad la autorización ministerial, debiendo sujetarse, tanto los arrendadores como los arrendatarios, a los preceptos generales del Código Civil contenidos en el título 6.^o de su Libro 4.^o, cuando se produzcan diferencias que haya necesidad de decidir, doctrina aceptada por el Tribunal Supremo al conocer la jurisprudencia varias de las cuestiones suscitadas sobre derechos de unos y obligaciones de otros. Ha declarado la sentencia de 25 de noviembre de 1905 que los contratos sobre minas que se entregan a tercero para su explotación revisten los caracteres de un verdadero arrendamiento, con todas sus consecuencias, y esto se sostiene en la de 29 de noviembre de 1915, aun cuando se pacte que el precio consiste en una parte alicuota del mineral extraído. Como de modo expreso se indica en el art. 1.543 que el goce y uso de una cosa que se cede ha de revestir la condición precisa de estar determinada en cuanto al tiempo y en la cláusula 1.^a del contrato privado, cuya elevación a escritura pública se pretende, la prórroga que establece se extiende indefinidamente, a voluntad del arrendatario, esta nota de perpetuidad, opresora por su ilicitante duración, según la sentencia de este Tribunal de 15 de febrero de 1923, y que vulnera el art. 1.255 del Código sustantivo, por ser contraria a la Ley no puede preverse, como acertadamente y en forma atinada se expresa por la Sala sentenciadora, ya que ello equivaldría a quedar la validez, eficacia y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, con infracción también del art. 1.256, criterio éste que está corroborado por la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1924.

Disponiendo el art. 1.177 del Código Civil que toda consignación, para ser eficaz, ha de ajustarse de modo estricto a las disposiciones que regulan el pago, y el 1.157 que no aprovechará éste sino cuando se entregue completamente, sin condición ni reserva alguna, siendo tal forma la única que libera y extingue la obligación que presupone, al no haber sido éste así efectuado a los arrendadores respecto a la renta adeudada y ser la consignación verificada con la salvedad de que al ser ofrecida la cantidad fueran los demandados requeridos para otorgar en escritura pública el contrato de arrendamiento a que responde la indicada suma, ingresándose, de no acceder, la suma entregada en la Caja de Depósitos, es visto que tanto el ofrecimiento como la consignación no han estado ajustados a las reglas establecidas en los artículos 1.176 a 1.178 del Código Civil; y al declarar la Sala sentenciadora que ha sido mal efectuada, ha obrado rectamente.

Es frecuente que la explotación de las minas se realice por medio del llamado contrato de arrendamiento, según el cual el arrendatario explota la mina, hace suyos los beneficios y paga al arrendador una parte alicuota de los minerales o de los beneficios obtenidos; y es frecuente también el contrato de subarriendo. Suelen suceder que cuando surge un litigio se alega que dicha convención no es un arrendamiento, pues la mina, al explotarse o trabajarse, se consume, y por ello se sobreponen las facultades de goce o uso propias del arrendamiento. El argumento, como se ve, no carece de razón; pero es lo cierto que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, antes y después del Código Civil, ha venido sosteniendo reiteradamente la naturaliza arrendaticia de la convención expresada. No se ha querido articular nunca o dar vida, que sepamos, a un tipo especial de contrato, que le sería más propio.

La legislación especial vigente se limita a aludir en diferentes ocasiones a los arrendamientos, sin referirse a su naturaleza ni a su contenido, dando por supuesto, sin duda, que ello es materia de la legislación común.

A nuestro modesto entender, urge una reglamentación moderna y práctica de las condiciones jurídicas referentes a la explotación minera; la libertad de arrendar y, sobre todo, de subarrendar ha dado lugar a que florezca una serie de intermediarios perjudiciales para la economía en general, para los que verdaderamente trabajan las minas y los escoriales o escombreras y aun para los mismos propietarios.

III.—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1958.—*Condiciones de la acción pauliana.*

Establecida la acción rescisoria, nacida de la pauliana, con la finalidad de garantizar el exacto y debido cumplimiento de los actos jurídicos en general, y la de evitar que en la contratación se pueda originar, derivada de nueva obligación efectuada, la defraudación, *consilium fraudis*, el perjuicio de algún legítimo acreedor, ante la eventualidad de no cobrar lo que se le adeuda, consigna el Código Civil, en su art. 1.111, el derecho que asiste a todo acreedor para ejercitarse aquella acción e impugnar los actos que los deudores realicen en fraude de su derecho, sin que sea necesario, cual dice la sentencia de 28 de junio de 1912, que acremente su total insolvencia. En méritos de este derecho y previa la práctica de tal acción, el art. 1.291, al enumerar los contratos que son rescindidos, concede, en su número 3.º, que pueda darse lugar a su invalidez a los que aparezcan celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe; precepto que hay que relacionar, tanto con el 1.294—determinante de su procedencia cuando el perjudicado carece de todo otro medio legal para obtener la reparación de su crédito, lo que ocurre (sentencia de 20 de marzo de 1908) cuando justifica que no puede por diferente manera conseguir el pago de su crédito— como con el 1.297, al estatuir presunciones *juris tantum* en beneficio de acreedores posiblemente perjudicados, cuando el deudor enajenase bienes a título gratuito, y también en las afectadas a título oneroso, si hubiera sido aquél previamente condenado en cualquier instancia, o en su contra se hubiera expedido mandamiento de embargo.

Concurriendo en el caso discutido aquellas condiciones que para el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria fijaba la doctrina contenida, tanto en el Derecho moderno como en el Derecho Romano, referidas a la existencia de un crédito de fecha anterior a la de la enajenación, sea vencido, según unos, o sin vencer, según otros, un deudor doloso que conozca que después de realizado el contrato no le quedan bienes bastantes para satisfacer sus compromisos a un tercer adquirente que no lo sea de buena fe, pues si lo fuera no procedería la rescisión, según el art. 1.295, párrafo 2.º, condiciones éstas que la jurisprudencia admite y ha desarrollado más ampliamente, respetando su esencia, es visto que al quedar demostrado el primer y tercer extremos y resultar, en cuanto al segundo, que, sea cual fuera la tasación que de las cosas embargadas hizo el perito, la realidad, con su fuerza dominadora e imperativa, ha justificado que, al no haber habido licitadores en

la primera subasta y tener en la segunda que ser anunciada con la rebaja del 25 por 100 y quedar reducido el valor de las cosas a 1.290.750 pesetas, cifra ésta inferior al importe de las dos hipotecas que sobre ella pesan, resulta obligado concluir que es insuficiente su valor para que el acreedor recurrido pueda hacer efectivo su crédito; y al entenderlo así el Tribunal *a quo*, ha obrado acertada y correctamente.

SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1958.—*La Ley en el tiempo. Derecho intertemporal. Derogación. Rango de la que deroga.*

Con motivo de debatirse si una Orden ministerial quedó derogada una vez transcurrido el término de vigencia contenido en la misma, se expone en esta sentencia una verdadera lección sobre vigencia de las normas que transcribimos a continuación.

Toda disposición jurídica puede ser modificada o derogada por nuevas disposiciones, como consecuencia necesaria de la esencia del Derecho, pues si éste se basa, presupuesto el factor racional, en la voluntad de la entidad soberana, ha de tener ésta la posibilidad de cambiarlo en cualquier momento, no obligando, por tanto, al legislador las prohibiciones de modificar la Ley, ya para siempre ya por cierto tiempo, si bien, en cambio, cabe perfectamente que se proscriban para la modificación o derogación determinados requisitos, puesto que el Derecho regula la forma de la legislación.

La modificación o derogación ha de ser hecha por una norma que no tenga rango inferior al de la derogada, porque su eficacia está así condicionada, reconociendo el art. 23 del texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior, agregando el art. 30 del propio texto que las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas.

En general, la eficacia de la Ley en el tiempo sólo está subordinada al hecho de que no sea emitida una nueva Ley que expresamente (con una explícita declaración concreta o con una fórmula general) o tácitamente (con la promulgación de disposiciones opuestas o distintas de la antigua, o bien con una regulación completa de la materia) declare que la vieja Ley ya no tiene vigor en todo o en parte.

Excepcionalmente, un acto legislativo puede perder su eficacia sin necesidad de la promulgación de una nueva ley, como sucede en el caso de leyes temporales, las cuales tienen fijado un término de manera explícita o implícita (en cuanto al término, es deducible de la naturaleza misma de la norma, preordenada a un fin no permanente o duradero, sino transitorio o provisional), que constituye el hecho que conduce a la derogación de la ley, pues al llegar a ser el objeto materialmente imposible, tiene por consecuencia el fin de la ley, independientemente de toda disposición de derecho positivo.

Como ha declarado esta Sala en su sentencia de 30 de agosto de 1924, las leyes pierden su fuerza obligatoria, según el art. 5.^o del Código Civil, por la derogación que se hace por otra ley posterior, lo que se puede ejecutar en cualquiera de estas formas: expresa, clásicamente derogación, cuando se determina de un modo concreto la ley o disposición dejada sin efecto o en

absoluto e indeterminadamente se consigne en la nueva ley que se extiende a las que a la misma se opongan, sin citarles; y tácita, que el Derecho antiguo llamaba abrogación, si la ley o disposiciones posteriores contradicen la anterior, cuyos preceptos, sistema y criterio que la informaban rechaza el nuevo texto, siendo ambas formas igualmente eficaces para invalidar la ley anterior, porque las dos revelan voluntad y mandato del legislador, «maestro de Derecho y de Justicia», que decía la Novísima Recopilación.

Como acertadamente afirma el juzgador de instancia, no puede mantenerse en forma alguna la tesis de la parte demandada de que si la Orden de 4 de agosto de 1951 deroga expresamente la de 25 de mayo de 1946, hasta esta fecha se ha encontrado vigente: Primero. Porque la tasa señalada en la mencionada Orden de 25 de mayo de 1946 era sólo y exclusivamente para regir en la campaña chacinería de 1946-1947, dando cumplimiento a lo señalado en el art. 9.^o de la Orden de 25 de diciembre de 1945, que tanto quiere decir como que, terminada la misma, acababa su vigencia. Segundo. Porque la Circular de 11 de diciembre de 1947, que reguló la campaña 1947-1948 tuvo que fijar en su art. 19, como precios en vivo y canal, los de la Orden de 25 de mayo de 1946, lo que hubiese tenido que hacer si su vigencia no hubiese estado señalada para la anterior temporada. Tercero. Porque al dictarse por la Circular núm. 668, de 3 de abril de 1948, las normas que habían de regular el servicio de carnes, cueros y derivados, en su art. 8.^o se establece la libre compra del ganado de vida para abastos, con libertad absoluta de precio, siempre que permitiera ceder las reses a los precios establecidos para el kilo en canal, y esta libertad huebla si aún subsistiese la tasa que se fija. Cuarto. Porque en las distintas Circulares de 31 de julio de 1948, 25 de agosto de 1949 y 2 de agosto de 1950, reguladoras de las campañas chacineras de 1948-1949, 1949-1950 y 1950-1951, se hace referencia sólo y exclusivamente a la Circular núm. 668, de 3 de abril de 1948 —libre contratación,—, sin que en ellas se mencione para nada la tasa fijada en la Orden de 25 de mayo de 1946, lo que ciertamente no tenían por qué hacer, ya que se trataba de una ley temporal, cuyos precios fueron prorrogados por otro año de forma expresa, o sea los mismos terminaron al finalizar la campaña de 1947-1948. Quinto. Porque otra interpretación conduciría al absurdo de mantener invariable el precio de kilo en vivo, y, por el contrario, el de canal llega a elevarse sucesivamente desde 11 a 19,50 pesetas kilo. Sexto. Porque a esta misma conclusión negativa de su exigencia llegan los organismos competentes, según informes que obran unidos a los autos, uno de los cuales, como contestación a la petición demandada de que fijara el precio que correspondía al ganado vendido—el de la Orden de 1946, el de la Circular de 1950 o el de la de 250 pesetas arroba—señala el art. 8.^o de la repetida Circular núm. 668, de 3 de abril de 1948 (considerando cuarto del Juzgado, aceptado por la Audiencia).

