

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXIII

Septiembre - Octubre 1957

Núms. 352-353

La aeronave y su situación registral (*)

(Continuación)

EL REGISTRO

La distinción entre estática y dinámica, dice CARNELUTTI (115), ampliamente utilizada para el estudio de los objetos físicos, rinde análogos beneficios cuando se aplica al análisis de los objetos sociales. Se trata de considerar al objeto del derecho quieto o en movimiento, o lo que es igual, como situación o como hecho jurídico.

Hasta aquí, y desde nuestra posición autolimitada, hemos tratado del primer aspecto, señalando los caracteres jurídicos de este nuevo producto de la técnica, porque el Derecho no podía estar de espaldas a él («ex facto oritur ius»). Pero el derecho es vida y orden, es decir, relación, y partiendo de estas premisas nos situamos en el plano dinámico que, referido a la aeronave, constituirá el objeto de las siguientes páginas.

Cuando la aeronave actúa como sustrato real de las relaciones jurídicas, éstas incluyen en su esfera un elemento que en la me-

(*) Véase el número anterior de nuestra Revista.

(115) CARNELUTTI, Francisco. Ob. cit., págs. 142 y 143.

cánica normal interviene sólo en ocasiones excepcionales. Ese elemento es el Registro, y «la peculiar finalidad organizadora que se trata de conseguir con la relación jurídica dentro del plan del Estado» (116), sólo puede lograrse a través suyo. Unas veces interviendrá inmediatamente, legitimando determinadas situaciones; otras de modo mediato, sirviendo de base a situaciones sobreordenadas a otras previas registralmente legitimadas.

Las coordenadas registrales del Derecho Aeronáutico son distintas, aunque no dispares. Una de carácter público, privado la otra. Poco importa que en muchas ocasiones ambas estén materializadas en una sola institución, pues siempre podrán distinguirse en sí mismas y en sus efectos. La mejor claridad en la exposición impone establecer la dualidad, Registro público y Registro privado, que es, por otra parte, el régimen positivo vigente en nuestra patria. Adoptaremos este criterio.

Registro de Matrícula.

I. NACIONAL.

Tiene carácter eminentemente administrativo, aunque sus efectos trasciendan, a veces, a otras ramas del Derecho. La finalidad de esta institución es clara y se concreta en la necesidad de que el Estado conozca en todo momento la flota aérea de que puede disponer si las circunstancias, no sólo bélicas, aconsejasen su utilización. Por otra parte, y teniendo en cuenta la extraordinaria movilidad de las aeronaves y los riesgos que la navegación aérea lleva consigo, se precisa su adscripción a un ente político soberano ante el cual puedan exigirse las posibles responsabilidades. No se puede desconocer, finalmente, que la inscripción de una aeronave en el Registro, con la serie de requisitos anejos a la misma, constituye una limitación al libre ejercicio de la navegación aérea, como subraya MEYER acertadamente (117)

(116) CASTRO Y BRAVO, Federico: «Derecho Civil de España.» 1949, página 59.

(117) MEYER, Alex: «Compendio de Derecho Aeronáutico», 1947, página 223.

En la terminología universalmente aceptada, de claros precedentes en el derecho del mar, se denomina a este Registro «de Matrícula» y, en consecuencia, la inscripción de una aeronave en el mismo, matriculación o inmatriculación.

1. *Naturaleza y carácter de la matrícula.*—A nuestro juicio, la inmatriculación de una aeronave constituye un acto de carácter administrativo (acto administrativo). No es este el momento de entrar en el estudio de la naturaleza jurídica de tales actos. Existen una diversidad de conceptos, que van desde los que le atribuyen un significado amplio a los que le confieren un sentido restrictivo y desde los que ponen el acento en el aspecto subjetivo a los que destacan la nota de objetividad. En nuestra patria predominan las definiciones de carácter mixto. Para ROYO VILLANOVA es «un hecho jurídico que, por su procedencia, emana de un funcionario administrativo; por su naturaleza, se concreta en una declaración especial, y por su alcance, afecta, positiva o negativamente, a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la Administración pública» (118).

Son muchas las formas que revisten tales actos y que la doctrina encuadra en diversas clasificaciones. A nuestro objeto interesa aquella que atiende a los efectos jurídicos que producen. Reduciendo al máximo las diversas opiniones, pueden señalarse los siguientes tipos: concesión, autorización, admisión y aprobación. No tratamos de hacer un estudio de los mismos, sino de destacar aquellos rasgos que juzgamos más pertinentes para nuestro fin.

La concesión, dice SAYAGUES LASO (119), transfiere al particular un derecho o el ejercicio de un poder propio de la Administración y que aquél no tenía anteriormente

En los restantes actos enumerados no hay transmisión de derechos, puesto que existen ya en el particular. La Administración interviene, previamente, para remover los obstáculos establecidos por el derecho objetivo (autorización y admisión), o, posteriormente, para sancionar su eficacia (aprobación). Entre los actos de autorización y admisión es posible establecer una última diferencia.

(118) ROYO VILLANOVA, Antonio: «Elementos de Derecho Administrativo», 1946, tomo I, pág. 92.

(119) SAYAGUES LASO, Enrique: «Tratado de Derecho Administrativo», 1953, pág. 421.

En los primeros, el órgano del cual emanan obra movido por resortes de oportunidad y conveniencia, es decir, pertenecen a la esfera de lo discrecional; en los segundos, cuando se han cumplido las condiciones previstas por la Administración, ésta carece de libertad para negarlos.

FRAGALI (120) es uno de los tratadistas que en la esfera aeronáutica—matrícula de aeronaves—se ha planteado esta cuestión. Parte únicamente de la alternativa concesión o autorización y resuelve en este último sentido. Son tales las diferencias en la naturaleza jurídica de ambas figuras y tan acusados los caracteres de la primera, que forzosamente tenía que desechar las concesiones. No obstante, la solución apuntada por el tratadista italiano nos parece desacertada. Los actos administrativos cristalizan, como hemos visto, en una serie de formas que rebasan los estrechos límites de la distinción aludida. La matrícula de una aeronave no es una concesión (121), pero tampoco es una autorización. En la inmatriculación citamos palabras de FRAGALI: «El órgano a quien compete proveer a la inscripción debe limitarse al examen de la solicitud y de los documentos, para ver si contienen los elementos suficientes para garantizar las necesidades del orden público, a las cuales atiende el Instituto del Registro Aeronáutico»; es decir, la Administración carece de facultades para negar la eficacia del derecho del particular, siempre que reúna los requisitos que la Ley establece. El acto no es discrecional y encaja en lo que la doctrina administrativa denomina actos de admisión.

Su carácter. Ofrece interés determinar el carácter voluntario o forzoso de la matrícula. Hay un principio claro, consagrado unánimemente, y es que, con arreglo a la ley, sólo pueden navegar aquellas aeronaves que estén matriculadas. Sin embargo, existe una cuestión previa. El titular de una aeronave navegable, ¿tiene obligación de matricularla en todo caso, aun cuando no piense destinarla a la navegación? ¿Puede obligar el Estado al titular remiso a que efectúe la matrícula, si es que no lo hace voluntariamente? Siendo la navegación el destino normal de la aeronave y no pudiendo realizarse ésta sin la matrícula anterior, parece que no habrá necesidad de excitar o sustituir la diligencia del titular; pero piénsese en aque-

(120) FRAGALI: Ob. cit., pág. 67.

(121) La intervención del órgano administrativo no es posterior, sino previa.

llos casos excepcionales en que el poseedor de una aeronave no la desee utilizar durante un tiempo determinado. El problema no existe en los supuestos de Registro único (de efectos públicos y privados) cuando la inscripción es constitutiva a los efectos de adquisición de la propiedad. Pero como la mayor parte de las veces la inscripción no tiene ese valor, la cuestión sigue en pie.

Las legislaciones se producen con cierta confusión en los términos, incluso dentro de un mismo ordenamiento, lo que dificulta todavía más el problema. En síntesis, podemos establecer los dos siguientes grupos :

1.º Lo integran aquellos textos en los que la matrícula parece tener carácter forzoso. En este sentido se pronuncian : la Ley francesa de 1924 (art. 3.º) y el Decreto de 3 de noviembre de 1955 (artículo 2.º) ; el Reglamento suizo de ejecución, de 5 de junio de 1950 (art. 4.º) ; el Código Aeronáutico argentino, de 15 de julio de 1954 (art. 37) ; la Ley sobre navegación aérea civil de la República Dominicana, de 28 de enero de 1949 (art. 17), y el Código italiano de navegación, de 30 de marzo de 1942 (art. 49). En ellos se emplean las palabras «deberán inscribirse», «deberán ser registradas», etc. En Venezuela, si bien el artículo 20 emplea el verbo «poder», el artículo 62 dice que «deben matricularse o inscribirse en el Registro».

2.º Es el grupo más generalizado y lo integran todas aquellas legislaciones que regulan el procedimiento de matrícula, requisitos, etcétera..., sin hacer referencia a si es una obligación o una facultad. La única exigencia que imponen es la de haber obtenido de la autoridad pública la inscripción de la aeronave en el Registro, antes de ponerla en circulación.

La falta de una declaración explícita en las legislaciones que integran este segundo grupo tiene su origen en el Derecho Internacional, al que interesan sólo las aeronaves cuando se dediquen a la navegación, que es su destino normal. Téngase en cuenta la nota de internacionalidad tan acusada que presenta el Derecho Aeronáutico. Todas las cuestiones que surjan en torno a una aeronave que, circunstancial o definitivamente, no esté afecta a la navegación, entrarán dentro de la competencia de cada Estado.

Los Estados, lo hemos dicho ya, tienen un interés primordial en conocer la flota aérea con que pueden contar, y siendo el Registro

15 al 23 del Reglamento anejo al Real decreto citado y de su misma fecha, que distingue entre las aeronaves tipo y las restantes. En las de pasajeros (art. 21) se exige una inspección anterior a cada partida, realizada por persona competente que no sea el propio piloto.

La Orden de 21 de septiembre de 1944 [art. 1.º, b)] atribuye a la Sección de Experimentación en Vuelo del Instituto Nacional de Técnica Aeronáutica la facultad de dictar normas para las pruebas en vuelo que regirán para la concesión de los certificados de navegabilidad.

Expedición, renovación, suspensión y revocación.—La expedición y renovación del certificado competen hoy a la Dirección General de Aviación Civil, dependiente del Ministerio del Aire. Estas funciones estaban encomendadas anteriormente (Real orden de 12 de octubre de 1928, arts. 1.º y 5.º) a la Dirección General de Navegación y Transportes Aéreos, dependiente del Ministerio de Fomento. Las circunstancias del certificado se expresan en el artículo 5.º de la mencionada disposición.

La renovación se opera en los siguientes casos, previo nuevo reconocimiento oficial (art. 6.º):

- a) Por el transcurso de seis meses.
- b) Por acuerdo de la Dirección General.
- c) Por las reparaciones o modificaciones importantes que afecten a la estructura de la aeronave.

El Ministerio de Fomento—hoy el del Aire—podrá revocar o suspender todo certificado, relativo a la seguridad de una aeronave, si entiende que hay duda racional respecto a la seguridad de la aeronave, en sí o, en general, a la del tipo al cual la misma pertenezca (Real decreto de 25 de noviembre de 1919, art. 43).

La Ley de Bases es muy poco explícita en este punto. La Base V establece la obligación de llevar a bordo, entre otros documentos, el certificado de navegabilidad. La Base XXII, al referirse a los delitos y faltas especiales, incluye los que de una manera directa afecten a la seguridad de la navegación. Entre ellos habrá que suponer incluidos todos los que se refieran al mal uso o uso inadecuado del certificado de navegabilidad.

B) Falta de matrícula previa. Los fines perseguidos con la creación del Registro de Matrícula quedarían desvirtuados y la inscripción carecería de eficacia práctica si se admitiese la matriculación simultánea de una aeronave. Por ello ha sido preocupación constante establecer una serie de garantías que impidan esta posibilidad.

En el campo internacional, la Convención de París dispuso en su artículo 8.º que una aeronave no puede ser válidamente inscrita en más de un Estado, y este principio ha sido recogido en el mismo artículo del Convenio Iberoamericano de Navegación Aérea y, recientemente, en el artículo 18 del Convenio de Chicago. Piénsese, verbi gracia, que teniendo las aeronaves la nacionalidad del Estado en que están matriculadas, la admisión de un sistema contrario produciría una serie de conflictos jurisdiccionales que de este modo quedan zanjados.

Las leyes nacionales consagran unánimemente este sistema. Con objeto de evitar una cita de textos, tan prolija como innecesaria, pasaremos seguidamente al estudio de la legislación española.

El Reglamento de Navegación Aérea Civil, anexo al Real decreto de 1919, establece, con carácter general (art. 2.º), que «la aeronave matriculada en España no podrá estarlo simultáneamente en otro país». Para que esta declaración no sea letra muerta, el párrafo 2.º del mismo artículo añade que cuando se trate de matricular en España una aeronave habrá de manifestarse cuál sea la situación de la misma respecto al particular, debiendo acreditarse, en su caso, la cancelación de la inscripción anterior en cualquier matrícula extranjera. Esta norma se recoge íntegramente en el artículo 8.º de la Real orden de 12 de octubre de 1928.

Teniendo en cuenta la fecha de las disposiciones que comentamos, se advierte que las posibilidades de que una aeronave fabricada en España y matriculada en el extranjero se pretenda posteriormente inscribir en el Registro español serán mínimas. Pero como tal hecho puede producirse, juzgamos acertada esa disposición de carácter general. Sin embargo, el caso más frecuente será el de aquellas aeronaves extranjeras adquiridas por españoles o sociedades españolas que pretendan ser matriculadas en nuestro país. A ellas hemos visto que se las dedicaba una atención especial, y el artículo 2.º de la Real orden de 6 de marzo, al determinar los documentos precisos para solicitar la matrícula española, especifica la necesidad de acreditar, cuando sea extranjera, «la caducidad de su matrícula

cipación de miembros directivos nacionales, que de dos tercios se elevan a tres cuartos, así como la supresión del requisito de que la sociedad tenga su principal centro de actividad en España, lo cual se compensa ahora exigiendo la residencia habitual del personal citado. Todo ello no implica novedad de alcance, pues partiendo de que la sociedad sea española las garantías para que esa nacionalidad no tenga carácter meramente ficticio dependen de las circunstancias. Esas garantías son producto de la política legislativa y no es preciso subrayar la dosis de oportunidad que ha de existir.

A nuestro juicio, la novedad de auténtica trascendencia que ahora se introduce se encuentra en la posibilidad de inmatricular en el Registro español a las aeronaves pertenecientes a personas jurídicas extranjeras. La matrícula en el Registro español determina la adquisición de la nacionalidad española, cuyos efectos son de gran envergadura. La necesidad de que el capital sea español en sus tres cuartas partes supone una limitación considerable a una posible actividad de la sociedad contraria a los intereses nacionales.

c) Aeronave perteneciente en proindivisión a nacionales y extranjeros. Para que la matrícula pueda efectuarse será preciso que las condiciones de nacionalidad y residencia se refieran a más de la mitad del valor de la aeronave. Esto implica también una novedad, puesto que el Real decreto de 1919 exige que la aeronave pertenezca por completo a súbditos españoles.

En esta regulación de la matrícula falta un precepto que resuelva los casos en que, perteneciendo la aeronave a una persona española, esté arrendada a extranjeros.

D) Solicitud del interesado. No basta para la inscripción de la aeronave en el Registro de Matrícula el hecho de que se encuentre en condiciones de navegabilidad satisfactorias. Es preciso, además, una declaración de voluntad del interesado, de carácter recepticio y en forma adecuada, dirigida al encargado del Registro para que la matriculación se opere.

Al hablar anteriormente del carácter del acto de matrícula, concluíamos que éste debía tener carácter forzoso. Pero esta conclusión, inspirada en motivaciones de índole práctica, tiene escasa virtualidad si no está acompañada de un acto voluntario de los interesados, pues en aquellos textos legales en los que se declara que la matrícula es obligatoria, tal declaración carece de eficacia al no ir

acompañada de la posibilidad de que el Estado se subrogue en las obligaciones del titular moroso (130).