Esto sentado, carece de toda base el motivo único del recurso, que al amparo de lo dispuesto en el núm. 1.^o del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los arts. 5.^o y 1.275 del Código Civil, en relación con las Ordenes del Ministerio de Agricultura de 25 de mayo de 1946 y 14 de agosto de 1951, por admitir la sentencia recurrida una causa contractual ilícita contraria a las normas vigentes en el momento de otorgarse el contrato; violación inexistente, pues la alegada Orden de 14 de agosto de 1951 sólo, a mayor abundamiento, derogó expresamente la de 25 de mayo de 1946, que, como disposición temporal, se extinguía definitivamente debido a una causa interna, cual fué el cumplimiento del plazo que

tenía de vigencia. Debe hacerse constar que, a tenor del art. 4.^o de la Ley de 24 de junio de 1941, la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes es el organismo competente para declarar la libertad o intervención en la contratación, circulación o consumo de los artículos a los que se extiende su competencia, por lo que sus Circulares en esta materia no son de rango inferior a las Ordenes reguladoras del precio de las subsistencias y primeras materias, aunque ello sea indiferente en el caso de autos.

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1958.—Parte legítima para obtener testimonios notariales. Actos nulos. Daños y perjuicios morales y materiales por denuncia referente al impuesto de Derechos Reales.

Son antecedentes de esta sentencia los que siguen:

Don F. demandó en juicio declarativo de mayor cuantía a don G., alegando, en resumen, que éste presentó al Notario dos documentos privados para que los testimoniase. Una vez obtenidos los testimonios, don G. los presentó en la Abogacía del Estado, denunciando los contratos que figuraban en los documentos privados testimoniados, por los cuales no se habían pagado los impuestos de Derechos Reales y Timbre. Se giraron las oportunas liquidaciones, y el actor solicitó se declarase la nulidad de dichos testimonios, por no ser parte legítima quien los pidió, y suplicó, además, se condenara al demandado a abonar los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se le habían causado por las liquidaciones giradas.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda y condenó en costas al actor. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado y condenó en las costas de la apelación al apelante, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, con condena de costas para el actor.

Los razonamientos de la sentencia del Tribunal Supremo son:

Que el art. 4.^o del Código Civil, al disponer que son nulos los actos ejercitados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordena su validez, sienta un principio de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino con carácter flexible, sin que quepa pensar que toda disconformidad cualquiera o toda omisión de formas legales que puedan ser accidentales con relación al acto de que se trata, haya de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, sobre todo cuando existe una legislación especial que regula la materia, la cual es respetada y confirmada por el art. 1.217 del Código Civil, al disponer que los documentos en que interviene Notario público se regirán por la legislación notarial.

Que declara nulos los instrumentos públicos el art. 27 de la Ley del Notariado, apartado 3.^o, cuando el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes o no supla esta diligencia en la forma establecida en el art. 23 de dicha Ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes o testigos; y del contexto del referido precepto se desprende con claridad que no es aplicable a los testimonios notariales de documentos privados, donde sólo intervienen el exhibiente del documento y el Notario, sin testigos de conocimiento, ni más firma que la del depositario de la fe pública.

Que las copias libradas por los Notarios son de distinta naturaleza: así, se distinguen las primeras de las segundas y posteriores, totales y parciales y las extendidas en virtud de mandamiento judicial, y al referirse concretamente a los testimonios que pueden expedir los Notarios de documentos que

no sean públicos, el art. 144 del Reglamento expresa que tiene como delimitación, en orden al contenido, la que el Reglamento los asigne, y el 241 ordena que en el pie o suscripción de la copia se hará constar, además, las circunstancias expresadas en los arts. 238 y 244, su correspondencia con el protocolo, la persona a cuya instancia se libre y, en su caso, el fundamento de su interés legítimo, por lo que, dado el contexto de esta norma en relación con los dos últimos preceptos mencionados, aparece dictada para las primeras, segundas o posteriores copias, o libradas por mandamiento judicial, y aluden a las escrituras propiamente dichas, y, por consiguiente, carece de aplicación para los testimonios. Mas aunque se estimara lo contrario, el interés legítimo del exhibente del documento está acreditado de manera suficiente al decir el Notario que los libra a instancia legítima, lo cual acredita que conocía a la persona que hacia la petición y su interés, calificación que hace en uso de sus facultades, y si no se consignó el nombre de la persona que interesaba la copia, ello lo más que podría constituir sería una infracción reglamentaria, que no integra base para la nulidad de los documentos.

Que facilita el art. 25 del Reglamento a los Notarios para expedir, en relación o copia total o parcial, testimonio de los documentos que no sean auténticos autorizados por ellos o sus antecesores y estén anexos a matrices o se les presenten por los interesados, y concluye expresando que en los testimonios se observarán las reglas de las copias; de donde se desprende que este precepto por sí solo carece de eficacia cuando no viene corroborado con otros que de modo concreto señalen los requisitos necesarios que han de observarse.

Que al referirse el art. 224 del Reglamento notarial a las copias, consigna que las pueden obtener los otorgantes, según el art. 17 de la Ley, alude a las de escrituras-matrizes, a las primeras y al protocolo, y el propio sentido reviste al decir que en cualquier tiempo pueden obtener copias todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya directamente, ya adquirido por acto distinto a ellas, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento: con lo cual aparece que este precepto no guarda relación con los testimonios de documentos privados, y también que el interés lo califica el Notario a su prudente arbitrio.

Que el recurrente apoya el sexto motivo del recurso en la infracción del art. 1.902 del Código Civil, pero al desarrollarlo se fundamenta en que el demandado era mandatario en la operación a que se refieren los testimonios y plantea el problema de si el mandatario puede efectuar la denuncia o si, efectuada ésta, viene obligado a indemnizar los daños y perjuicios, y al efecto entra a examinar el Decreto de 6 de abril de 1951, que señala las obligaciones de los agentes de la Propiedad Urbana, que aquél dejó de cumplir; de lo cual se desprende que se aparta de la norma invocada, que se refiere a la culpa extracontractual, razón por la que se desestima este motivo.

IV.—*Sucesiones «mortis causa».*

SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1957.—Los bienes adquiridos con otros de un fideicomiso pertenecen a dicho fideicomiso.—Autoridad, a efectos de interpretación, de la compilación del Derecho Civil de Cataluña.

El problema jurídico traído a casación se reduce a determinar si el fideicomisario tiene derecho a exigir del fiduciario la entrega de la finca adquirida con dinero de la herencia fideicomitida por razón de subrogación real, o si por

el contrario carece de este derecho, debiendo imputarse a la Trebeliánica el crédito percibido que sirvió de base a la compraventa.

El Tr. S. resuelve: Que al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el motivo tercero la infracción, por violación, de los fragmentos 70-3, 71 y 72 del libro XXXI del *Digesto*: «Entre las cosas que debe restituir el fiduciario se comprenden las compradas con el precio de otros bienes enajenados, y al concurrir en el caso de autos los dos requisitos exigidos en el fragmento transcrita para que proceda la restitución al fideicomisario, es de estimar este motivo, ya que la cancelación de un crédito implica la propia enajenación de un bien.

Que, aun cuando carezcan por el momento de autoridad legal, si la tienen como interpretadora de los antecedentes jurídicos romanos, y deben ser tenidos en cuenta al aplicar reglas de derecho en materia foral, según ya tiene declarado este Tribunal—sentencias de 6 de julio de 1940, 23 de noviembre de 1955, 25 de marzo y 6 de julio de 1957—, las contenidas en el anteproyecto de la compilación de Derecho Civil especial de Cataluña de 1953, y ahora en el proyecto de la compilación de igual Derecho de 1955, y ello atendido, es de ver que el art. 324 de la primera de tales compilaciones dispone que «el heredero gravado de restitución debe hacerla de todos los bienes que haya recibido a título hereditario, y de aquellos que haya adquirido por compra de dinero procedente de la herencia fideicomitida, a no disponer otra cosa el testador, y salvo la deducción de la llamada cuarta Trebeliánica y de los demás derechos que le correspondan contra la herencia—art. 309 del Apéndice de 1930—; el art. 333 de la propia compilación preceptúa que «el fiduciario no puede enajenar los bienes sujetos a restitución si no se lo ha permitido el testador o sin el consentimiento del fideicomisario», y, por último, el art. 398 de la segunda de las citadas compilaciones, informa que, «en virtud de la aplicación del principio de subrogación real, deben entregarse al fideicomisario aquellos bienes que el fiduciario haya adquirido por compra con dinero procedente de la herencia fideicomitida».

Que esta es la doctrina establecida por el Derecho romano, cuando al tratar de la *petitio hereditatis* sienta la de que en la herencia se comprendan las cosas compradas con el dinero, y por causa de la misma (Ulpiano: la 20 pr. y párrafo 1. d), *De hereditatis petitione*, V. 3), cuya norma es de aplicación al fideicomiso, por cuanto sabido es que está establecido que con la acción fideicomisaria se consigue lo mismo que con la acción de petición de herencia.

Que igualmente se ha de dar lugar al motivo segundo, que, amparado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley Procesal Civil, denuncia la interpretación errónea y aplicación indebida del principio *in dubio contra fideicomisum* y la doctrina legal que se cita, pues según tiene declarado esta Sala en su sentencia de 8 de julio de 1929, las dudas entre la sustitución vulgar y fideicomisaria han de resolverse a favor de la primera como más favorable a la libertad de los bienes; pero en el caso de autos se trata de fideicomiso familiar *sine liberis decesserit*, por nadie discutido, siendo por ello errónea, y, contra la esencia del mismo, la interpretación que le ha dado la Sala sentenciadora.

P R O C E S A L

II.—*Jurisdicción contenciosa.*

SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1958.—Presunción de posesión a favor del titular inscrito a efectos del juicio de desahucio.—Se deben valorar los títulos posesorios en el juicio de desahucio.

Son declaraciones de interés, contenidas en esta sentencia, las siguientes:

Que, inscrito el dominio en el Registro de la Propiedad a nombre del actor, ostenta o tiene como titular registral la posesión real precisa para promover la demanda de desahucio por precario contra el demandado que actualmente ocupa la finca sin pagar merced o renta, después del previo requerimiento al desalojo, con un mes de antelación en acto conciliatorio, de conformidad con los artículos 1.564 y el núm. 3º del 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relacionados con el 38 de la L. H.

Que en el juicio sumario y especial de desahucio pueden los Tribunales, y deben hacerlo, valorar y comparar los títulos posesorios de ambas partes para otorgar la preeminencia en derecho al más fuerte, sin pronunciarse, no obstante, sobre el problema de su validez, propio del proceso ordinario.

BARTOLOMÉ MENCHÉN
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de septiembre de 1956.

LA AFECCIÓN DE CIERTA MAQUINARIA Y ELEMENTOS AUXILIARES, PROPIOS DE LA EMPRESA EJECUTORA DE LAS OBRAS DE UN PANTANO, CON OBJETO DE GARANTIZAR EL ANTICIPO SOLICITADO POR AQUÉLLA DEL MINISTERIO DE O. P., CON CONSTANCIA EN ESCRITURA PÚBLICA, ENCIERRA EL CONCEPTO «FIANZA».

La empresa constructora tenía montados y en funcionamiento los dichos elementos y los ofreció como garantía, sin limitación alguna, para responder del anticipo mencionado y de las certificaciones que a buena cuenta se expidiesen hasta la total terminación de la obra, comprometiéndose a no retirarlos hasta la terminación de las obras. Se otorgó la correspondiente escritura pública y se reseñaron en acta notarial la maquinaria y demás elementos.

Liquidado el acto como fianza, la empresa recurrió la liquidación y alegó el art. 44 del Reglamento de 1947, según el cual los actos no consignados en la Tarifa se considerarán no sujetos, y añadió que en el acta notarial no había comparecido la Administración para aceptar las garantías ofrecidas.

En primera instancia fué desestimado el recurso, por entender que el contenido de la escritura pública era constitutivo de una garantía pignoraticia expresamente comprendida en el núm. 10 del art. 5.^o y apartado 2) del 17 del aludido Reglamento.