En la legislación española se produjo una cierta confusión, producto de algunas expresiones gramaticales poco felices. El Real decreto de 25 de noviembre de 1919 dice, en su artículo 3.º, que «podrá matricularse en España la aeronave...», y el Reglamento anexo al Real decreto se manifiesta en los mismos términos. Relacionando estos preceptos con el artículo 4.º de la primera de las citadas disposiciones, que prohíbe el vuelo de las aeronaves españolas

(130) La mejor comprensión de este punto exige un estudio conjunto, aunque muy somero, de los principios de inscripción e instancia, ya que en la órbita aeronáutica su disociación conduce a visiones fragmentarias de la realidad. No pueden ser confundidos, pero conviene tener presente que la actitud del titular ante el Registro está mediatizada, en gran parte, por la eficacia atribuida a los asientos. Si esto es ya cierto en el Registro por antonomasia, el de inmuebles, donde se olvida con demasiada frecuencia la faceta administrativa de la institución registral, lo es mucho más en el Registro Aeronáutico de extraordinaria fuerza integradora de situaciones civiles y administrativas.

La posición del titular difiere según la eficacia de las distintas inscripciones :

Constitutiva.—Configurada la matrícula como un acto de admisión, nunca podrá tener carácter constitutivo. Sólo en los casos en que la adquisición del dominio de la aeronave exija la constatación tabular y estén unificados los Registros de derecho público y privado, la inscripción tendrá ese carácter. Pero ello no será por los efectos de derecho público, sino de derecho privado atribuidos al Registro, los cuales serán objeto de estudio posterior. Aun en estos casos se precisará la solicitud del interesado.

Forzosa.—El derecho privado nace con prioridad a cualquier contacto registral. Si el particular no acude al Registro, el Estado puede obligarle a que lo haga, sustituyéndole, incluso, si es negligente. Lo normal será que el titular manifieste formalmente su voluntad de inscribir, pero en su defecto la matrícula se hará de oficio.

Necesaria.—La situación jurídico-privada de la aeronave se desenvuelve al margen del Registro, pero la navegación sólo es posible después de efectuada la matrícula. Si ésta no tiene lugar, se impondrán al titular determinadas sanciones, fundamentalmente la prohibición de navegar, pero no se le podrá obligar a que realice la matrícula. Pese a la confusa terminología reinante, creemos que este es el régimen que existe en la mayoría de las legislaciones. El Código del Aire (art. 10) se expresa con una claridad meridiana. «Todo propietario de una aeronave deberá, antes de ponerla en circulación..., haber obtenido de la autoridad pública la inscripción.» En el mismo sentido se manifiesta *CONSENTINI* en el art. 38 de su «Código internacional de la Aviación». Se precisará igualmente la solicitud del interesado.

Declarativa.—Si se prescinde de los efectos privados de este tipo de inscripciones, en la esfera de lo público no ofrece particular interés. Por ello, los Convenios, legislaciones y la doctrina no la prestan atención.

sobre el territorio nacional o sus aguas jurisdiccionales, a menos que estuviesen debidamente matriculadas, se llegaba a la conclusión de que si bien la matrícula tenía en principio carácter facultativo, era, sin embargo, necesaria, en el sentido de que sin ella la navegación estaba prohibida. Pero no podía afirmarse que fuese forzosa.

Este régimen contradecía los fines perseguidos por el legislador al crear el Registro Aeronáutico, y como se llegó incluso a conceder permisos de vuelo a las aeronaves aun cuando no hubiesen sido matriculadas, fué precisa una reforma radical del sistema que llevó a cabo la Real orden de 14 de febrero de 1927. En síntesis, el contenido registral de esta disposición es el siguiente :

1.º Caducidad de todos los permisos de vuelo concedidos a las aeronaves españolas que no estuvieran matriculadas reglamentariamente, con la única excepción de las dedicadas a experiencias en los límites legales de los aeródromos.

2.º Concesión de un plazo, que finalizó el día 1 de mayo de 1927, para matricular y poner en situación reglamentaria a todas las aeronaves civiles, «a cuyo fin sus propietarios depositarán las instancias».

3.º Precinto de las aeronaves no matriculadas, a partir de la anterior fecha, en forma que no puedan efectuar vuelo alguno hasta la resolución en contrario del expediente que se instruya. Las autoridades y sus delegados, los encargados de los aeródromos y de las oficinas provinciales, deberían cuidar de que todas las aeronaves civiles españolas estuviesen matriculadas, dando cuenta a las autoridades locales y a la sección de Aeronáutica Civil de las infracciones comprobadas.

A partir de este momento la matrícula se ha trocado de necesaria en forzosa. Se establecen plazos para la matrícula, se imponen sanciones a los infractores, se organiza un sistema de control. Los términos «depositarán las instancias», al relacionarlos con los de «podrán matricularse», expresan claramente el cambio operado.

3. *Elementos inscribibles.*—Planteándonos este problema con una visión extraordinariamente simplista llegaríamos a la conclusión cierta de que el único elemento inscribible es la aeronave registrable. Bastaría, pues, una remisión a lo dicho en páginas anteriores para dar por resuelta esta cuestión. No obstante hay que distinguir

entre el aspecto teórico de la matrícula y la mecánica registral y por lo mismo que no podemos prescindir de ese primer aspecto correríamos grave riesgo si nos detuviésemos ahí.

La primera observación importante es la de que el concepto doctrinal de aeronave difiere en gran parte del legal, de mucha mayor amplitud que aquél. Algunas legislaciones se limitan a decir que serán inscribibles las aeronaves. La legislación española (131), dando un paso más, dice que el término «aeronave» tiene la siguiente significación: «Todo aparato de navegación aérea o de estancia en el aire (dirigibles, globo libre o cautivo, aeroplanos y demás aparatos análogos).»

Otro punto interesante es el de si pueden matricularse las aeronaves en construcción. En puridad de doctrina habría de darse una respuesta negativa, puesto que no reúnen requisitos suficientes para su perfecta individualización registral. Es más, ni siquiera puede decirse que mediante la matrícula el Estado tendrá un mayor control sobre ellas, ya que la intervención estatal en esta primera fase se desenvuelve suficientemente a través de otros procedimientos. Sin embargo, y con el fin de fomentar el crédito aeronáutico, cada día tiene mayor empuje la tendencia a la admisibilidad de la matrícula de aquellas aeronaves cuya construcción no esté concluída. Esta matrícula revestirá los caracteres de facultativa y provisoria, en tanto no se termine su construcción y se inscriba definitivamente con las garantías adecuadas. Italia ha resuelto el problema creando junto al Registro de Matrícula, pero independientemente, un Libro Registro especial de construcciones. España no hace ninguna referencia a esta cuestión ni en las disposiciones articuladas ni en la Ley de Bases, lo cual supone una laguna que debe desaparecer con urgencia. En efecto, la reciente Ley de Hipoteca Mobiliaria, al referirse en su capítulo IV a la matrícula de aeronaves, admite la de aeronaves en construcción cuando se hubiese invertido un tercio de la cantidad total presupuestada, estableciendo, con carácter general, que la escritura de hipoteca contendrá, entre otras circunstancias, el número que tuviese la aeronave en el Registro de Matrícula. En el Registro Mercantil (art. 14 del Reglamento) se llevará un libro de aeronaves en construcción, cuya inscripción se regula cumplidamente (título VI del Reglamento). Se da por supues-

(131) Real decreto de 25 de noviembre de 1919, art. 44.

ta la posibilidad de matricular las aeronaves en construcción, si bien ésta carece de regulación legal en nuestro vigente ordenamiento.

Ofrece interés determinar si pueden inscribirse en el Registro de Matrícula, con independencia de la aeronave de que forman parte, los motores, hélices, aparatos de radio, instrumentos de a bordo... Todos estos elementos no tienen características adecuadas para su perfecta identificación registral, siendo el número de serie de construcción el único dato positivo para individualizarlos. En los textos legales que hemos manejado no encontramos ningún precepto admitiéndoles en el Registro de Matrícula, y esto por la razón elemental de que tal Registro es de aeronaves, quedando excluido del mismo todo lo que no merezca tal concepto. En Argentina, el Código Aeronáutico (132) establece que «los motores, hélices, repuestos y accesorios podrán ser inscritos en un Registro especial». Se trata, pues, de un Registro distinto y la inscripción tiene carácter voluntario. En España, los motores quedan inscritos en el Registro de Matrícula de un modo indirecto, puesto que en la descripción que se haga de la aeronave habrán de figurar los motores con especificación de su tipo y potencia (133).

Nos resta únicamente señalar que las disposiciones sobre matrícula no afectan a aquellas aeronaves construídas para hacer experiencias, cuando éstas tengan lugar en un radio de cinco kilómetros, contados desde un aeródromo o desde el lugar de construcción (134).

4. *Procedimiento*.—Los trámites necesarios para matricular una aeronave constituyen un procedimiento breve de escasas formalidades que, en sus líneas generales, coincide en la mayor parte de las legislaciones.

A) El particular.—Se inicia el procedimiento mediante solicitud, pues aunque la matrícula tenga carácter forzoso, ya hemos visto que el Estado no se subroga en la posición del titular moroso. CONSENTINI (135) dice que la solicitud deberá ser formulada por el

(132) Código de 15 de julio de 1954.

(133) Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 1.º

(134) Real decreto de 25 de noviembre de 1919, art. 6.º, y Real orden de 14 de febrero de 1927, II.

(135) CONSENTINI: Ob. cit., art. 39.

propietario; sin embargo, los textos positivos, más atentos a los requisitos que deben concurrir en el propietario que a la persona que puede solicitar la inscripción, suelen pasar por alto esta cuestión.

Ahora bien, del mismo modo que no se establece que sea el propietario quien deba hacer la petición, tampoco se faculta para ello a otras personas distintas, ni siquiera subsidiariamente al propio Estado, que es quien pudiera tener mayor interés, por lo que habrá que concluir que el único legitimado a los efectos de la solicitud será el propietario o quien ostente su representación. En nuestra patria el problema se ha resuelto de un modo incidental. La Orden de 12 de noviembre de 1940, al anular las matrículas concedidas con anterioridad al 18 de julio de 1936, dice que los propietarios deberán solicitar nueva matrícula (136).

La solicitud tiene carácter formal y deberá ajustarse a los formularios previamente establecidos. De aquí que las peticiones verbales carezcan de valor.

En el Derecho español se inicia el procedimiento mediante instancia (137), formulada con arreglo a los modelos oficiales (138), en la que constarán los siguientes puntos:

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

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

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

Propietario, razón social, domicilio (139).

Declaración de no estar matriculada en otro país (140).

A la instancia se acompañarán los documentos que prueben la nacionalidad y la mayoría de edad del propietario, contratos o facturas que acrediten la compra de la aeronave y los certificados de pruebas firmados por el comprador y fabricante (141). Estimamos inaceptables las exigencias del artículo que hemos mencionado, ya

(136) Lo dicho no impide que la presentación material de la solicitud sea efectuada por cualquier otra persona.

(137) Reglamento de 25 de noviembre de 1919, art. 1.º

(138) Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 1.º

(139) Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 1.º

(140) Reglamento de 25 de noviembre de 1919, art. 2.º

(141) Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 2.º

que reduce extraordinariamente el ámbito objetivo del Registro de Matrícula, al impedir la matrícula de aquellas aeronaves pertenecientes a menores de edad, así como las adquiridas por herencia, donación, permuta o cualquier otro título distinto del contrato de compraventa.

Si la aeronave que se pretende matricular es de procedencia extranjera, además del cumplimiento de los anteriores requisitos, será preciso acreditar documentalmente la cancelación de su matrícula en la nación de origen, y si hubiese prestado servicio será preciso presentar los libros de a bordo correspondientes (142).

No hay en nuestro Derecho un precepto que, con carácter general, determine el plazo en el cual debe ser solicitada la matrícula por el propietario. La Real orden de 14 de febrero de 1927 señaló una fecha límite, 1 de mayo del propio año, para que fuesen matriculadas y puestas en situación reglamentaria todas las aeronaves civiles, pero esa era una disposición con un ámbito de aplicación limitado a la circunstancia temporal en que fué dictada. El Código italiano de la Navegación (art. 754) establece un plazo de ocho días a partir de la expedición del certificado de navegabilidad para pedir la inscripción de la aeronave, norma que contrasta con el criterio de la mayor parte de las legislaciones que silencian esta cuestión, pero que cuidan, sin embargo, de establecer plazos cuando la aeronave matriculada cambie de dueño. En la República Dominicana el término es de cinco días (143) y de quince en Uruguay (144). Quince son también los días establecidos en nuestra legislación (145) cuando la aeronave pase a la propiedad de otra persona o entidad por venta (146).

Presentada en el Registro de Matrícula la solicitud, con la documentación aneja y en plazo hábil, cuando exista, la actividad del particular queda agotada y el procedimiento entra en su fase decisoria.

B) La Administración. Es este el momento en que la Admi-

(142) Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 2.º

(143) Ley de 28 de enero de 1949, art. 25.

(144) Código de 3 de diciembre de 1942, art. 18.

(145) Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 8.

(146) Repetimos nuestra extrañeza ante la inadmisión de los demás títulos de adquisición.

nistración interviene, a través de los funcionarios encargados del Registro de Matrícula, los cuales, previa calificación de los documentos aportados, deberán efectuar la matrícula o denegarla. No se trata de una actividad discrecional y, por ello, dado el carácter de admisión del acto administrativo, las facultades están muy limitadas.

El Registro de Matrícula de aeronaves, inspirado en el de buques, tuvo en sus orígenes, como aquél, carácter privado, si bien hoy día depende de la Administración del Estado. En Suiza lo lleva el Oficio Federal del Aire; en Francia está bajo la autoridad del Ministro de Trabajos Públicos, Transporte y Turismo; en Italia se encuentra en el Ministerio de Aeronáutica; en la República Dominicana, en la Secretaría de Estado de Guerra y Marina. En España fué creado por el Real decreto de 25 de noviembre de 1919, sujetándole a la jurisdicción del Ministerio de Fomento, pero al constituirse el Ministerio del Aire pasó a depender de la Dirección General de Aviación Civil, integrada en dicho Departamento. Anuladas las matrículas anteriores al 18 de julio de 1936, todas las aeronaves españolas deben estar inscritas en el Registro que se lleva en la mencionada Dirección General.

La Base V de nuestra Ley establece que «bajo la jurisdicción del Ministerio del Aire se creará un Registro de Matrícula de aeronaves». Interpretando literalmente esta Base se llegaría a la conclusión de que se desconoce que existe ya un Registro de Matrícula dependiente del propio Ministerio, pero tal vez lo que se quiere indicar es que el actual Registro experimentará una fuerte transformación, pues su régimen jurídico ha envejecido prematuramente. Nada se dice en la Ley sobre el personal a quien se encomendará el Registro. Dado el incesante crecimiento de la aviación y la convergencia de los problemas jurídicos que la matrícula lleva consigo, es imprescindible que, junto a los técnicos aeronáuticos, existan personas con especiales conocimientos jurídicos. En España es obligado atribuir una gran intervención al Cuerpo Jurídico del Aire. Conviene tener presente que la vida jurídica de la aeronave se desenvuelve, además, a través del Registro Mercantil. Ambos Registros unificados en gran parte de las legislaciones, aparecen separados en nuestro sistema, lo cual, lejos de ser censurable, merece un comentario de favor, por cuanto deslinda perfectamente los campos público y privado. Pero esta separación institucional no debe significar desconocimiento mutuo, y, por ello, sería conveniente arbitrar

una fórmula que, respetando las distintas competencias, garantice el funcionamiento armónico de ambos.

Respecto al sistema de Registro único o plural estimamos más beneficioso el primero, cuyas ventajas no es preciso ponderar. La centralización unifica criterios, permite una mayor especialización y, dada la movilidad de la aeronave, facilita su localización registral y evita el tener que repetir consultas innecesarias con los consiguientes gastos y pérdida de tiempo. En España existe un solo Registro de Matrícula, y abogamos por su mantenimiento en la próxima reforma de nuestra legislación aeronáutica.

El Registro de Matrícula será público, pudiendo los interesados solicitar manifestaciones o certificaciones del contenido de los asientos.

5. *Efectos.*—A) Individualización. «Los elementos de individualización del aeromóvil, dice SCIALOJA (147), son la marca de nacionalidad y la marca de inmatriculación.» Ambos tienen decidida importancia, tanto por lo que respecta al Derecho internacional como al Derecho interno, y son consecuencia de la inscripción de la aeronave en el Registro (148). Su estudio puede realizarse separadamente.

a) Identidad. Hasta aquí hemos tratado de la naturaleza de la matrícula, sus presupuestos, los elementos inscribibles y el procedimiento. Por todo ello seremos forzosamente breves, dedicando la atención a un último aspecto que justifique el estudio de los anteriores: la matrícula como medio de individualización de la aeronave.

La identificación sólo puede lograrse partiendo de ingredientes puramente formales, y presenta en la esfera aeronáutica una doble faceta. La primera tiene carácter descriptivo y se traduce en la práctica del asiento de matrícula, en cuyo encasillado se consignarán una serie de datos relativos a la aeronave y los concernientes a la persona del propietario. Su trascendencia es tal, que la mutación o alteración de alguno de ellos, si es fundamental, invalida la matrícula practicada, debiendo efectuarse otra nueva o rectificarse la existente, según el criterio de cada legislación. De este modo quedan las aero-

(147) SCIALOJA: Ob. cit., pág. 209.

(148) «La inmatriculación de la aeronave, por su inscripción en el Registro, determina la identidad de la aeronave, establece su nacionalidad...» LE GOFF: Ob. cit., pág. 258.

naves suficientemente descritas, pudiendo afirmarse con GAY DE MONTELLA (149) que el Registro de Matrícula cumple la misión de ser «el público catastro de la aeronáutica de una nación». El segundo momento de este proceso identificador tiene lugar mediante la asignación a la aeronave de una marca de matrícula, que la distinguirá de cualquier otra, y que deberá constar en el asiento practicado en el certificado de matrícula, y, de un modo visible, sobre la propia aeronave. Esta cuestión ha sido objeto de estudio especial en el plano internacional, y así el Anexo 7 a la Convención de Chicago, se ocupa de la nacionalidad juntamente con ella. La identificación se realiza a base de datos extrarregistrales y registrales.

En nuestra legislación no encontramos ningún precepto que determine las circunstancias que habrán de figurar en el asiento de matrícula, pero pueden deducirse fácilmente de los artículos 1.º y 2.º de la Real orden de 6 de marzo de 1920, relativos a las instancias y documentación que habrán de presentar los interesados y que fueron anteriormente objeto de estudio, y del artículo 3.º de la Real orden de 12 de octubre de 1928, sobre certificados de matrícula.

b) Nacionalidad. Aunque de un modo incidental, señalamos anteriormente que el concepto de nacionalidad no convenía a las aeronaves. En efecto, se ha entendido tradicionalmente por nacionalidad el vínculo jurídico y político que liga a un individuo con un determinado Estado. Pues bien, se pregunta NIBOYET (150): «¿Cómo es posible concebir una relación de orden político entre una persona moral u otra formación equivalente y un Estado?... Un Estado se forma mediante sus nacionales, los cuales constituyen la sustancia del mismo. Las formas con que los nacionales manifiestan su actividad no aumentan el número de ellos.» Y refiriéndose a las aeronaves, dice que «su nacionalidad no es más que la confirmación de la Ley del pabellón..., que es cosa distinta de la nacionalidad..., vocablo inexacto, pero de cómodo empleo». VLADIMIR MANDL (151) hace un estudio muy completo dedicado a demostrar el error que supone pretender que las aeronaves tienen nacionalidad. No podemos

(149) GAY DE MONTELLA, Rafael: «Las leyes de la Aeronáutica», 1929, página 28.

(150) NIBOYET, J. P.: «Principios de Derecho Internacional Privado», 1930, pág. 141.

(151) MANDL, Vladimir: «La nacionalidad de las aeronaves no es más que una denominación errónea.» *Revista francesa de Derecho Aéreo*. 1931.

entrar en el examen de la tesis expuesta, que rebasa los límites de este trabajo y que admitimos como incuestionable. Afirmamos la necesidad de que cada aeronave tenga una estrecha dependencia con un determinado Estado. Rechazamos el término nacionalidad como medio de expresión de tal dependencia, y sólo una razón instrumental, impuesta por el uso constante de la voz que criticamos, nos permite utilizarla.

Hasta los primeros años del siglo actual, la nacionalidad no se planteó como problema. Señala COOPER que en el vuelo efectuado por BLANCHARD y JEFFRIES, en 1875, desde Dover a París, primero de importancia internacional, llevaban los pilotos las banderas francesa y británica, respectivamente, pero «nada indicaba en aquel vuelo que el globo tuviera carácter nacional», y expone, igualmente, que después de la guerra francoprusiana, el tratadista BLUNTSCHLI se ocupó de la entrada en el espacio ocupado por los alemanes de aeronautas sin autorización, pero no de la entrada del globo mismo, como tal entidad jurídica. Bajo ese enfoque se estudiaron los problemas discutidos en los Congresos aeronáuticos de 1889 y 1900, celebrados en París.

La necesidad de atribuir una nacionalidad a la aeronave (152) surge luego con carácter obsesionante, sin que existan apenas voces autorizadas que desentonen. PITTARD afirmaba en 1910, en el seno del C. I. T. E. J. A., que la nacionalidad constituía una traba para el desenvolvimiento de la navegación aérea y MEILI, que la asimilación de la aeronave al automóvil era el criterio más acertado. Poco más podría citarse.

Indica FEDOZZI que, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, jurídicas y naves, la nacionalidad de las aeronaves está largamente determinada en el Derecho internacional, que impone establecerla en base a criterios uniformes (153). Esa uniformidad de criterio, surgida a partir de 1919, es producto de una intensa depuración de actitudes, que concluye con el triunfo del criterio registral. Otra vez más interviene el Registro como medio definidor de la situación jurídica de la aeronave.

Un importante sector doctrinal subraya la importancia del Con-

(152) Con respecto a las aeronaves públicas no surge ningún problema, ya que, como es lógico, tienen la nacionalidad del Estado del que dependen.

(153) FEDOZZI: Ob. cit., pág. 335.

greso celebrado en Verona en 1910, durante el mes de mayo. Para nosotros lo importante es la fecha, que señala la primera declaración colectiva en pro de la nacionalidad, pues hasta entonces el tema había sido objeto de atención, únicamente, por algunos tratadistas. Pero no podemos olvidar que un año después—21 de mayo de 1911—el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Madrid, resolvía que la nacionalidad de la aeronave es la del país en que está matriculada, abandonando la fórmula de considerar como nacionalidad la del propietario, aceptada en Verona, bajo la inspiración de BRUNETTI.

Desde entonces, el centro de gravedad del problema se traslada de la nacionalidad, que ya no se cuestiona, a su criterio determinante. Surgen una serie de teorías patrocinadas por los más diversos tratadistas y abordadas en sucesivos Congresos (154). Prescindimos de esas teorías remitiéndonos únicamente a la que vincula la nacionalidad de la aeronave a la del país en que está matriculada.

Esta doctrina ha tenido serios detractores, y muy especialmente el Comité Jurídico Internacional, que patrocinaba la fórmula de la nacionalidad del propietario. Los argumentos contrarios estaban inspirados en motivaciones de defensa nacional (155), que FAUCHILLE (156) reduce a los dos siguientes: «a) los nacionales, por la inmatriculación de sus aeronaves en el extranjero, pueden privar a su Estado del derecho de requerir a estas aeronaves y así privarle de reforzar su flota aérea. b) estando descoso un país de tener información, los nacionales del primero podrán con la matriculación de las aeronaves en el segundo espiar este país bajo su propio pabellón».

(154) En el mismo año, la Conferencia Internacional de Navegación Aérea, reunida en París—mayo y junio—, se dispuso que para determinar la nacionalidad de la aeronave se atenderá bien a la nacionalidad de su propietario, bien a su domicilio.

(155) DANIEL LACKER afirma: «Si el principio de la nacionalidad de la aeronave está reconocido universalmente, el asociarla a la formalidad de la inmatriculación no es deseable...

»Además, la supresión de la relación estrecha existente entre la nacionalidad y la inmatriculación permitiría, en la inminencia de las hostilidades, evitar la partida de aeronaves consideradas como francesas, pero pertenecientes de hecho a extranjeros.

»Bastaría exigir que la nacionalidad de la aeronave sea la misma que la de su propietario y que los pilotos no pudiesen conducir más que naves de su nacionalidad.» «Initiation au droit aerien», 1937, pág. 16.

(156) FAUCHILLE: Ob. cit., pág. 909.

Los argumentos eran de peso, sobre todo el primero, y si bien triunfó el criterio de la matrícula, por su mayor fijeza y publicidad de todo cambio operado, se llegó a la conclusión de que ningún Estado admitiría otra matrícula que la de las aeronaves pertenecientes a sus nacionales, estableciendo siempre algunas excepciones muy amplias, cuando se trataba de personas jurídicas.

Confirman plenamente el criterio que venimos exponiendo (vinculación de la nacionalidad a la del Estado de matrícula) las más importantes Convenciones celebradas en los últimos años (157) y un buen número de leyes positivas de diversos países (158).

La legislación española mantuvo este criterio desde sus orígenes. Así, el art. 3.º del Real decreto de 25 de noviembre de 1919 establece que «a los efectos legales se considerará española la aeronave matriculada en España», y la Ley de Bases, después de subrayar este criterio en su preámbulo, añade en la Base III que la «inscripción en el Registro de Matrícula español, determina la nacionalidad...», a las aeronaves extranjeras se les reconocerá la nacionalidad del Estado en que estén matriculadas...

La importancia de la nacionalidad es grande, pero conviene no desmesurarla. Es en la esfera internacional donde tiene mayor trascendencia, siendo ella, como afirma GAY DE MONTELLA (159), «el supuesto necesario para gozar de la facultad de desplazarse por encima del territorio de todos los Estados extranjeros». En los casos de conflicto bélico, pueden las potencias neutrales exigir el respeto de sus aeronaves, se reconoce normalmente al Estado a que pertenecen la competencia para entender en los actos realizados a bordo...

Pero esa nacionalidad exige que el Estado que la confiera sea auténticamente soberano, es decir, con arreglo a las normas de Derecho internacional y político, y no por meras declaraciones propias sin validez jurídica. Por ello critica LE GOFF (160), muy acertadamente, la sentencia dictada por el Tribunal Civil d'Oloron, en 16 de noviembre de 1937, el cual decidió que desde el momento en

(157) Convenio de París, art. 6.º; Convenio Iberoamericano de Navegación Aérea, art. 6.º; Convenio Panamericano sobre Aviación Comercial, artículo 7.º; Convenio de Chicago, art. 17.

(158) Francia, ley de 1924, art. 4.º; Suiza, ley de 1948, art. 55; Italia, Código de 1942, art. 870; Uruguay, Código de 1942, art. 17; República Dominicana, ley de 1949, art. 16.

(159) GAY DE MONTELLA: «Principios de Derecho Aeronáutico.» 1950, página 94.

que un Estado es soberano puede invocar la inmunidad de jurisdicción y que ello era así para el Estado de Euzcadi, cuya autonomía había sido proclamada en octubre de 1936, y que formulaba tal demanda en relación con unas aeronaves aterrizadas en Francia.

c) Marcas de matrícula y nacionalidad. La inscripción de una aeronave en el Registro de Matrícula, con su secuela inmediata de la adquisición de la nacionalidad, resuelve satisfactoriamente todos los problemas de identificación que pudieran plantearse. Pero, para que ello sea posible, es preciso que cada aeronave lleve de un modo permanente la marca de matrícula correspondiente que figure en el Registro. No se puede olvidar que las aeronaves, al igual que los automóviles, son normalmente aparatos contruidos en serie y que presentan, por tanto, desde el punto de vista técnico, características similares. Ello hace que su identidad tenga que realizarse fundamentalmente mediante la atribución de una marca determinada.

Tras estas consideraciones, se advierte, claramente, que el problema de las marcas surgió en el mismo momento que los problemas de la matrícula y nacionalidad, cuyo reconocimiento no planteó dificultad de ningún género y cuya aceptación ha sido unánime (161).

Estas marcas deben ser ostensibles, con objeto de que las aeronaves puedan ser reconocidas en vuelo y respetadas en caso de hostilidades, si, observando las reglas establecidas para estos casos, pertenecen a una potencia neutral. La Comisión de Juristas de La Haya acordó que, «para gozar de la protección y privilegios otorgados a las formaciones sanitarias móviles por la Convención de Ginebra de 1906, las ambulancias aéreas deben llevar, además de las marcas distintivas normales, el emblema distintivo de la Cruz Roja».

En España la materia está minuciosamente regulada. El Real decreto de 25 de noviembre de 1919 prohíbe el vuelo de las aeronaves nacionales sobre territorio español y aguas jurisdiccionales, cuando no lleven la marca de matrícula y nacionalidad. El Reglamento anejo al Real decreto dedica su capítulo IV (arts. 24 a 31) a esta cuestión, indicando el color y forma en que deben ser pin-

(160) LE GOFF: Ob. cit., pág. 256.

(161) Convenio de París de 1919, art. 10; Convenio Iberoamericano de 1926, art. 10; Convenio Panamericano de 1928, art. 9; Convenio de Chicago de 1944, art. 20; Italia, Código de 1942, arts. 750 y 757; Suiza, ley de 1948, art. 10; Francia, ley de 1924, art. 4; Argentina, Código de 1924, art. 17.

tadas, lugares en que se deben fijar, anchura de los caracteres, etcétera..., concluyendo (art. 31) que se mostrarán del mejor modo posible, teniendo en cuenta las condiciones de construcción del aparato y que se conservarán despejadas y visibles. Disposiciones complementarias son las Reales órdenes de 6 de marzo de 1920 y 12 de octubre de 1928. Además de las marcas a que nos venimos refiriendo, el art. 7.º de la primera de las Ordenes citadas añade la necesidad de llevar fijado en el fuselaje o en la barquilla, una placa con las indicaciones siguientes: nombre y domicilio del propietario, servicio que presta, precio del aparato y aeródromo base, marca de nacionalidad y matrícula (162).

En la Ley de Bases (Base XIX) se dice que sólo se autorizará el vuelo de las aeronaves que lleven la marca de nacionalidad, matrícula o número establecido por la Ley o los Convenios internacionales ratificados por España. La Base XXII, al determinar los delitos especiales de la navegación aérea, incluye entre ellos el uso en la aeronave no nacional de la marca de nacionalidad española, las falsas contraseñas de individualización y la omisión de las marcas.

d) Certificado de matrícula. Es el documento acreditativo de que el titular de la aeronave ha cumplido con la obligación de inscribirla en el Registro Aeronáutico y comprende, además, los datos fundamentales de la inscripción misma.

Varias veces hemos repetido que la aeronave carecía de existencia legal si no estaba matriculada. Ahora interesa conocer si, cumplido por el propietario el deber de matrícula, necesita, además, estar provisto del correspondiente certificado. Para ello distinguimos dos supuestos:

1.—Aeronaves dedicadas a la navegación. Es el supuesto normal y no cabe duda la obligatoriedad del certificado, que deberá encontrarse entre los documentos de a bordo. El artículo 29 del Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago, reproduciendo lo establecido en Convenios anteriores, así lo dispone para las aeronaves de los Estados contratantes. En las leyes internas se señala la misma obligación. La legislación española sigue ese crite-

(162) Esta obligación aparece ya en el Anexo A) de la Convención de 1919 para los países que la suscribieron, si bien el número de datos exigidos es menor.

rio, tanto en las disposiciones anteriores a la Ley de Bases como en ésta. El artículo 5.º del Real decreto de 25 de noviembre de 1919 dice que «a bordo de la aeronave se llevará el certificado de matrícula». Y en la Base V de la Ley de 27 de diciembre de 1947, se lee: «Se establecerá la obligación de llevar a bordo los siguientes documentos:

»Primero: el certificado de matrícula...»