El Central confirma y dice que, a tenor del art. 41 de dicho texto, el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato, cualquiera que sea la denominación dada por las partes y prescindiendo de los defectos formales o intrínsecos que afecten a su validez y eficacia, y de ahí que la declaración de voluntad contenida en el instrumento público aludido pone de manifiesto, de acuerdo con el art. 144 del Reglamento Notarial, la constitución, como negocio jurídico unilateral, de una fianza pignoraticia o Derecho real de prenda encuadrado en los arts. 1.857 y 1.863 del Código Civil, por estar en poder de la Administración las cosas pignoradas, sin que sea obstáculo a dicha posesión el hecho de que el dueño pueda usarlas como contratista; y en otro supuesto cabría considerar el negocio jurídico como prenda sin desplazamiento, conforme a los arts. 1.863 bis, y siguientes del mismo Código, vigentes a la fecha del documento, anterior a la de 16 de diciembre del mismo año 1954 sobre hipoteca inmobiliaria y prenda sin desplazamiento.

En cuanto a la unilateralidad del acto, es de notar—añade el Tribunal Central—que, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia, los Derechos reales sobre las cosas, incluso el de hipoteca, pueden constituirse por acto unilateral del dueño de los bienes de que se trate.

Por consiguiente, en la escritura antedicha, ya estén los bienes en poder del acreedor, ya en poder de su dueño, se constituye el Derecho real de prenda, con o sin desplazamiento, en favor del Estado, o sea, a efectos fiscales, una fianza pignoraticia gravada en el núm. 28 de la Tarifa y en el art. 17 del Reglamento de 1947. Con la añadidura, termina la resolución, de que el obligado al pago del impuesto es el constituyente de la fianza, no el Estado como adquirente del derecho, por aplicación del núm. 1.^o del art. 59 del repetido Reglamento.

Entendemos que el caso, dada su claridad, excusa el comentario.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de enero de 1957.

LA INSTITUCIÓN TESTAMENTARIA EN FAVOR DEL ALMA, ORDENANDO QUE LOS ALBACEAS, DESPUÉS DE CUMPLIDAS OTRAS DISPOSICIONES DE LA CAUSANTE, CONSTITUYAN EN DEPÓSITO LOS BIENES SOBRANTES A NOMBRE DE LA «SUCESIÓN DE DOÑA MANUELA SUÁREZ GONZÁLEZ»—QUE ERA LA TESTADORA—, Y QUE EL SEÑOR CURA DE LUARCA COBRE LAS RENTAS Y LAS INVIERTA POR MITAD EN LIMOSNAS Y EN MISAS, CON FACULTAD DE REALIZAR LA DISTRIBUCIÓN DE UNAS Y OTRAS, ENCIERRA UNA INSTITUCIÓN BENÉFICA EN CUANTO A LA MITAD DESTINADA A LIMOSNAS Y NO UNA HERENCIA O LEGADO EN FAVOR DEL ALMA; MIENTRAS QUE LA OTRA MITAD DEBE TRIBUTAR COMO HERENCIA A FAVOR DEL ALMA.

Antecedentes.—La citada señora falleció bajo testamento, en el que dispuso, entre otros particulares, la institución de heredero a favor de su alma, ordenando que sus albaceas solidarios, asumiendo la representación de la herencia indefinidamente y sin solución de continuidad, se incautaran de la herencia, la administrasen realizando cuantas gestiones sean necesarias, en juicio y fuera de él, para que sea respetada su voluntad en todo tiempo, y una vez hecho lo ordenado en otras cláusulas del testamento, constituyan en depósito los bienes sobrantes a nombre de la «Sucesión de doña Manuela Suárez González», siendo el encargado de cobrar las rentas e invertirlas en limosnas y misas por partes iguales, con expresa facultad de determinar la distribución de unas y otras, el cura párroco de Luarca.

La aludida institución hereditaria, cuya cuantía era de cierta consideración, fué liquidada a favor del alma de la testadora por el núm. 39 de la Tarifa, al tipo del 32 por 100, importando en números redondos 100.000 pesetas.

El albacea, no conforme con la liquidación, la recurrió alegando que aunque la testadora dispuso de sus bienes pensando, sin duda, en el beneficio de su alma, ello no quiere decir que ésta sea la heredera, puesto que lo que en realidad contiene la cláusula testamentaria es la fundación de una institución benéfica, y, por tanto, no es de aplicación al art. 747 del Código Civil, porque la testadora

expresamente dispuso lo que había de hacerse con los bienes, y tal destino no coincide con el previsto en ese precepto. Además, la calificación jurídico-fiscal no debe apoyarse en una frase más o menos afortunada, sino, por el contenido de la disposición testamentaria que ordena la constitución de una verdadera fundación benéfica, a la que deberá ser aplicado el tipo beneficioso que para las de esta naturaleza determina el número 9 de la Tarifa, en relación con el 29; o, en su defecto, en cuanto a la mitad destinada a los pobres, y gravando la otra mitad como legado en favor del alma, de acuerdo con el apartado 20 del art. 31 del Reglamento.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, entendiendo que la institución en favor del alma es indudable, y afirmando que, aun admitida la tesis del recurso, la fundación benéfica encargada de cumplir las disposiciones en favor del alma, no tendría el carácter de heredera, ni tampoco lo son los pobres que reciban las limosnas, ni los sacerdotes que celebren las misas; por todo lo cual, en conclusión, la heredera es el alma, y el tipo aplicable el del núm. 39 de la Tarifa.

Ante el Central, la representación del albaceazgo empezó por esgrimir una Orden del Ministerio de la Gobernación, posterior a la liquidación discutida, reconociendo y clasificando como fundación benéfico-particular de tipo seglar y de carácter puro, sometida al Protectorado, la fundación de limosnas dispuesta por la testadora, y asignándole como capital la mitad del remanente de su herencia.

La orden fundamenta su acuerdo diciendo que «en este caso, como en todas aquellas disposiciones de matiz acentuadamente caritativo, con sólo la existencia de tal sentimiento y designio, hay duda de que el alma del testador viene, por ese solo movimiento de ánimo, a quedar espiritualmente heredera, por recibir por esa sola iniciativa cuantiosos bienes espirituales, como lógica retribución a su actitud respecto de todos o parte de sus bienes, pero que asimismo es indudable que en este caso hay una disposición clara y concreta que a la luz de las normas administrativas vigentes del Real Decreto e Instrucción de 1899, constituye una típica fundación benéfico-particular».