2.—Aeronaves no dedicadas a la navegación. Es éste un supuesto excepcional, pero posible. Más que estudiar sus causas, interesa hacer notar la realidad de un hecho que puede plantearse. En la esfera internacional se prescinde deliberadamente de regular este caso y ello es lógico, pues en los Convenios la aeronave es objeto de atención en tanto en cuanto es el medio imprescindible de la navegación, y apartada la aeronave de su objeto específico, queda reducida a la categoría de un bien mueble especial, cuyo régimen jurídico sólo interesa al Estado en que se encuentre mientras no traspase las fronteras, utilizando sus propios medios de propulsión.

En las legislaciones internas el problema se trata marginalmente, y nosotros desconocemos la existencia de preceptos positivos directamente relacionados con este punto.

Interesa determinar, en primer término, si el propietario de una aeronave matriculada tiene obligación de solicitar el certificado o solamente la facultad. En el Derecho español se pueden distinguir los siguientes supuestos:

a') Aeronaves matriculadas que cambien de dueño.—El artículo 10 de la Real orden de 7 de octubre de 1928, establece que siempre que una aeronave española cambie de propietario, el nuevo dueño «deberá solicitar expedición de la documentación a su nombre», y el artículo 5.º del Reglamento anejo al Real decreto de 25 de noviembre de 1919, determina que(al cambiar de propietario una aeronave matriculada, el nuevo propietario «habrá de solicitar su certificado de matrícula». Las expresiones gramaticales empleadas en ambos preceptos no dejan duda sobre el carácter obligatorio de la solicitud.

b') Aeronaves matriculadas por primera vez.—En los artículos antes mencionados se indica, respectivamente, que el nuevo

propietario que solicite documentación a su nombre deberá presentar, entre otros documentos, el certificado de matrícula anterior, y que al cambiar de propietario una aeronave matriculada su certificado de matrícula continuará teniendo validez hasta que al nuevo propietario se le expida el suyo. De ello se deduce que para solicitar nuevo certificado por cambio de propietario es preciso que exista otro certificado anterior y, por tanto, cualquiera que sea el número de transmisiones se ha de llegar siempre a una primera básica, en la que será preciso tener un certificado que pueda ser presentado para obtener la documentación posterior.

En ambos casos se advierte que la solicitud del certificado de matrícula no es una facultad del titular, sino un imperativo legal. Pero las palabras de la Ley son, en cierto modo, ineficaces, pues en la hipótesis excepcional que hemos examinado últimamente de aeronaves no dedicadas a la navegación que no hayan de transmitirse, al no establecerse ninguna sanción a la conducta del titular, puede éste eludir la obligación que se le impone.

Circunstancias del certificado de matrícula (163).—Siendo el certificado un traslado de la matrícula, habrá de contener las circunstancias de ésta. No todas, sino aquellas de mayor relieve (164). Con objeto de lograr la máxima uniformidad, las legislaciones ofrecen determinados modelos y en el Derecho español el artículo 10 de la Real orden de 6 de marzo de 1920 se establece que tales modelos se publicarán en el correspondiente «Boletín Oficial». Siguiendo ya el estudio de nuestro Derecho positivo, nos encontramos con el artículo 3º de la Real orden de 12 de octubre de 1928, cuyo texto es el siguiente: «En la certificación de matrícula se hará constar: el número de la certificación, las marcas de nacionalidad y matrícula, tipo y descripción de la aeronave, nombres y domicilio del constructor, número de serie de construcción, nombres y domicilio del propietario, aeródromo habitual de la aeronave y fecha de inscripción en el Registro de Matrícula.»

Expedición, valor y cesación de sus efectos.—Se expide siempre, a solicitud del propietario de la aeronave, por la Dirección Ge-

(163) El Anexo 7.º al Convenio de Chicago contiene un modelo de certificado.

(164) La Real orden de 6 de marzo de 1920, art. 9.º, dice que se harán constar en él todos los datos precisos para que en cualquier momento pueda reconocerse a la aeronave a que afecte.

neral de Aviación Civil del Ministerio del Aire. Antes lo expedía el Ministerio de Fomento (165), a través de la Dirección General de Navegación y Transportes Aéreos. En las aeronaves matriculadas por primera vez (166) la Ley no establece ningún plazo. Cuando la aeronave cambie de dueño, la petición habrá de formularse en el plazo de quince días (167) y acompañará una certificación de dominio, firmada por el anterior propietario; el certificado de matrícula (anterior) y el último de navegabilidad (168).

El significado jurídico del certificado de matrícula es el de habilitar para la navegación a la aeronave a que se refiere. Revela, por otra parte, el cumplimiento del deber de inmatriculación que incumbe al propietario y sirve, finalmente, para identificar—es el medio adecuado por excelencia—a la aeronave. Tiene el carácter de documento público (art. 1.216 del Código civil) y produce, en consecuencia, los efectos de tales documentos. Carece de valor para justificar el dominio de la aeronave y si bien la persona que figura como propietaria será normalmente la que efectivamente lo es, puede suceder lo contrario.

Las causas determinantes de la ineficacia del certificado pueden ser de dos tipos: subjetivas y objetivas. Entre las primeras se encuentra el cambio en la titularidad dominical de la aeronave, reflejado en el Registro mediante nueva matrícula; entre las segundas, la desaparición física o jurídica de la aeronave provocada por su pérdida, destrucción o inmatriculación en un Registro extranjero. En el primer caso, la aeronave conserva su vida tabular; en el segundo, se produce la cancelación en los libros del Registro.

e) Domicilio.—FRAGALI (169), empleando la palabra domicilio en un sentido lato, por cuanto la aeronave no es sujeto de derecho, entiende por tal aquel en que la aeronave está inscrita y subraya la importancia del domicilio, que viene a resolver las cues-

(165) Reglamento anexo al Real decreto de 25 de noviembre de 1919, artículo 3.º

(166) La terminología que aquí se emplea es distinta a la utilizada al tratar del régimen registral de la propiedad inmueble. En éste, matrícula o inmatriculación es sinónimo de primera inscripción, y produce el ingreso de una finca en el Registro. Aquí matrícula equivale a inscripción, ya sea la primera u otra posterior.

(167) Reglamento anexo al Real decreto de 25 de noviembre de 1919, artículo 5.º

(168) Real orden de 12 de octubre de 1928, art. 10.

(169) FRAGALI: Ob. cit., pág. 153.

tionen de competencia que puedan plantearse. Este domicilio, añade, semejante al de las personas individuales, puesto que no varía en los casos de alejamiento de la aeronave del mismo con carácter temporal, tiene una mayor fijeza, ya que los individuos pueden cambiarlo por su sola voluntad, mientras que en las aeronaves, al coincidir con el lugar en que el Registro tiene su sede, los cambios en la base física de éste sólo pueden operarse por decisión legal.

Esta ingeniosa argumentación, aun con la salvedad relativa a la amplitud del vocablo, no puede satisfacernos y responde a esa tendencia acusada de personificar a la aeronave de un modo más o menos velado, según la audacia de quien la patrocine. Para nosotros, la inscripción no confiere domicilio a la aeronave, sino una situación registral, con las consecuencias subsiguientes. Denominar a esto domicilio es artificioso e inexacto.

Es más, si forzando el sentido de las palabras quisiéramos hablar de domicilio para derivar luego en unas determinadas consecuencias jurídicas, tendríamos que hacer caso omiso de la tesis del tratadista italiano y señalar como tal lo que en nuestro Derecho positivo se llama aeródromo base o aeródromo habitual (170). La regla general sobre domicilio de personas naturales (art. 40 del Código civil) es el lugar de su residencia habitual, y el de las personas jurídicas (art. 41 del Código civil), a falta de declaración legal o estatutaria, es el lugar en que se halle establecida su representación legal o donde ejerzan las principales funciones de su instituto. Pero esta analogía tampoco autoriza a sentar ninguna conclusión, porque, aunque se olvide muchas veces, la aeronave es un objeto, un bien (171).

Pero es que, además, la ficción del domicilio no viene a solventar ninguna necesidad, a diferencia de lo que ocurre con la pretendida nacionalidad, ni siquiera a los efectos de determinar la competencia, cuyas reglas se encuentran ya en las leyes de procedimiento.

B) «Producción de todos los efectos de la adquisición»

La Base III de nuestra Ley dice así: «Las aeronaves constitui-

(170) Reales órdenes de 6 de marzo de 1920, art. 7.º, y de 12 de octubre de 1928, art. 3.º

(171) Ver más adelante lo que se expone sobre este punto, al tratar de las circunstancias de la inscripción de hipoteca de aeronaves.

rán una propiedad que se podrá adquirir o transmitir por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho. La adquisición de una aeronave deberá constar en documento, que no producirá todos sus efectos si no se inscribe en el Registro de Matrícula de Aeronaves.»

Sobre el primer párrafo transcrito apenas tenemos que hacer observaciones, pues se remite a los medios reconocidos en Derecho para la adquisición y transmisión, si bien es verdad que esa declaración era innecesaria, puesto que la Base I establece la aplicación de las leyes sustantivas y adjetivas ordinarias, en defecto de disposiciones especiales.

Sin embargo, en el párrafo segundo, añade dos requisitos formales, uno de ellos la constancia de la adquisición en documento. La redacción de la Base puede llevar a la conclusión de que la adquisición de la aeronave tiene carácter formal y que esos medios reconocidos en Derecho han de completarse mediante el documento, pues la palabra «deberá», expresión que contiene un mandato y no una facultad, está referida directamente a la adquisición de la aeronave, sin que pueda entenderse como un requisito previo para efectuar la matrícula, con objeto de que la adquisición produzca todos sus efectos. Avala esta interpretación lo dispuesto en el artículo 573 del Código de Comercio respecto a los buques mercantes, que pueden adquirirse por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho, pero cuya adquisición deberá constar en documento escrito. GARRIGUES (172) cree que esta exigencia se debe al criterio de asimilar el buque a los inmuebles—de fuertes precedentes medievales—, para los que se exige documento público (artículo 1.280 del Código civil, núm. 1.º).

No es éste el momento de determinar el alcance del artículo 1.280 del Código civil, el cual, por sí solo, presta base suficiente (último párrafo) para la exigencia documental, aunque sea escrito privado, ya que el valor de las aeronaves es muy superior a la cifra que el Código señala.

El segundo requisito es la inscripción de la aeronave en el Registro de Matrícula. Tiene alcance más limitado que el anterior, pues la adquisición ya se ha efectuado, si bien está incompleta y no produce todos sus efectos hasta que el requisito se cumpla. El pro-

(172) GARRIGUES, Joaquín: «Instituciones de Derecho Mercantil». 1948, página 511.

blema grave está en determinar cuáles son esos efectos, que no se producen hasta que la inscripción se efectúe.

La Exposición de Motivos de la Ley indica que la formalidad de la inscripción en el Registro de Matrícula y, en su caso, en el Mercantil, se establece para evitar cualquier inseguridad en las relaciones de dominio. En este punto el legislador español, inspirado probablemente en precedentes extraños, especialmente en los de aquellas legislaciones que conocen un solo Registro con efectos de Derecho público y privado, se producen con cierta confusión. Estimamos preciso deslindar los terrenos. El Registro de Matrícula tiene carácter administrativo y por ello no interviene en el aspecto del dominio privado que le es ajeno. Las relaciones dominicales se producen al margen del Registro de Matrícula, y en nuestro actual ordenamiento el influjo que el Registro Mercantil pueda producir es muy escaso, aunque sí puede afirmarse que fortalece los efectos adquisitivos.

El párrafo transcrito de la Ley de Bases tiene una gran semejanza con el artículo 573 del Código de Comercio, que dice que «la adquisición de un buque deberá constar en documento escrito, el cual no producirá efecto respecto a tercero si no se inscribe en el Registro Mercantil». Pero la técnica del Código de Comercio respecto a los buques es más perfecta, pues habla únicamente del Registro Mercantil al referirse a los efectos de la adquisición, dejando a un lado los Registros que se llevan en las Comandancias de Marina y, en segundo término, porque especifica con respecto a quién no se producen esos efectos sin la inscripción.

Lo normal será que el Registro de Matrícula publique como titular a quien efectivamente lo sea, tanto más cuanto que no es concebible adquirir una aeronave y no cumplir el requisito de matricularla, dados los beneficios que la misma reporta e incluso las sanciones por incumplimiento; pero no teniendo tal inscripción carácter constitutivo, puede suceder muy bien que el propietario de una aeronave sea persona distinta de la que figure en el Registro. (Se dará siempre este supuesto, aunque transitoriamente, desde que se adquiere la aeronave de un titular inscrito hasta que la inscriba el nuevo propietario.)

En definitiva, entendemos que la adquisición produce todos sus efectos aun cuando no se inscriba en el Registro de Matrícula, pero

que existen otros efectos ajenos al acto de adquisición, los cuales no se producen sin la inmatriculación.

C) Reserva del cabotaje a las aeronaves nacionales. Anteriormente dijimos que para que la navegación aérea fuese legal era preciso que se efectuase con aeronaves matriculadas. Sin inscripción la aeronave, en cuanto bien destinado a la navegación aérea, no tiene existencia jurídica. La conclusión inmediata de ese principio es que la gama de actividades aeronáuticas puede desplegarse en un inmenso abanico cuyas varillas han de converger, necesariamente, en el Registro. Afirmada esa premisa, nuestro propósito quedaba perfectamente cumplido con el estudio del Registro Aeronáutico, sin necesidad de conectarlo con cada una de las posibles aplicaciones que la navegación lleva consigo.

Sin embargo, en materia de cabotaje hemos juzgado oportuno hacer una excepción. El cabotaje, como el ejercicio de cualquier clase de comercio, habrá de realizarse con aeronaves matriculadas. Ahora bien, matriculadas, ¿en qué Registro?

Convenio de Chicago.—En la legislación internacional el derecho al transporte comercial de personas o cosas entre dos puntos de un mismo territorio soberano ha estado, por regla general, reservado a las aeronaves del Estado en que tenían lugar tales operaciones, hasta que el Convenio de Chicago adoptó una fórmula más amplia. Su artículo 7.º dice así: «Cabotaje.—Cada uno de los Estados contratantes tendrá derecho a negar a las aeronaves de los demás Estados contratantes el permiso para tomar en su territorio, mediante remuneración o alquiler, pasajeros, correo o carga destinados a otro punto comprendido en su territorio. Cada uno de los Estados contratantes se compromete a no celebrar acuerdos que específicamente concedan tal privilegio a base de exclusividad a ningún otro Estado o a una línea aérea de cualquier otro Estado y a no obtener de ningún otro Estado un privilegio exclusivo de tal naturaleza.»

Este artículo ha sido fuertemente censurado en su segundo párrafo al negar la posibilidad de conceder privilegios exclusivos en favor de un determinado Estado o línea aérea extranjera (173). Pero

(173) Véase TAPIA SALINAS: «La regulación jurídica del transporte aéreo» 1953, pág. 167.

al margen de esta consideración nos interesa destacar su clara tendencia proteccionista de las aeronaves nacionales, puesta de manifiesto en el primer párrafo del artículo que comentamos. Desde un punto de vista teórico, y prescindiendo de la necesidad de Convenios bilaterales sobre navegación aérea, nosotros creemos, con base en este artículo, que un Estado no puede impedir a una línea extranjera el que, sin carácter exclusivo, se dedique al cabotaje utilizando aeronaves matriculadas en el país.

Francia y España postulan soluciones dispares ante el mismo problema. La Ley francesa de 1924 reserva, en su artículo 9.º, a las aeronaves nacionales el transporte comercial entre dos puntos del territorio francés o entre Francia y los territorios de ultramar. Las derogaciones a esta reserva se acordarán siempre por Decreto y con carácter excepcional y temporal. La Base IX de la Ley española de 1947 establece que se reservarán a empresas nacionales los servicios del tráfico interior, y a continuación dicta medidas encaminadas a evitar la variación de nacionalidad del capital de las mismas.

La Ley francesa atiende al elemento objetivo de la navegación, mientras que la Ley española prefiere referirse al elemento subjetivo de la titularidad. En la primera, el Registro desempeña una importante función; en la segunda, queda relegado a un plano inferior. Con el primer sistema se tiende a robustecer la flota aérea nacional y por ello ha sido adoptado en gran parte de las legislaciones internas. No censuramos la posición de nuestra Ley, que juzgamos acertada, pero incompleta. Si a la exigencia de las empresas nacionales se hubiere añadido la de las aeronaves nacionales, nuestra incipiente aviación civil se hubiera visto más protegida, al menos teóricamente.

D) Otros efectos. La falsa idea de atribuir a las aeronaves una nacionalidad, hoy día la del país en cuyo Registro están matriculadas, induce a muchos a la confusión de considerar como efectos de la nacionalidad los que realmente son derivados de la inscripción de la aeronave en el Registro. Hasta aquí hemos indicado los que, a nuestro juicio, tenían mayor relieve. Para finalizar, indicaremos algunos otros de menos importancia:

a) Jurisdicción del Estado.—Una materia tan importante como

la de la jurisdicción del Estado sobre las aeronaves matriculadas en su Registro no ha sido aún resuelta satisfactoriamente o, al menos, con carácter uniforme en las diversas legislaciones. La aeronave, cuando se encuentra en alta mar, dice el Convenio de Roma, de 7 de octubre de 1952 (art. 23, núm. 2.º), se considera como parte del territorio del Estado en que está matriculada y, por tanto, quedará sometida a su jurisdicción. Esta solución no plantea problema alguno. Surge cuando la aeronave se encuentra en espacio sujeto a la soberanía de un Estado que no sea el de matrícula y se agrava al determinar la competencia para conocer los actos de naturaleza delictual e incluso civil. Este problema fué objeto de reciente estudio (septiembre de 1956) por la O. A. C. I. en su reunión de Ginebra. Queda fuera de nuestro cometido el examen de la cuestión. Tan sólo señalaremos, por lo que a nuestro Derecho se refiere, que el artículo 9.º del Código de Justicia Militar establece la competencia de la jurisdicción castrense, por tanto, la del Estado español, para conocer de los delitos y faltas cometidos «a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en las mercantes extranjeras que antes de pasar la frontera aterricen dentro de la zona española o dañen a seres, cosas o intereses de ésta, y en las demás aeronaves nacionales, sin perjuicio de las excepciones que por Leyes especiales y Tratados internacionales puedan establecerse, para conocer de los delitos y faltas ejecutados en aparatos... de la navegación aérea civil y de poderse entregar a los Agentes diplomáticos o consulares respectivos al personal extranjero que delinquiera entre sí exclusivamente en los aparatos a que esté adscrito» (174).

b) El operador y el Registro. La navegación aérea entraña una serie de riesgos cuyas consecuencias más graves afectan normalmente a los ocupantes de la aeronave. Pero también puede suceder que las personas y bienes sobrevolados sufran determinados daños, conocidos como «daños a terceros en la superficie» (175).

(174) «Las aeronaves españolas en lugar o espacio no sujeto a la soberanía de otro Estado, se considerarán como territorio español.

Se establecerán los casos en que será de aplicación la Ley española a las aeronaves nacionales en el extranjero y a las extranjeras mientras se encuentren en territorio o aire español...» Base 1.ª de la Ley de 1947.

(175) Véase «Los daños a terceros en la navegación aérea española». LUIS AMÉRIGO, 1952.

Tales daños motivan la correspondiente indemnización, que habrá de hacerse efectiva en la persona del llamado «operador».

El Convenio de Roma, de 7 de octubre de 1952, sobre daños causados a terceros en la superficie, establece una serie de normas para determinar la persona del operador, que, en síntesis, son las siguientes :

Se considera operador a quien usa la aeronave, bien personalmente o por medio de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones o a quien, habiendo conferido directa o indirectamente el derecho a usar la aeronave, se ha reservado el control de la navegación (art. 2.º, núm. 2, apartados *a* y *b*).

«El propietario inscrito en el Registro de Matrícula se presume operador y responsable como tal, a menos que pruebe en juicio que otra persona es el operador» (art. 2.º, núm. 3). Existe una diferencia importante a nuestro objeto entre el Convenio de Roma anterior y el actual. En el anterior (art. 4.º, núm. 3) se presumía operador al propietario, omitiendo toda referencia a la inscripción. En el actual, la titularidad dominical se ha reforzado con el dato del Registro para que la presunción «*iuris tantum*» opere, de tal forma que el hecho de ser propietario no basta por sí solo para ser sujeto responsable de los daños causados.

c) Enajenación y gravamen a extranjeros.—La Base III de la Ley española establece que será necesaria la previa autorización para enajenar y gravar la aeronave a extranjeros o matricularla en otro país.

El texto mencionado no distingue entre aeronaves matriculadas y sin matricular, por lo que entendemos que afecta a todas y está inspirado en el deseo de robustecer la flota aérea nacional, ya que las aeronaves pertenecientes a extranjeros, con ciertas salvedades para las personas jurídicas, no pueden ser inscritas en nuestro Registro de Matrícula, por imperativo de lo dispuesto en los artículos anteriores de la misma Base, y las matriculadas en otro país pierden la nacionalidad española. Cuando la aeronave enajenada a extranjeros esté matriculada, debe cancelarse el asiento.

Tratándose solamente de gravamen, el problema planteado es de menor importancia y constituye una restricción que estudiaremos especialmente al referirnos a la hipoteca de aeronaves recientemente regulada.

No dice el legislador quién debe otorgar esa autorización ni en virtud de qué motivos, pero creemos que la misma deberá ser conferida por el organismo rector de la Aviación civil, a cuya discreción queda reservada la decisión que se adopte.

6. *Cancelación.*—La cancelación es el acto administrativo en virtud del cual la aeronave queda fuera del Registro, impidiendo su navegación en forma legal. La cancelación produce, en definitiva, la desinmatriculación de la aeronave, que deja de formar parte, a partir de ese momento, de la flota aérea del país.

Sus causas pueden reducirse a los siguientes grupos:

A) *Técnicas.*

- a) Destrucción de la aeronave.
- b) Quedar inservible para la navegación.

B) *Jurídicas.*

- a) Enajenación a ciudadano extranjero.
- b) Matricula en país extranjero.
- c) Quedar fuera del comercio.
- d) No solicitar nueva matrícula el adquirente de la que estuviese matriculada.
- e) Decisión de la autoridad.

A) Causas de índole técnica o simplemente material.—Con el nombre de destrucción de la aeronave englobamos tres distintos supuestos: la destrucción propiamente dicha, la demolición y la pérdida. La primera acaece por causas independientes de la voluntad del propietario y puede tener lugar con ocasión de la navegación—accidente aéreo—o con independencia—incendio de la aeronave en el aeródromo...—. La demolición se produce a instancia de alguien, normalmente del propietario, siendo el caso más frecuente aquel en que la aeronave ha quedado inservible para la navegación y que lleva consigo la cancelación de la matrícula. Sin embargo, puede el titular de una aeronave demolerla por razones de índole varia, y en este caso, que muchas legislaciones pasan por alto, merece comentario favorable el criterio del Código italiano de la Navegación, cuyo artículo 760 impone al propietario la obligación de declarar su deseo al Ministro de Aeronáutica, si la aeronave se

encuentra en territorio italiano, o a la autoridad consular, si se hallare en el extranjero. La previa autorización tiende a salvaguardar dos tipos de intereses, el del propio Estado, cuya flota aérea debe vigilar, y el de los titulares de derechos reales, fundamentalmente de garantía, afectantes a la aeronave. Para proteger a estos últimos se establece un régimen de publicidad y un período de tiempo en el cual pueden oponerse a la demolición pretendida hasta que resulten satisfechos. La pérdida de la aeronave se estima cuando, transcurrido cierto tiempo, se carece por completo de noticias sobre su existencia o cuando se sabe con certeza dicho acontecimiento. El artículo 761 del Código de Navegación citado presume la pérdida al día siguiente al cual se tuvo la última noticia, cuando desde este día han transcurrido tres meses.

Es causa también de cancelación el que la aeronave quede inservible para su destino específico con carácter permanente. Por ello hay que descartar aquellos casos en que quede inservible temporalmente, por tener que sufrir pequeñas reparaciones. En este supuesto, y en los comentados anteriormente, la Ley sobre Navegación aérea civil de la República Dominicana (176) impone al propietario la obligación de notificar el hecho en el plazo de diez días a la Secretaría de Guerra y Marina, la cual podrá, si lo estima conveniente, iniciar una investigación para comprobar la certeza, cuando se trate de pérdida o inutilización.

B) Causas de carácter jurídico.—A diferencia de lo que sucede con las enumeradas en el apartado anterior, las cuales producen siempre la cancelación, las que examinaremos a continuación son objeto de valoración distinta en las diversas legislaciones.

Enajenación a ciudadano extranjero.—Es ésta la más débil de todas las causas de cancelación. Un gran sector legislativo permite la matrícula en su Registro de las aeronaves cuyo titular no sea nacional, si bien establece ciertos condicionamientos. Así, el Reglamento suizo de ejecución de la Ley sobre navegación aérea (177) admite este tipo de matrícula, siempre que el propietario extranjero acredite, mediante un atestado oficial, que está domiciliado en Suiza. Para estas legislaciones se trata más bien de una matrícula condicionada.

(176) Ley de 28 de enero de 1949, art. 26.

(177) Reglamento de 5 de junio de 1950, art. 5.º

En nuestra Ley de Bases la solución es otra. La aeronave matriculada en España (Base III) deja de ser española si es enajenada a una persona que no goce de esta nacionalidad, y la misma Base establece, aunque con ciertas limitaciones para las personas jurídicas y casos de copropiedad(178), que sólo podrán inscribirse en el Registro de Matrícula del Estado español las que pertenezcan a quienes disfruten de la nacionalidad española. Todo ello nos lleva a la conclusión de que si una aeronave matriculada en nuestro Registro es enajenada a una persona física extranjera, la matrícula debe cancelarse, y por ello hemos rubricado este párrafo «enajenación a ciudadano extranjero» y no a extranjeros o personas de distinta nacionalidad, pues su mayor amplitud le haría inexacto en nuestro Derecho.

La matrícula en país extranjero produce necesariamente la cancelación. No hemos de insistir ahora en el principio reconocido unánimemente, contrario a la doble matrícula. Basta recordarlo para llegar a la conclusión que estamos afirmando. La Base III de nuestra Ley determina que la matrícula de una aeronave española en un Registro extranjero produce la pérdida de la nacionalidad. Pero para que ello suceda es preciso obtener una autorización previa, sin la cual la matrícula efectuada carece de validez.

La adquisición de una aeronave matriculada por el Estado, provincia, Municipio u otras corporaciones de Derecho público y su adscripción a fines públicos con carácter permanente la sustrae del comercio jurídico y la hace adquirir la condición de no registrable (179). En consecuencia, deberá producirse la correspondiente cancelación.

El Registro de Matrícula deberá reflejar todos los cambios que se produzcan en la propiedad de la aeronave. Cuando la aeronave matriculada se enajene, esa transferencia deberá constar mediante la extensión de un asiento en favor del nuevo propietario. Esto es lógico, puesto que teniendo la matrícula carácter forzoso el adquirente deberá cursar la oportuna solicitud. Puede, no obstante, suceder que la aeronave haya sido transferida y que el propietario actual mantenga una actitud pasiva. ¿Cuál será la solución aplicable?

(178) Véase en páginas anteriores, «C.—Nacionalidad del propietario».

(179) Véase en páginas anteriores, «A.—Aeronaves no registrables.»

El artículo 9.º del Reglamento suizo, de 5 de julio de 1950, ordena que se practique la cancelación; este régimen es el más acertado desde el punto de vista registral cuando se mantenga el criterio de la inscripción voluntaria, pues de lo contrario devendría inexacto.

Nuestro Derecho, consecuente con su criterio de la matrícula, no sólo necesaria, sino también forzosa, carece de un precepto de análogo sentido al que hemos expuesto, pero al no imponer ninguna sanción eficaz al propietario de la aeronave que no solicite la inscripción, consagra las posibles inexactitudes del Registro. Lo lógico sería mantener con todas sus consecuencias la obligatoriedad de la inscripción o abandonar este sistema, como sucede en Suiza, para lograr la concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral.

En la síntesis que estamos realizando hemos señalado como última causa de cancelación la decisión de la Autoridad. No es éste el caso de expropiación ni de incautación de la aeronave por el Estado, que la deja fuera del tráfico jurídico, sino una medida de carácter excepcional que puede ser adoptada en especiales circunstancias. El artículo 27 de la Ley de 28 de enero de 1949, de la República Dominicana, dice que cuando el Poder ejecutivo lo estime conveniente podrá cancelar la matrícula sin previo aviso a cualquier aeronave.

Terminada en España la Cruzada de Liberación y transferidas a la Dirección General de Aviación Civil, del Ministerio del Aire, las funciones que antes desempeñaba la Dirección General de Navegación y Transporte Aéreo, del Ministerio de Comercio, se dictó la Orden del 12 de diciembre de 1940 por la que se anularon las matrículas de las aeronaves españolas concedidas con anterioridad al 18 de julio de 1936. Los propietarios—se decía—deberán solicitar de la Dirección General de Aviación Civil nueva matrícula.

Una gran parte de las legislaciones que regulan la cancelación admite que ésta pueda realizarse a instancia del propietario o de oficio. En el Reglamento suizo, tantas veces citado, pues le juzgamos uno de los más perfectos en este punto (180), se indica que

(180) El art. 9.º del Reglamento enumera con gran detalle los motivos de cancelación en el Registro helvético. Estos son:

No anunciar a la aeronave, durante más de tres años, para que se efectúe el control de su navegabilidad.

el Oficio Federal del Aire atestará por escrito sobre la demanda la cancelación efectuada.

La legislación española carece de regulación sobre la materia. Lo procedente hubiera sido, al menos, señalar un plazo de caducidad de los asientos suficientemente amplio, a la vista de la duración media en servicio de las aeronaves, cuyo cómputo se iniciaría a partir del último asiento efectuado. Transcurrido dicho plazo sin obtenerse ningún nuevo dato, se realizaría la cancelación. De este modo los libros del Registro se aproximarían mucho a la realidad y se evitaría, en parte, que sus asientos publicasen como existentes aeronaves ya desaparecidas.

II. INTERNACIONAL.

Los esfuerzos realizados para establecer un Registro Internacional de Aeronaves son plausibles, pero ineficaces hasta el momento. La Convención de París de 1919 indicaba, en su artículo 9.º, que los Estados contratantes transmitirían a la Comisión Internacional de Navegación Aérea copias de las inscripciones y cancelaciones efectuadas en su Registro respectivo. Análogo precepto se contiene en el artículo 9.º del Convenio Iberoamericano de Navegación Aérea de 1926, si bien la obligación de notificar se refiere a la Comisión Iberoamericana de Navegación, prevista en el artículo 34 del mismo Convenio.

Este empeño no tuvo la acogida deseable y por ello el año 1927 se creó en París el Registro Aeronáutico Internacional, pero tuvo un alcance muy limitado, ya que solamente colaboraron en él Alemania, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón y Noruega (181).

No solicitar el adquirente de la aeronave la transferencia de la matrícula.

No cumplir las condiciones matrícula establecidas en la Ley.

Si vendida la aeronave a un extranjero no se pide la conversión de la matrícula o se deniega.

Si la aeronave se destruye.

(181) La colaboración se hizo a través de los respectivos Registros nacionales: Germanischer Lloyd, American Bureau, Bureau Veritas, British Corporation, Registro italiano aeronáutico, Japanese Corporation y Norske Veritas.