El Tribunal Central empieza por referirse a los arts. 747 del Código Civil y 31, apartado 20, del Reglamento del Impuesto, de-

terminando el primero cómo han de distribuirse los bienes en los casos en que el testador disponga de ellos para sufragios y obras pías, y el segundo, que las instituciones o legados en favor del alma, hechos de modo general, sin adscribir su cumplimiento a determinado sacerdote o Comunidad religiosa, tributarán como la herencia en favor de descendientes legítimos del segundo grado y posteriores, núm. 30 de la Tarifa, siempre que al solicitarse la liquidación se justifique la entrega al Ordinario de la Diócesis de los bienes objeto de la institución o legado, y agregando que cuando no concurran estos requisitos tributarán con arreglo a la escala del núm. 39 de la Tarifa.

Esto supuesto, añade que la norma del art. 747, cual lo acredita su redacción, es meramente supletoria y solamente aplicable cuando el testador no especifique la aplicación que haya de darse a los bienes en que instituye heredera a su alma, cosa que no ocurre en la ordenación testamentaria de la causante de que se trata, en la cual esa especificación es cabal.

Analiza a continuación el contenido del apartado 20 del art. 31, en relación con el texto de la institución testamentaria y deduce que las previsiones de ésta no encajan en las de aquel apartado, puesto que ni se prevé ni se acredita la entrega de bienes al Ordinario diocesano, y por ello, desde este punto de vista, habría que aplicar lo previsto en el último inciso del mencionado apartado 20, en cuanto a la totalidad de los bienes comprendidos en la institución hereditaria, o sea el núm. 39 de la Tarifa.

Pero como al mismo tiempo resulta que la testadora dispuso del remanente de sus bienes en consideración a su alma, y erigió con él un patrimonio permanente con el nombre de «Sucesión de Doña Manuela Suárez Gómez», regido y administrado por el órgano constituido al efecto, con la misión de invertir por mitad tal patrimonio en limosnas y en misas, es claro que creó, con arreglo a los arts. 35 y siguientes del Código Civil, una persona jurídica o fundación titular de los dichos bienes de la herencia.

De ello deduce el Central que la fundación es de naturaleza mixta benéfico-piadosa, la cual, por no darse los requisitos antes dichos, debe tributar no por el núm. 29, sino por el 39, según reza el repetido apartado 20 en cuanto a la mitad de los bienes dedicados a la parte piadosa o en favor del alma.

En cambio, en cuanto a la parte benéfica—a las limosnas—dice la Resolución que no puede menos de ser tomado en consideración el hecho de que el Ministerio de la Gobernación, con su peculiar competencia, clasificó como fundación benéfico-particular de tipo seglar de carácter puro la disposición testamentaria en lo que se refiere a la mitad de los bienes destinados a limosnas, mandando convertirlos en láminas intransferibles para destinar sus rentas a dicho fin, por lo cual es de aplicar el art. 28, párrafo 3.º del Reglamento, que dispone que las transmisiones a título lucrativo hechas a favor de los establecimientos de beneficencia de carácter privado o fundación particular, tributarán con arreglo a los tipos señalados en el núm. 29 de la Tarifa, bastando, como dice el apartado siguiente del mismo artículo, que los bienes estén destinados a tal fin, sin perjuicio de la obligación de la Oficina Liquidadora de dar cuenta al Ministerio de la Gobernación, cosa por otra parte innecesaria en el caso, supuesta la mentada clasificación ministerial.

En definitiva, el Tribunal Central anula las liquidaciones, con revocación del acuerdo del Provincial, y ordena girar dos liquidaciones, cada una de ellas sobre la base de la mitad de la herencia, aplicándoles los números 29 y 39 de la Tarifa, o sea una de la fundación benéfica y la otra a la herencia a favor del alma de la causante.

Comentarios.—El caso algunos merece, ya que no nos parece plenamente convincente el razonamiento que el Tribunal desarrolla para llegar a la conclusión de aplicar los dos mencionados tipos tributarios: el uno a la fundación benéfica y el otro de herencia en favor del alma de la testadora, dicho sea, claro es, guardando los respetos que sinceramente sentimos siempre *a priori* hacia la indiscutible competencia del Tribunal Central Económico-Administrativo.

Decimos, pues, que la solución mixta o intermedia dada por el Tribunal Central, estimando que una parte de los bienes tribute como si se tratase de su adquisición por una institución benéfica, y la otra parte por el tipo correspondiente a las disposiciones testamentarias en favor del alma del testador, ofrece reparos no exentos de fortaleza.

Para mejor esclarecer el criterio del comentarista vamos a tratar el tema desde dos puntos de vista: el uno, colocándonos en el momento de ser presentado el testamento y demás documentos a la liquidación, esto es, antes de la posterior declaración del Ministerio, clasificando la fundación testamentaria como benéfica, con bastante posterioridad a la práctica de la liquidación, y ello limitando el carácter benéfico solamente a la parte del producto de los bienes destinada a limosnas; y el otro punto de vista, el que examinaremos sobre la base de tal clasificación.

Eso supuesto, el liquidador inicialmente y con los aludidos datos a la vista, ¿cómo debió calificar y aplicar la Tarifa a la disposición testamentaria de la causante?

Recordemos, como va dicho en la entrada de los antecedentes de estos comentarios, que la testadora, después de ordenar la institución de heredero a favor de su alma, manda que sus albaceas, una vez cumplidas otras previsiones del testamento, constituyan en depósito el sobrante de los bienes a nombre de la «Sucesión de doña Manuela Suárez González», cuyas rentas habrán de invertirse por mitad en limosnas y misas, quedando encargado del cobro e inversión de aquéllas el cura párroco de Luarca, esto es, confiándole el Patronato y administración de los bienes.

Estas realidades, de hecho abren, a primera vista, un interesante panorama jurídico, cual es el de que, incuestionablemente, la testadora tuvo la intención de constituir y constituyó una Fundación, una institución benéfica, al adscribir a un fin, de manera permanente, una masa de bienes, engendrando así una persona jurídica, conforme a los previsto en los arts. 35 y 37 del Código Civil, cuya «personalidad empieza desde el instante mismo en que con arreglo a derecho quedó válidamente constituida» (art. 35), y cuya capacidad civil se «regulará por las reglas de su institución» (art. 37), a reserva, claro es, de su aprobación por disposición administrativa, como previene este mismo artículo, y como, efectivamente, ocurrió posteriormente.

Esto sentado, el camino a seguir por la Oficina Liquidadora no debió ser otro que el que el art. 28 del Reglamento del Impuesto de 1947 claramente tiene trazado en su apartado 4), cuando dice que los tipos señalados en el núm. 29 de la Tarifa se aplicarán a «las transmisiones de bienes o derechos que, por acto *inter vivos*

o por testamento se destinen a la fundación de establecimientos o instituciones de beneficencia o de instrucción», sin perjuicio, según añade el mismo precepto, de que las Oficinas Liquidadores pongan «en conocimiento del Ministerio respectivo la cláusula fundacional de que se trate y los bienes a que se refiera, a los fines del protectorado del Gobierno sobre las instituciones benéficas de carácter privado».

Contra esta consecuencia se pueden esgrimir dos argumentos, nacidos, el uno, del propio texto transrito, y, el otro, del contenido del núm. 39 de la Tarifa, al prever que «las instituciones o legados en favor del alma de modo genérico, sin adscribir a su cumplimiento a determinado sacerdote o Comunidad religiosa, tributarán por el núm. 30 de la Tarifa, siempre que al solicitar la liquidación se justifique, mediante certificación expedida por el Ordinario de la diócesis, la entrega a éste, por los herederos, de los bienes o cantidades objeto de la institución o legado».

Veamos la fuerza de ambos argumentos.

Como no queremos reducir la controversia, matizaremos el primero de los dichos argumentos, diciendo que su fuerza está en que el art. 28 refiere los tipos del núm. 29 al caso en que se trate de la fundación de establecimientos de *beneficencia o instrucción*, y que la testadora, aunque sin duda creó y dió vida a la persona jurídica o fundación «*Sucesión de doña Manuela Suárez González*», haciéndola heredera y mandando depositar los bienes a nombre del ente jurídico así creado, esto no es una *institución benéfica* en cuanto a la totalidad de los bienes; lo será en cuanto a la mitad de las rentas que la testadora manda invertir en limosnas, pero no lo será en cuanto a la otra mitad del total de las rentas destinada a sufragios.

No desconocemos ni negamos la fuerza que tiene el argumento, aunque nos parece que no es tanta como a primera vista parece. Y ello, en primer lugar, porque, supuesto el nacimiento indiscutible, según lo antes razonado, de la persona jurídica con el carácter de Fundación, a tenor de la Ley sustantiva civil, sobre esa base incombustible hay que discurrir y destacar que claramente se persigue en el ente jurídico un fin piadoso y un fin social y caritativo, pero la noción del primero, como dice luminosamente la sentencia de 6 de marzo de 1936, «no está acartonado en límites

estRICTOS», «sino que transciende a los relativos a la salud del cuerpo y del alma»; y, por consiguiente, que el hecho de que la mitad de las rentas se destine el estipendio de misas por el alma de la causante, no desvirtúa el carácter conjunto del fin benéfico de la fundación, con tanta mayor razón cuanto que la cláusula testamentaria no deja los bienes directamente a favor del alma, instituyéndola, por decirlo así, heredera directa, sino que quien hereda es la persona jurídica que crea.

Por otra parte, si el hecho de destinarse la mitad de las rentas a misas por el alma de la fundadora es bastante para aplicar la Tarifa prevista para los legados en favor del alma, habremos construido un argumento que, al probar demasiado, no prueba nada; porque la causante, en la repetida cláusula empieza por decir que pretende instituir como heredera a su alma, y, por tanto, se llegaría a la conclusión de aplicar, bien el núm. 30, bien el 39 de la Tarifa, a tenor del apartado 20 del art. 31 del Reglamento, en cuanto a la totalidad de las rentas, si bien nos parezca difícil, por no decir imposible, la aplicación del núm. 30, porque para ello el mismo apartado 20 exige como requisito previo que los bienes o cantidades objeto de la institución o legado sean entregados por los albaceas o los herederos al Ordinario diocesano, cosa no practicable en el caso, porque el heredero es la persona jurídica creada en el testamento, y a nombre de ella tienen aquéllos que depositar los bienes.

Por fin, aceptada la tesis de que la heredera es el alma, y supuesto que solamente hereda las rentas, ¿quién hereda lo que pudiéramos llamar la nuda propiedad?

Resta ahora examinar la cuestión desde el segundo punto de vista, antes aludido, esto es, mirándola después de haber sido clasificada la fundación como de beneficiencia privada tan sólo en cuanto a las rentas que se destinan a limosnas. Desde esa atalaya el panorama cambia notablemente, porque el Tribunal Central, al resolver, se encontró con el pie para él forzado de que sólo en cuanto a la mitad de los bienes admitía el Ministerio que hubiere nacido la institución de beneficiencia particular, y ante ello dijo que se liquidase sobre la mitad de la herencia al tipo de institución benéfica, y por el tipo del núm. 39 la otra mitad, y esta solución hay que aceptarla como razonable para el Tribunal, porque real-

mente no tenía opción después de la clasificación gubernativa y de los términos en que la misma se produjo.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de febrero de 1957.

LAS DUEÑAS DE PARTES INDIVISAS DE UNA CASA Y FIDUCIARIAS DE LAS PARTES RESTANTES, CON LA PARTICULARIDAD DE QUE LOS FIDEICOMISARIOS LLAMADOS A SER DUEÑOS DE ESAS RESTANTES PARTES, NI EXISTEN POR EL MOMENTO NI SE SABE SI EXISTIRÁN, ELEVARON VARIAS NUEVAS PLANTAS SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES DEL INMUEBLE; DANDO A ÉSTOS PERICIALMENTE NUEVA VALORACIÓN, Y DETERMINANDO EL PORCENTAJE QUE EN ELLOS CORRESPONDÍA A LOS FIDEICOMISARIOS, EL CUAL ERA, DADO EL AUMENTO DE VALOR DE DICHOS ELEMENTOS, MENOR QUE EL ANTERIOR, YA QUE EL VALOR DE DICHOS ELEMENTOS, MERCED A LAS OBRAS, HABÍA AUMENTADO CONSIDERABLEMENTE.