Ante perspectivas tan poco favorables, en el Convenio de Chicago se busca una nueva fórmula. El artículo 21 señala estas dos etapas. En la primera, que pudiéramos denominar prerregistral, cada uno de los Estados contratantes se compromete a transmitir a cualquiera otro Estado contratante o al Organismo Internacional de la Aviación, a solicitud, informes relativos a la matrícula y propiedad de cualquier aeronave particular matriculada en el Estado. Existe una segunda etapa, pendiente aún de regulación reglamentaria. Añade el artículo 21, además, que cada uno de los Estados contratantes transmitirá al Organismo Internacional de Aviación Civil, de conformidad con los Reglamentos que éste dicte, cuantos informes detallados puedan transmitirse respecto a la propiedad y dirección de aeronaves matriculadas en el Estado, que se dediquen regularmente a la navegación aérea internacional. El Organismo Internacional transmitirá, a solicitud, a los otros Estados contratantes los detalles así obtenidos.

En el momento en que se dé cumplimiento a lo preceptuado en la última parte de ese artículo, se habrá constituido de hecho en el seno de la O. A. C. I. un auténtico Registro de Aeronaves. Su ámbito será, no obstante, más limitado que el proyectado en la Convención de París de 1919, pues mientras que en ésta se habla simplemente de aeronaves, en el de Chicago se circunscribe a las aeronaves que se dediquen regularmente a la navegación aérea internacional.

CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO.
Del Cuerpo Jurídico del Aire
Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

¿Es perfecta la regulación contenida en los arts. 10, 51 y 100 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales?

Ahondando en el alcance definitivo de las normas contenidas en los preceptos reseñados, nos parece que no resultan muy armónicas y que, en ocasiones, discrepan los diversos párrafos de algunos de ellos.

Como demostración de nuestras afirmaciones, procedemos a estudiar por separado cada uno de estos artículos.

1.º *El artículo 10.*—A nuestro modo de ver, este precepto presenta varias incongruencias entre sus apartados.

El párrafo 1.º establece que las compraventas con pacto de retro pagarán el 6 por 100 del precio convenido, salvo el derecho de la Administración a comprobar el valor de los bienes o derechos, en cuyo caso, para fijar la base de liquidación, se deducirá del valor comprobado una tercera parte, en que se estima el derecho de retraer.

Supongamos que se ha transmitido una finca, reservándose el vendedor la facultad de recuperar el dominio de la misma, y que el precio de la transmisión es superior al valor comprobado del predio enajenado. En este supuesto, e interpretando literalmente el apartado que comentamos, caben dos soluciones :

1.º Observar las reglas generales de liquidación, contenidas en el apartado 2.º del art. 61 del Reglamento, en cuyo caso habrá que atender, para girar las liquidaciones que correspondan, al valor declarado por ser superior al comprobado.

2.ª Considerar que el apartado 1.º del art. 10 contiene una excepción al artículo antes mencionado, y que, al decir que estas compraventas satisfarán el 6 por 100 del precio convenido, salvo si se atiende al valor comprobado, en cuyo caso se deducirá del mismo una tercera parte, establece un privilegio de generosidad fiscal a favor del contribuyente, permitiendo atender al valor comprobado siempre, aun en el supuesto de que arrojase una cifra inferior a la del valor declarado por las partes.

Que es lícito plantear este dilema viene a demostrárnoslo el T. E. A. C., que en Resolución de 20 de abril de 1934 se creyó obligado a aclarar esta materia, disponiendo que «la base liquidable en la compraventa con pacto de retroventa es el precio convenido, salvo que los dos tercios del valor comprobado arrojen mayor cifra».

De este mismo párrafo 1.º parece desprenderse, aunque ello es cuestionable, según veremos después, que en el caso de liquidaciones basadas en el precio convenido por las partes, no hay deducción alguna en concepto de valoración del derecho de retracto. Ello es así porque, según dicho párrafo, el adquirente de los inmuebles ha de satisfacer el 6 por 100 del precio convenido. Ello significa que la Ley presume, tratándose del valor declarado, que ese tercio en que se estima el derecho de retracto (según el párrafo 8.º del mismo artículo, el derecho de retracto se estimará siempre en la tercera parte del valor de los bienes) ha sido deducido por los interesados, y por tanto, el precio convenido representa solamente las dos terceras partes del total valor de los bienes. Para saber el verdadero valor de un inmueble, habrá que sumar el declarado y un tercio más, figurado por el derecho de retracto deducido.

Sin perjuicio de insistir posteriormente sobre estos extremos, pasamos a estudiar el apartado segundo.

Dice: «Si por cumplirse el plazo o condición impuesta vuelve la propiedad al vendedor, pagará éste el 3 por 100 de la base determinada, conforme al párrafo anterior».

Esta norma favorecedora del vendedor es de justicia, porque el vendedor a retro sólo pretendió desprenderse de una fracción del valor de la cosa en aras del crédito territorial, según acertadamente entiende REY FEIJOO. Es una disposición clara que no debería haber suscitado errores en la doctrina, y, sin embargo, los ha producido, motivados tal vez por la dificultad de armonizar los párrafos 5.º y 6.º, de los que luego nos ocuparemos.

JIMÉNEZ ARNÁU, en la pág. 73 de sus «Contestaciones», sostiene que en el caso de ejercitarse el derecho de retracto por un cesionario, deberá éste pagar el 3 por 100 de la base, y además el 6 por 100 de la diferencia entre el valor total de los bienes y la cantidad que sirvió de base para la adquisición del derecho de retracto.

La desorientación de este autor es absoluta, seguramente por la circunstancia de que, como ya hemos anticipado y después demostraremos, los distintos párrafos del art. 10 son antagónicos (por ello lo verdaderamente pernicioso de estos textos legales incompletos es que conducen a error al contribuyente, a sus asesores jurídicos y, lo que es más grave, a los mismos liquidadores del impuesto y a los tratadistas que se han esforzado por encontrar lógica en esta norma).

El retrayente, según J. ARNÁU, pagará el 3 por 100 de la base primitiva (cuyo valor es igual al precio de la retrocesión), y el 6 por 100 de la diferencia entre el valor total y el del derecho de retracto (que es también el valor de la retrocesión, igual forzosamente a esa diferencia, según después demostraremos).

Es decir, que el retrayente debería pagar el impuesto dos veces sobre una misma base; habría de tributar en dos ocasiones por un bien que adquirió una sola vez. Y por el contrario, no pagaría impuesto por un bien adquirido (el derecho de retracto), ya que las dos liquidaciones se harían teniendo en cuenta el precio de la retrocesión.

Tampoco nos parece acertado el párrafo 3.º de este artículo, según el cual, al extinguirse el derecho de retraer, satisfará el impuesto el adquirente a razón del 6 por 100 por la diferencia si la hubiera entre la base de la liquidación anteriormente practicada y el valor total de los bienes.

El condicionamiento del artículo que habla de «la diferencia si la hubiera..» es inconciliable con las demás normas del precepto. Parece presuponer, abundando en la confusa discriminación del apartado 1.º del artículo, que, en caso de liquidar la compraventa ateniéndose al precio convenido, no hay diferencia alguna entre el valor total de los bienes y el valor declarado, por cuanto que no se ha deducido el tercio correspondiente al derecho de retracto. Lo cual está en discrepancia con el sentido que dábamos antes al párrafo 1.º, deducido del propio texto legal.

Esto es erróneo :

a) Porque está en desacuerdo con la práctica jurídica que admite una deducción del precio en el supuesto de venta con pacto de retro.

b) Porque si el precio convenido equivale al valor total de los bienes, se produciría la injusticia fiscal de obligar al comprador a tributar por algo que no adquiere, el derecho de retracto, que se reserva el vendedor y que representa un valor económico que, por no entrar en el patrimonio del comprador, no debe tributar por él.

Es decir, que el precio convenido equivale a una parte—que puede ser los dos tercios del valor de la finca—del valor total de los bienes.

c) Porque al transmitirse el derecho de retraer, el adquirente debe pagar el 6 por 100 del precio en que se adquiere el derecho. Y si el precio convenido representa el valor total de los bienes, habríamos llegado a un triple absurdo:

O no existe el derecho de retracto, pues hemos agotado el valor económico de la finca (supuesto anómalo en una compraventa configurada a base del mismo), o existe y representa, además del valor total del inmueble, un sobreprecio independiente (supuesto verdaderamente peregrino, como si al disgregarse la plena propiedad de un bien por transmisión del nudo dominio, el usufructo reservado representase un valor distinto y yuxtapuesto al de la diferencia entre la plena propiedad y la nuda propiedad).

O el titular del mencionado derecho de retracto es el adquirente de la finca afectada por el mismo, por cuanto que satisfizo un precio equivalente al valor total de los bienes, en el que irá necesariamente englobado el derecho de retracto, puesto que representa una fracción del total valor de la finca. En definitiva, la misma peregrina solución primera: no existe el derecho de retracto, pues se ha extinguido por confusión.

La redacción del párrafo 5.º del mismo artículo nos lleva de la mano para desembocar en la misma idea al disponer que la transmisión del derecho de retracto deberá satisfacer el 6 por 100 del precio convenido, si fuera igual o mayor a la tercera parte del valor comprobado de los bienes.

Para comprenderlo mejor, pensemos en un ejemplo. Supongamos que el valor comprobado de una finca son 12 millones de pesetas y el declarado, nueve. Para que, conforme al apartado 3.º, se dé el supuesto de inexistencia de diferencia de valor entre la base de la

liquidación primera y el valor total de los bienes, sería necesario que valor-total y valor-declarado coincidiesen. Esto admitido, poniendo nuestra vista en el apartado 8.º, que sin admitir excepciones obliga a valorar el derecho de retracto en la tercera parte del valor total de los bienes, llegaríamos a obtener para el derecho de retracto un valor de tres millones de pesetas. Si nos basásemos en el valor comprobado, el derecho de retracto valdría cuatro millones de pesetas. Según esto, el precio del derecho de retracto sería menor o igual, pero no mayor a la tercera parte del valor comprobado de los bienes.

El apartado (5) dispone: «La transmisión del derecho de retraer en virtud de contrato, queda sujeto al pago del 6 por 100 del precio en que se adquiriera el derecho, si fuera igual o mayor a la tercera parte del valor comprobado de los bienes».

Este párrafo suscita varias cuestiones:

1.ª La relativa a la valoración del derecho de retracto.

El Reglamento se contradice, y siguiéndole, también los autores. Así, por ejemplo, G. ARNÁU, en la pág. 73 de sus «Contestaciones», afirma que el Reglamento aplica un criterio matemático uniforme para la valoración del derecho de retraer. «Este valor—añade—se fija en la tercera parte del valor declarado, según declaran los párrafos 1.º, 5.º y 7.º del art. 10 del Reglamento. Por si esta fijación del valor no estuviera bien clara, innecesariamente repite el párrafo 8.º: En todos los casos en que sea necesario valorar el derecho de retracto, se estimará en la tercera parte del valor total de los bienes o a los que afecte».

Opínese como se quiera por la doctrina, lo cierto es que tal como están redactados los párrafos mencionados, no cabe establecer una equiparación entre ellos. Tal vez la impropiedad distintiva que hay que reconocer al texto del artículo sea la causante de la desorientación de los autores. Pero no puede negarse que no sólo por la letra de estas normas, sino por el espíritu que en ellas alienta (téngase en cuenta que la gran fuerza de este artículo, la construcción por él establecida, un tanto artificialmente, a nuestro entender, radica en distinguir a rajatabla entre valor-declarado, valor-comprobado y valor-total de los bienes, que pudieran serlo tanto uno como otro), no puede admitirse una equiparación simplista entre valor-comprobado y valor-total de los bienes.

Por ello, forzoso es distinguir los párrafos mencionados por G. ARNÁU en confusión igualitaria. El 1.º y el 5.º aluden a la tercera parte del valor comprobado de los bienes. El 7.º se refiere al «valor de los bienes o derechos reales». Y el 8.º, al «valor total de los bienes o derechos a que afecten».

Si hemos hecho hincapié en el distinto valor de las expresiones empleadas por el Reglamento, no ha sido por un afán de estéril meticulosidad, que a ninguna conclusión positiva conduciría como no fuera la de demostrar el poco rigor verbal del Reglamento.

Nos hemos basado en un motivo más trascendental. Es que si el Reglamento—bajo un mismo punto de vista que el que sigue la doctrina—equipara valor comprobado y valor total de los bienes, resulta incongruente el apartado 5.º del art. 10 en cuanto permite que el precio de la adquisición del derecho de retracto sea mayor a la tercera parte del valor comprobado de los bienes, porque conforme al párrafo 8.º, el derecho de retracto deberá estimarse en todo caso en la tercera parte del valor total de los bienes (o del valor comprobado, dada la equiparación que parece establecer el Reglamento). Siempre que operemos con datos, resultantes de una comprobación administrativa, dada la inflexibilidad del apartado 8.º, el derecho de retracto deberá coincidir con la tercera parte del valor comprobado, sin poder rebasar esta cifra.

Con un ejemplo veremos la diferencia entre valor comprobado y valor total de los bienes. Supongamos que el valor comprobado de un inmueble es de 12 millones de pesetas. Los interesados declaran un valor de nueve millones de pesetas. Estos nueve millones representan una cifra superior a los dos tercios del valor comprobado (ocho millones). Según lo antes demostrado, cuando tratamos de interpretar el apartado 1.º, hay que considerar que esos nueve millones de pesetas representan las dos terceras partes del valor de los bienes, presumiéndose que el tercio restante correspondiente al derecho de retraer ha sido previamente deducido por los interesados. Luego el valor total de los bienes representa una cifra de trece millones y medio de pesetas.

Sólo, pues, en el caso de haberse girado las liquidaciones teniendo en cuenta el valor declarado, puede darse el supuesto del párrafo 5.º del artículo, de que el precio de la adquisición del derecho de retro supere a la tercera parte del valor comprobado de los bienes. Debiendo por ello distinguirse aún en este supuesto, y para mante-

ner la virtualidad de aquel inciso final del mencionado párrafo, entre el valor total de los bienes (trece y medio millones) y el comprobado de doce.

2.º La referente a la inteligencia de su parte final.

Parece que el párrafo 5.º no admite la sujeción al impuesto con carácter de generalidad, sino estableciendo un condicionamiento para que el impuesto sea exigible: que el precio en que se adquiriera el derecho de retracto sea igual o mayor a la tercera parte del valor comprobado de los bienes.

A primera vista pudiera creerse que si el precio fuese menor a esa tercera parte del valor comprobado de los bienes, no debería exigirse el impuesto, por faltar la condición resultante del texto literal del artículo.

Seguramente la condición se estableció para mantener la adecuada relación con el apartado 8.º del mismo artículo, que manda estimar el derecho de retracto en la tercera parte del valor total de los bienes. Concordancia que sería acertada si fuera cierta la confusión reglamentaria entre valor total de los bienes y valor comprobado.

Por ello, y en relación con dicho apartado 8.º, si el precio de adquisición fuese inferior a la tercera parte del valor de los bienes, a ella se atendería para girar la liquidación, por venir a ser el valor comprobado.

También el párrafo 6.º establece una regla que, en buena lógica, no puede admitirse.

Dice: «cuando el cesionario del derecho de retracto lo haga efectivo retrayendo la finca, satisfará también el 6 por 100 por la diferencia entre el valor total de los bienes y la base de la liquidación practicada por la adquisición del citado derecho de retracto, siempre que sea igual o mayor el precio de la retrocesión».

Veamos el juego combinado de los párrafos 5.º, 6.º y 8.º del artículo.

Este último manda valorar el derecho a resolver en la tercera parte del valor total de los bienes (cuatro millones y medio de pesetas en el ejemplo que antes proponíamos). Pero el párrafo 5.º admite que el precio convenido por los interesados rebase tal cifra (ténase en cuenta que el Reglamento identifica las expresiones de tercio del valor comprobado y tercera parte del valor total de los bienes).

Supongamos que los interesados transmiten el derecho a retraer en cinco millones de pesetas y se pagó un 6 por 100 sobre esta base.

El párrafo 6.º obliga al retrayente a pagar el 6 por 100 por la diferencia entre el valor total de los bienes (en nuestro ejemplo, trece millones y medio de pesetas) y la base de liquidación por la adquisición del derecho de retracto (cinco millones), siempre que fuera igual o mayor al precio de la retrocesión.

Como el precio de la retrocesión es el mismo de la compraventa originaria (artículo 1.510 y concordante del Código civil), o sea, nueve millones de pesetas, y como tiene forzosamente que existir un equilibrio constante entre los tercios de un todo para que la proporción y armonía se mantengan, bastará con haber incrementado una de las cuotas para que el resto sufra una variación del signo contrario.

Veámoslo. Restando del valor total (trece millones y medio) el importe del derecho de retracto (cinco, superior al tercio de ese valor), queda una diferencia de ocho millones y medio, inferior a los nueve, cifra correspondiente al precio de la retrocesión.

Es decir, que como el Reglamento fracciona el valor de una finca en tercios, si el tercio correspondiente al derecho a retraer es incrementado—el párrafo 5.º permite, a efectos impositivos, que el precio convenido por ambas partes sea superior a la tercera parte del valor de los bienes—, necesariamente los dos tercios correspondientes al precio de la retrocesión resultarán disminuídos.

Por ello resulta inexplicable que el legislador, en su celo por incrementar los ingresos de la Hacienda, llegue a la conclusión ilógica de admitir que la diferencia entre el valor total de los bienes y la base de la liquidación por la adquisición del derecho de retracto, sea superior al precio de la retrocesión, cuando tendría que ser o igual a ese precio—si el derecho de retracto se valoró conforme o por bajo de la tercera parte del valor de los bienes—o inferior al mismo, si el derecho a retraer se valoró excesivamente.

Sólo un supuesto encontramos en el que pudieran armonizarse los párrafos 5.º y 6.º de este artículo y para ello sería necesario suprimir el párrafo 8.º con su rígida valoración.

Se da en el caso de que el valor declarado por los interesados, superior al comprobado, dé margen para admitir estas diferencias en más, tanto para el derecho de retracto como para el precio de la retrocesión.

Para comprenderlo mejor, volvamos a nuestro ejemplo. Admitámos un valor comprobado de doce millones de pesetas y otro declarado de trece millones y medio. El derecho de retracto pudo transmitirse en cuatro millones doscientas cincuenta mil pesetas, cantidad superior a la tercera parte del valor comprobado de los bienes (que son cuatro millones). La diferencia entre trece millones y medio—valor total de los bienes—y cuatro millones doscientas cincuenta mil pesetas—cantidad que sirvió de base para la adquisición del derecho a retraer—es de nueve millones doscientas cincuenta mil pesetas, superior por tanto al precio de la retrocesión.

A este párrafo 6.º del artículo se le puede formular un reparo igual al que presentamos cuando nos referíamos al apartado 5.º. De redacción pudiera llegarse a la conclusión (por cuanto sujeta al tributo las adquisiciones por el cesionario retrayente, siempre que la diferencia entre el valor total de los bienes y la base de la liquidación practicada por la adquisición del derecho de retracto sea igual o mayor al precio de la retrocesión) de que si tal diferencia es inferior al precio de la retrocesión, no hay obligación de pagar el impuesto, pues la expresión literal produce la impresión de que el resultado idéntico o favorable para el Fisco al precio de la retrocesión, se exige con el carácter de condición o requisito para mantener la sujeción.

Por ello, ganaría claridad el precepto en el caso de que dispusiese que si la aludida diferencia fuese inferior al precio de la retrocesión, este último servirá de base liquidable, pues indudablemente no entró en los cálculos del legislador eximir de imposición en este supuesto.

El párrafo 8.º dispone: «En todos los casos en que sea necesario valorar el derecho de retracto, se estimará en la tercera parte del valor total de los bienes o derechos a que afecte».

Ya hemos dicho anteriormente e insistimos ahora en que no es exacta la rígida declaración del párrafo 8.º, porque viene a estar en oposición con el párrafo 5.º del mismo artículo, que obliga a satisfacer el impuesto sobre la base del precio convenido para el supuesto de que arroje una cifra superior a la tercera parte del valor comprobado. Es decir, que la generalidad valorativa del párrafo 8.º quiebra en todos aquellos casos en que las cantidades declaradas por los contribuyentes benefician al Fisco.

Este párrafo ofrece un doble juego. Desde un punto de vista parece que hace las veces de un valor comprobado permanente re-

ferido al valor total de los bienes (que pudiera coincidir con el declarado o con el comprobado) cuya estimación comparada con cualquiera de los otros dos valores servirá para exigir el impuesto, ateniéndose a la cantidad superior entre las dos comparadas.

Claro que, en definitiva, no puede considerarse como un valor comprobado porque, representando la tercera parte del valor total de los bienes, este valor clave puede ser el declarado, en el caso de que represente una cifra superior al comprobado.

Por ello, este tercio, más que un valor comprobado, constituye, en definitiva, un medio de comprobación. Es una medida básica de comparación como la que representa capitalizar al tipo fijo del 4 por 100 el líquido imponible de una finca.

Finalmente, diremos que el artículo 10 se nos antoja insuficiente por no incluir entre los actos sujetos la transmisión del dominio resoluble que pudiera realizar el comprador en favor de un tercero.

Tal vez no se haya mencionado expresamente en este precepto por considerarse incluida tal transmisión en el concepto general de enajenación de bienes inmuebles, aunque más que la finca vendida lo que en realidad adquiere el comprador es una parcela de valor de la misma finca.

2.º *Artículo 51.*—En sus apartados 2.º y 3.º, referentes a la liquidación de los contratos de suministro, distingue dos supuestos, sujetos a diferente régimen :

a) Suministros cuya duración no sea superior a un año, o cuya cuantía total no exceda de 250.000 pesetas, cualquiera que sea su duración.

b) Suministros de duración superior a un año o indeterminada, siempre que su cuantía total exceda de 250.000 pesetas.

Esta distinción del Reglamento es artificiosa, porque pretende marcar diferencias entre dos situaciones que no son necesariamente opuestas.

Demostraremos nuestro aserto, gráficamente, con el siguiente ejemplo numérico :

Debemos liquidar un suministro de nueve meses de duración, siendo la cantidad suministrada de 300.000 pesetas.

Por ser su duración inferior a un año, encaja perfectamente en el apartado primero.

Pero también pudiera incluirse en el apartado segundo por re-

basar la cifra de 250.000 pesetas y siempre que la duración inferior al tope del año no resultase claramente determinada inicialmente.

No debiera el Reglamento equiparar el plazo superior a un año y la duración indeterminada (pues al carecer de concreción pudiera el plazo rebasar o no llegar a los trescientos sesenta y cinco días). Además que posteriormente quiebra esta equiparación al prejuzgar el texto legal que los suministros de este segundo apartado rebasan el año: «se girará una liquidación por el valor de los bienes cuyo consumo o necesidad se haya presupuesto para el primer año, y no siendo aquél conocido, por el que para dicho período declara el interesado». Para evitar la confusa dicotomía del precepto, conviene modificar su redacción, estableciendo como término de comparación solamente el dato temporal, por cuanto que la diferencia establecida se apoya en la distinta duración al efecto de girar una o varias liquidaciones anuales.

Tan es así, que en el primer grupo de suministros a que antes nos referíamos la duración no rebasa nunca los doce meses, pese a la declaración reglamentaria referente a los contratos «cuya cuantía total no exceda de 250.000 pesetas, cualquiera que sea su duración». Porque en el mismo párrafo se propugna para estos contratos una liquidación única, cosa que no ocurre cuando los suministros duran más de un año.

Si quieren respetarse los dos criterios establecidos en el artículo, para evitar que sus cánones diferenciadores se contradigan, sólo queda la solución de copularlos.

Es decir (y esta solución es la admitida por el apartado tercero al exigir que el suministro dure más de un año y que exceda de 250.000 pesetas), que el suministro, en el primer caso, por ejemplo, reúna las dos condiciones de ser inferior a un año y de cuantía máxima de 250.000 pesetas.

Sólo así cabe evitar confusiones en el artículo.

Si bien es una solución redundante, pues basta con atenerse al patrón temporal para hallar la deseada diferenciación entre los suministros.

El apartado tercero de este mismo artículo contiene una norma de difícil integración con la general técnica impositiva del Reglamento. Refiriéndose a los suministros de duración superior a un año, establece una regulación, que podemos sistematizar en la forma siguiente:

a) Suministros para los que se haya presupuesto una determinada cantidad con referencia a cada uno de los años de su duración.

En este caso se está a las declaraciones de los interesados. A cada nuevo año se gira una nueva liquidación sobre la base de la cantidad presupuesta para dicho año.

b) Cuando no se ha fijado la cantidad o cifra que debe suministrarse cada año, es necesario que el contribuyente, a la terminación de cada período, presente una certificación de lo realmente suministrado en el anterior.

La base de liquidación para cada año concreto está representada por la cantidad realmente suministrada en el anterior, acrecida o disminuída con el importe de lo que en la base de liquidación del año precedente se hubiera computado de menos o de más.

Veamos un ejemplo: Para el primer año de duración del contrato el interesado declara que va a realizar una prestación por importe de 500.000 pesetas. Transcurrido este tiempo, de la certificación que aporta a la oficina resulta que lo realmente suministrado alcanza un millón de pesetas.

En el segundo año la base estará constituída por ese millón —que es la suma realmente suministrada en el año anterior— más otras 500.000 pesetas en que es necesario acrecer la base declarada para que iguale a la cifra de lo realmente suministrado. Por tanto, la base de este segundo año será de 1.500.000 pesetas. Abundando en el mismo ejemplo, supongamos que en la certificación expresada por el contribuyente aparecen como entregados objetos por valor de 250.000 pesetas.

En este caso, en el segundo año no debiera de girarse liquidación ninguna, pues la base sería de cero pesetas, resultante de disminuir a las 250.000 pesetas realmente suministradas en el año anterior, la cantidad de 250.000, que es la cifra que en la base de la liquidación anterior se había girado de más.

Legalmente, pues, y por imposición reglamentaria, viene a producirse una especie de compensación entre los varios períodos que abarca este contrato de tracto sucesivo.

Si ahondamos en el significado último que estas liquidaciones de años sucesivos entrañan, parece existir una contradicción en el precepto.

En el supuesto de que sea necesario incrementar la suma real-

mente suministrada en el año anterior con una cifra equivalente a la diferencia entre dicha suma y la base de liquidación inicial, esta solución reglamentaria viene a representar una especie de liquidación complementaria de lo que en el año precedente se satisfizo de menos.

Y en el caso de descontar a la cantidad realmente suministrada en el año anterior la cantidad de lo que en la liquidación presupuestada se hubiese calculado de más, este descuento parece, en la intención del legislador, representar una devolución de lo que en la liquidación sobre la base declarada se pagó de más.

Es decir, que la única justificación del precepto, a nuestro entender, es la de sustituir en cada una de las liquidaciones anuales la forma de actuar en los contratos de suministro: se va rectificando el posible error de las liquidaciones practicadas en cada año en el sucesivo por el sencillo expediente de recargar o aligerar las cifras de aquellas liquidaciones, sustituyendo, con ello, cada año a la liquidación complementaria o al expediente de devolución, produciéndose los efectos de uno y otro «ope legis».

Si no se interpretase así el precepto, carecería de lógica ese incremento o deducción que exige el art. 51, sobre la base del año anterior.

Esta parece ser la «ratio legis» del precepto. Sin embargo, contradice esta inteligencia el inciso final de este párrafo tercero al remitirse a lo establecido en el párrafo anterior. Según esta remisión, a la terminación del suministro se girará una liquidación complementaria, si a ello hubiere lugar, o se reconocerá el derecho del interesado a la devolución en su caso.

Esta disposición, en cuanto atiende a la finalización del contrato para purgar deficiencias o excesos de las bases liquidables parciales, choca con la regulación compensatoria ya estudiada, pues si la resolución de justicia fiscal en la exacción del tributo se defiende hasta la terminación del contrato, ¿con qué objeto se establecen los aumentos y deducciones ya dichos?

Lo lógico en este caso sería, para mantener la congruencia entre las diversas partes del precepto, establecer que las diversas liquidaciones sucesivas habrán de girarse sobre la base de la cantidad realmente suministrada en el año anterior.

Aun en el supuesto de que la expresada sea la presunta intención del legislador, la solución encontrada discrepa de la tónica general del Reglamento, que exige para la devolución de cantidades un ex-

pediente administrativo y para las rectificaciones a favor del Tesoro una liquidación complementaria expresa, especialmente en los contratos de suministro.

En resumen: es como si las necesarias devoluciones o liquidaciones complementarias se verificasen por simple formalización y constituyendo, por tanto, un supuesto de excepción.

La disposición del párrafo tercero, que exige para cada año sucesivo de duración del suministro girar una liquidación que, partiendo de la cantidad realmente suministrada el año anterior, se aumente o disminuya en la cantidad que, en la base de la liquidación anterior, se hubiese computado de menos o de más, no puede cumplirse categóricamente todos los años.

Lo veremos más fácilmente con un ejemplo. Para el primer año se ha presupuesto la cifra de 1.500.000 pesetas. Se suministran realmente dos millones. Al segundo año, la base estará constituida por 2.500.000 pesetas. ¿Y cuál será la base del tercer año?

Supongamos que en el segundo la cantidad realmente suministrada fué también de 2.000.000 de pesetas.

Para cumplir escrupulosamente el Reglamento debería atenderse a esos 2.000.000 de pesetas y aumentarlos o disminuirlos en la cantidad que en la base de la liquidación inicial se hubiese girado de menos o de más.

Pero, ¿cuál es esa liquidación inicial en este segundo año para el cual parte el Reglamento de que no se haya declarado ni presupuesto ninguna cantidad?

En aquel segundo año sólo tenemos para comparar dos cantidades: la que rectificó la del primer año (en el que por exigencia reglamentaria tiene que haber un valor declarado) y la realmente suministrada en el mismo. Pero el parangón, con vistas a aumentar o disminuir, no puede hacerse con la cantidad rectificada, porque al modificarse nuevamente para concordarla con la cantidad realmente suministrada, esta nueva rectificación vendría a rectificar la rectificación anteriormente efectuada, con lo que desembocaríamos en un inquietante y estéril proceso de continua revisión.

Parece, pues, que deberán confrontar en algunos años las dos únicas bases que por sentido común pueden tomarse en consideración:

Como inicial, la cantidad realmente suministrada en el año anterior.

Como final, la suministrada en el propio año.

La diferencia en más o en menos entre las dos acrecerá o disminuirá la base inicial del año siguiente.

Pero esto sólo se producirá algunos años, pues es necesario evitar liquidaciones rectificadoras de otras que también lo fueron.

Por ello, si es que no se opta por esperar al término del suministro, que sería lo más adecuado, para practicar las oportunas devoluciones o liquidaciones complementarias, la lógica impone el siguiente proceso en las liquidaciones por suministros:

Base liquidable del primer	año :	La cantidad presupuesta o declarada por el interesado.
»	»	» segundo »
»	»	» tercer »
»	»	» cuarto »
»	»	» quinto »

Y así sucesivamente se irán repitiendo los supuestos de estos primeros cinco años, con respeto cíclico de los presupuestos logrados.

3) *Artículo 100.*—Según este precepto, no se consideran cargas a los efectos del impuesto las hipotecas ni las fianzas.

En las transmisiones a título lucrativo, la no estimación como cargas de las hipotecas y de las fianzas no obstará a que las deudas que garanticen en la parte pendiente de pago puedan ser deducidas si concurren las circunstancias consignadas en el artículo siguiente, ni tampoco a que se practique la liquidación que corresponda por la adjudicación en pago o para pago de las mismas.

Este precepto nos sugiere los siguientes comentarios :

a) *Justificación de la norma.*—No podemos ignorar que esta artificiosa construcción, al descalificar a las hipotecas como cargas, se basa en consideraciones utilitarias por cuanto beneficia al Fisco, ya que la hipoteca, integrada por la obligación principal, más la cuantía de los intereses y costas, representa una valoración superior

a la del débito transmitido. Favorece, pues, al Fisco, no admitir más deducción que la integrada por la cuantía de la deuda si es deducible, negando a las hipotecas el carácter de cargas.

A primera vista pudiera creerse que para el Tesoro no existe ninguna diferencia entre considerar a la hipoteca como carga o admitir la deducción de la deuda con aquélla garantizada. Pues parece que la cantidad rebajada del acervo hereditario, a efectos de fijación de la verdadera base, es la misma en uno y otro caso.

Y esto es así porque, según el párrafo séptimo del artículo 13 (cuya doctrina invoca más de un comentarista al tratar de explicarse la caprichosa regulación del art. 100), en la transmisión por cualquier título del derecho de hipoteca se satisface el impuesto correspondiente al importe de la obligación principal, sin tener en cuenta la suma de los intereses y costas.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la norma se refiere al supuesto de transmisión activa de la hipoteca pero no al de la transmisión pasiva.

Y es que la circunstancia de supeditarse a la obligación principal, desdeñando los accesorios, debe entenderse restrictivamente por cuanto es una disposición que perjudica al Fisco.

Por ello, ceñida como está a los supuestos de transferencia del crédito hipotecario a favor de un nuevo acreedor, no es correcto sostener que análoga valoración restrictiva se dará en el caso de transmisión del gravamen; es decir, cuando se produce un cambio del sujeto pasivo hipotecario.

No sólo el hipotecante, sino también el tercer poseedor—ya que así lo dispone la Ley Hipotecaria—, deben soportar la carga que representan las costas y los intereses de los dos últimos años junto con la parte vencida de la anualidad corriente.

b) *La no conceptualización como cargas de las fianzas.*—El artículo 100, al negar a las fianzas el carácter de cargas, resulta totalmente ingenuo. La expresión reglamentaria vale tanto como decir, por ejemplo, que una hipoteca no aumenta el valor de los bienes hipotecados.

La fianza no es carga de la herencia, deducible o no.

Cuando para aumentar la seguridad de un crédito, se garantiza el pago de la deuda con la responsabilidad subsidiaria del fiador, esta

obligación de una tercera persona favorece al deudor, pero no es una carga para el mismo. Sino una ventaja.

Si llegado el vencimiento de la obligación paga el deudor, la fianza se extingue. Si, por no cumplir el deudor principal, satisface el fiador, entonces deviene acreedor del primitivo deudor. Si bien esta afección del deudor frente al fiador no se debe a la naturaleza de la fianza como carga, sino que se produce por vía de subrogación.

Para el que la fianza representa un gravamen es, en tal caso, para el fiador sujeto al deber de pago, caso de incumplimiento del deudor.

c) *Los intereses de las deudas deducibles.*—El Reglamento debería haber sido más justo con el contribuyente en el sentido de admitir la deducción no sólo del importe de las deudas que tengan este carácter sino también de los intereses vencidos de las mismas que no estuviesen prescritos, pues indudablemente el monto de los mismos disminuye lo adquirido por los herederos.

d) *¿Por qué no son cargas las hipotecas?*—Los autores, y principalmente Rodríguez Villamil, justifican el que la hipoteca no se considere como carga, basándose en la circunstancia de que a este derecho real le falta el requisito de disminuir realmente la estimación de los bienes (uno de los tres exigidos por la definición del artículo 100).

Opinan que la hipoteca, a diferencia del censo, no disminuye el valor de los bienes.

Pero ¿a qué valor se refieren? ¿Al valor en uso o al valor en cambio?

Por lo que respecta al primero, tal vez tengan razón los comentaristas.

Pero tratándose del valor en cambio, nos parece erróneo su criterio.

Y ello resulta anómalo porque este último es el que verdaderamente puede interesar al legislador fiscal. El impuesto grava los actos de circulación de riqueza. Tanto que se llama de derechos reales y transmisión de bienes. Los liquidadores (respetando siempre su obligación de atender al mayor valor comprobado de los bienes) normalmente tendrán en cuenta este valor actualizado, en movimiento, no aquel valor en uso, estático y algo petrificado.

Este precio o valor en cambio es el «valor declarado» por los interesados, en el que se fija la Administración para compararlo con

el valor comprobado. Y es el único que debe de tenerse en cuenta, tratándose de la deducción de cargas, ya que el art. 100, refiriéndose a transmisiones onerosas, emplea la palabra *precio*—que es la valoración «in actu» y del que se presume que han sido rebajadas las cargas por los interesados—y no la sinónima de *valor*, que representa algo más estable.

Si nos fijamos en el valor en cambio, hay que admitir que indudablemente la hipoteca afecta al valor o estimación de los bienes por la circunstancia de que el adquirente rebajará o descontará el importe de la hipoteca.

Si una finca que vale dos millones de pesetas soporta una hipoteca por valor de un millón, ningún comprador pagará por ella los dos millones de su estimación, sabiendo que puede llegar un día en el que, por la virtualidad ejecutiva inherente al gravamen, haya de tolerar la venta de la finca para la efectividad del crédito.

e) *Las liquidaciones por la adjudicación en pago o para pago de las deudas deducibles.*—Es conveniente examinar, discriminándolos convenientemente, los diversos supuestos que pueden presentarse, para apreciar si son ajustadas las liquidaciones practicables por el concepto de adjudicación en pago o para pago de deudas.

Veamos los distintos supuestos :

I) Caso de heredero único. Dentro del mismo haremos los siguientes subgrupos :

1. En el acervo hereditario existen : la finca hipotecada, otros bienes muebles e inmuebles y cantidades en metálico.

Se ofrecen dos posibilidades :

a) Que el causante adjudicase expresamente la finca hipotecada para pago de la deuda. En este supuesto no ofrece duda la procedencia de liquidar el acto de adjudicación.

b) Que no exista dicha previa adjudicación.

En este caso, al no haber partición, no existirá acto expreso de adjudicación.

Tampoco cabe pensar en el acto deducido, pues al haber metálico en la herencia lógico es pensar que con el mismo se pagará la deuda en el día de su vencimiento, o bien con el dinero obtenido por la venta de otros bienes de más fácil realización.

Cualquier procedimiento antes que el de permitir la enajenación

forzosa de la finca hipotecada, pues la desvalorización inherente a las subastas judiciales perjudicaría los intereses del heredero, aparte de las molestias que el procedimiento trae consigo.

2. En la herencia sólo figura la finca hipotecada o ésta y otros bienes insuficientes para cubrir el importe de la deuda.

En este caso, aunque no exista adjudicación expresa, será procedente girar una liquidación al 6 por 100 por el número primero de la Tarifa, ya que reglamentariamente existirá un acto deducido de adjudicación.

3. Con el heredero concurre a la sucesión un legatario al que se transmite la finca hipotecada.

No procede en este supuesto girar al adquirente liquidación alguna por el concepto de adjudicación para pago, pues, salvo disposición en contrario del testador, conforme a lo establecido por el artículo 867 del C. c., corresponde al heredero el pago de la deuda para cuya seguridad se hipotecó la finca legada.

Y por tanto, ni el heredero debe tributar por adjudicación de una finca que no adquiere, ni tampoco el legatario por cuanto recibe la finca libre sin asumir la deuda. No se le adjudica el predio para que pague una deuda de la que no es responsable sino por haberlo adquirido sucesoriamente.

4. En la masa hereditaria se encuentran, además de la finca hipotecada, otros bienes muebles e inmuebles.

Por no existir metálico, procederá practicar una liquidación de las que nos ocupan, ya que existe un acto deducido de adjudicación.

Pero ni aun en este caso parece lógica la norma del art. 100 del Reglamento. Porque prejuzga que lo adjudicado para pago es el inmueble hipotecado, siendo así que pudiera serlo cualquier otro bien de la herencia.

Ni lógica ni legalmente debiera de admitirse, en el supuesto de heredero único, que puedan darse actos deducidos de adjudicación para pago de deudas.

Porque el heredero adquiere los bienes—aun los hipotecados—por el concepto de transmisión hereditaria, como continuador de la personalidad del causante y no porque se le adjudiquen especialmente para aplicarlos al pago de la deuda. También los adquiriría aunque no hubiera deudas.

La adjudicación para pago es un negocio jurídico que requiere un acuerdo de voluntades. ¿Pero qué voluntad interviene en el caso

de la sucesión forzosa en que un heredero adquiere un inmueble hipotecado? El testador nada ha dispuesto. Tampoco hay acuerdo ulterior de los deudores en virtud del cual se transmite un bien a un heredero para el pago de una obligación del causante, porque el heredero es único.

Cosa bien distinta es la circunstancia de resultar obligado al pago del débito, garantizado con la hipoteca. Ello, igual que la adquisición del predio gravado, se produce en virtud del fenómeno de la sucesión. Por consecuencia del mismo el heredero adquiere unos bienes y debe responder de unas deudas.

Y estaría afecto a dicho pago, aunque no percibiese nada como activo, pues responde con sus bienes propios.

Luego, salvo expresa declaración del testador o acuerdo formal de los mismos herederos interesados, en el caso de ser varios, éstos no adquieren los bienes para pagar las deudas, pues responden de ellas aunque no haya transmisión de derechos, y además siempre tendrán la facultad de hacer frente al pasivo del causante con su propio patrimonio, si prefieren conservar la propiedad del inmueble hipotecado por el «de cuius».

II) Caso de concurrir varios herederos a la sucesión

Procederá girar una liquidación por el concepto de adjudicación para pago de deudas :

1. En el supuesto de que el testador hubiese dispuesto expresamente, al verificar la partición, que el predio hipotecado correspondiese a determinado heredero o legatario, con obligación de satisfacer el importe de la deuda.

2. También cuando, tratándose de partición hereditaria, los coherederos adjudican, formando una hijuela de deudas, a uno de ellos el predio gravado para verificar el pago de la deuda. Hay un acto expreso de adjudicación que debe tributar.

No procederá en cambio :

Cuando siendo varios los herederos se trata de sucesión «ab intestato», en la que solamente se transmite la finca hipotecada, ya que en este caso no puede haber adjudicación expresa ni del causante ni de los mismos herederos.

El C. c. establece la solidaridad de los herederos frente a las deudas del «auctor». Según el artículo 1.084, hecha la partición, los

acreedores podrán dirigirse contra cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, para reclamarles íntegramente el importe de la deuda o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

Es decir, que la circunstancia de hallarse hipotecado uno de los bienes no influye sobre el acreedor en el sentido de que haya de dirigir su reclamación contra el heredero adquirente de la finca hipotecada. Puede accionar frente a cualquier heredero. Pero esto se excepcionaría si hubiera de presumirse la adjudicación para pago de deudas en los supuestos de sucesión en finca hipotecada.

Incluso pudiera convenir al acreedor, en el caso, por ejemplo, de que la finca hipotecada hubiere perdido valor (por depreciación o por cualquier otra causa), iniciar su pretensión frente a otro causahabiente deudor.

En análogo sentido se produce la legislación hipotecaria por lo que respecta a la responsabilidad objetiva. ya que según el art. 105 de la Ley, la hipoteca no modifica la responsabilidad universal del deudor establecida por el art. 1.911 del C. c.

Por tanto, del débito asegurado con la hipoteca responden todos los bienes que pertenecieron al causante, cualesquiera que sean los herederos a quienes hayan sido adjudicados.

La afección se proyecta además sobre el patrimonio privativo de los herederos que responden, salvo si aceptan la herencia a beneficio de inventario, «*ultra vires hereditatis*».

f) *Especial referencia a las adjudicaciones en pago.*

1. Adjudicaciones presuntas o deducidas.

A ellas parece referirse el art. 100 cuando establece que en las transmisiones a título gratuito la no estimación como cargas de las hipotecas no obstará a que se practique la liquidación que corresponda por la adjudicación en pago de deudas.

Resulta difícil justificar fiscalmente la existencia de estos actos deducidos de adjudicación en pago en el caso de transmisión sucesoria de un acervo hereditario.

Y es que por el hecho de que entre los bienes hereditarios figure una finca hipotecada, que ha de transmitirse a los herederos, aunque con la hipoteca se garantice el pago de una deuda, cuyo importe

ha sido deducido del monto de los bienes hereditarios, no puede inferirse bajo ningún concepto que haya surgido un acto de adjudicación en pago, en virtud del cual los bienes se entregan a los acreedores en satisfacción de su crédito y éstos adquieren su propiedad.

El bien hipotecado por virtud del fenómeno de la sucesión se transmite a los herederos que lo adquieren. Aunque exista una hipoteca, la finca hipotecada no pasa a manos del acreedor hipotecario. Para que así ocurriera se precisaría una expresa adjudicación en pago y por consiguiente que los herederos, puestos de acuerdo con el acreedor, conviniesen en esta especial forma de pago.

2. Adjudicaciones expresas.

Surgen cuando, no verificándose en numerario el pago de una deuda, se entregan determinados bienes al acreedor en equivalencia del cumplimiento específico.

Es claro que si expresamente se adjudica la finca hipotecada a un acreedor en pago de su crédito, deberá de exigirse el pago del impuesto, pues ha surgido un nuevo acto liquidable.

Pero esto ocurriría igualmente aunque el art. 100 no lo estatuyese expresamente. Con la declaración de este precepto, solamente se consigue, al pretender relacionar este inciso con los anteriores para encontrar un sentido integral en la norma, sembrar la confusión en un artículo no muy pródigo en claridad.

JOSÉ MENÉNDEZ.
Registrador de la Propiedad

La causa ilícita

S U M A R I O

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE LA CAUSA Y SU ILICITUD.
- III. EL CONCEPTO DE LO ILÍCITO.
- IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.
- V. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA ILICITUD DE LA CAUSA.
 - A) *Casos concretos de ilicitud de causa contractual según el Tribunal Supremo.*
 - B) *Momento de concurrencia de la motivación ilícita.*
 - C) *Síntesis de la doctrina jurisprudencial.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Si el problema relativo al concepto de la causa en los negocios jurídicos, no llevara, en su raíz filosófica, la consecuencia de su aplicación en el derecho positivo, posiblemente no hubiera trascendido del puro empirismo de su definición conceptual.

Pero el Derecho es vida y exige cada día su adecuación al hecho que contemplamos y quizá, precisamente, el análisis que queremos hacer hoy de la causa ilícita, determinante del anatema contractual del artículo 1.275 de nuestro Código civil, no hubiera sido develado sin la interpretación jurisprudencial.

En el Derecho romano, como dice MAYNZ (1), ya el Digesto trata

(1) CARLOS MAYNZ: *Cursò de Derecho romano*, tomo 2.º, pág. 521. «Tit.

de lo que se ha dado por una causa que contiene algo deshonesto, *ob turpem vel iniustam causam*; en ésta hipótesis, háyase o no verificado la causa, la repetición tiene siempre lugar cuando sólo hay «deshonra» de parte del que ha recibido, «*turpiter acceptum*». Pero cesa cuando la causa contiene algo de «deshonesto» para aquél que ha dado, «*turpiter datum*», aunque hubiese igualmente deshonesto por la otra parte. «*Turpiter datum et acceptum*».

II. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE CAUSA Y SU ILICITUD

La calificación jurídica de la causa contractual, para inducir el concepto de su ilicitud, nos exige, previamente, ceñir siquiera sea brevemente, cuáles son las corrientes doctrinales que formaron la constelación de los tratadistas, que giró siempre en torno de tal instituto jurídico.

Seguindo a NUÑEZ LAGOS (2), para los clásicos se contraponían firmemente la causa y el motivo; éste no se aprecia por el Derecho y por ende no debe ser investigado por el Juez, porque queda dentro de la psicología íntima de los contratantes.

Citando a DEMOLOMBE, el ilustre Notario de Madrid, afirma que la doctrina clásica se cuidó mucho de distanciar la causa final del motivo o causa impulsiva; el primero, en el contrato sinalagmático, la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra: El comprador se obliga a pagar el precio contra la obligación de que el vendedor le entregue la cosa.

La causa impulsiva no es más que el motivo íntimo que lleva a cada una de las partes por su lado a contratar, diferenciándose de la causa final porque no es un elemento intrínseco, constitutivo de la obligación, y