LA ESCRITURA DE OBRA NUEVA EXPRESABA QUE LA PORCIÓN DE MAYOR VALOR DE LOS ELEMENTOS COMUNES CIFRADA PERICIALMENTE, CORRESPONDIENTE A LOS FIDEICOMISARIOS, QUEDABA GARANTIZADA A FAVOR DE ÉSTOS, CON CONSTANCIA DEL DERECHO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, AL QUE HABRÍAN DE QUEDAR VINCULADOS LOS TERCEROS ADQUIRENTES.

CON ESTOS ANTECEDENTES NO EXISTE OTRO ACTO LIQUIDABLE QUE EL CORRESPONDIENTE A LA GARANTÍA REAL, EXPRESAMENTE ESTABLECIDA A FAVOR DE LOS FIDEICOMISARIOS; SI BIEN DEBE APLAZARSE LA LIQUIDACIÓN HASTA QUE LA INSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO SE CONSUME Y PUEDAN SER DETERMINADOS LOS PARTÍCIPES.

Antecedentes.—Las otorgantes de la antedicha escritura y actuantes en la reclamación que nos ocupa, manifestaron en aquélla que eran dueñas en pleno dominio y conjuntamente del derecho de propiedad horizontal de los pisos bajo y semisótano de la casa escriturada; que los restantes pisos o plantas pertenecían también como propiedad horizontal, por título hereditario, a las mismas re-

clamantes conjuntamente, como fiduciarias, siendo futuros fiduciarios los hijos de ellas, y, si muriesen sin ellos, los parientes que los heredasen abintestato; que sobre el resto de los elementos del edificio necesarios para su adecuado disfrute, existía el derecho conjunto de copropiedad a favor de los titulares de los respectivos derechos inherentes a la propiedad horizontal; que las reclamantes por sí solas, aunque asistidas de dictamen técnico, habían dado el valor que determinaban a los elementos comunes del edificio, atribuyendo en él la cuantía, también señalada, a los titulares de la propiedad horizontal de los pisos bajo y semisótano y a los titulares del resto de la propiedad horizontal objeto del fideicomiso; que con estos antecedentes entendieron que les asistía el derecho a edificar sobre los elementos comunes del inmueble y levantaron a su costa y para ellas cuatro nuevas plantas que describieron y valoraron en la escritura, adjudicándoselas en pleno dominio y por partes indivisas.

Además, valoraron pericialmente los nuevos elementos comunes y en ellos reconocieron a los titulares de la propiedad horizontal sujeto al fideicomiso una participación representativa del mismo valor absoluto que les correspondía con anterioridad a la obra nueva, y reservaron expresamente a dichos fideicomisarios, en atención a la disminución relativa de su participación en los elementos comunes, el derecho a ser indemnizados con una cantidad de consideración, a pagar por los que en el momento de la consumación de la sustitución fideicomisaria fueran dueños de los nuevos pisos, con constancia del derecho en el Registro de la Propiedad, a fin de que el tercero quede vinculado a tal derecho.

La escritura de obra nueva señalada fué liquidada por el concepto de permuto, y en tal sentido confirmada la liquidación por el Tribunal Provincial.

En apelación, la Resolución del Central plantea el problema diciendo que está en determinar si existen transmisiones sometidas al impuesto causadas por los hechos transcritos, es decir, por el hecho de servirse de las cosas comunes unos comuneros edificando sobre ellas, sin el consentimiento de los condueños fideicomisarios a costa y en provecho de aquéllos; y lo resuelve diciendo que tal realidad no puede por si sola ser calificada como adquisición de bienes o derechos ajenos, por tratarse en principio de un

derecho de accesión inherente a la propiedad y de gastos útiles o mejoras, regulados por los arts. 353, 358, 453 y 487 del Código Civil, sin perjuicio de las acciones que en su dia puedan ejercitar los fideicomisarios y de las consecuencias fiscales que se deduzcan de las decisiones que los Tribunales acuerden.

Respecto a la indemnización que para el futuro se prevé, tampoco es posible deducir de ella, por ahora, ninguna consecuencia de orden fiscal o de tributación, porque su eficacia depende del consentimiento que en su dia presten los fideicomisarios, o, en su caso, de lo que puedan determinar los Tribunales, cuya inoperancia, en el primer supuesto, es patente, porque, en términos generales, los actos unilaterales no caen dentro del ámbito del impuesto.

Otro es el caso de la declaración de voluntad, aun siendo unilateral, contenida en la mencionada escritura, a tenor del art. 144 del Reglamento Notarial, consistente en establecer un gravamen de naturaleza real sobre la finca, constituida por las cuatro plantas nuevas, para responder a los fideicomisarios de la cantidad fijada por los dueños de aquéllas, y pagadera al realizarse la sustitución. En tal eventualidad, la jurisprudencia tiene declarado que son válidos los gravámenes reales impuestos por actos unilaterales del dueño de la finca, y, por tanto, estando sujetos al impuesto los derechos reales, ha de estarlo el gravamen de que se trata.

Todo ello, claro es, sin perjuicio de que en este concreto caso, al estar indeterminados los fideicomisarios favorecidos con la garantía, haya de aplazarse la liquidación, como dispone el apartado 5.º del art. 57 del Reglamento, hasta que aquéllos sean reconocidos.

En definitiva, la Resolución de que tratamos anula la Resolución del Tribunal Provincial y dispone que, por ahora, las primeras manifestaciones de voluntad, como unilaterales que son, carecen de virtualidad tributaria, sin perjuicio de que en su dia la tengan si se convierten en convenciones contractuales, bien por expresa voluntad de los interesados, bien porque así lo dispongan los Tribunales de Justicia, y en cuanto a la garantía real, unilateralmente estatuida, que si está sujeta al impuesto, si bien la liquidación debe aplazarse hasta que los favorecidos con ella se individualicen.

Comentarios.—Los estimamos innecesarios, dada la claridad del caso jurídico y fiscalmente considerado, y nos limitamos a consignar que lo hemos traído a cuenta más bien por su singularidad que por las enseñanzas que de él se puedan deducir para lo futuro, ya que no es probable que se repita, dada esa misma singularidad; aunque sí merezca destacarse la doctrina que el Tribunal Central sienta en cuanto a la eficacia que las declaraciones unilaterales de voluntad pueden tener a efectos hipotecarios y fiscales inter-vivos.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL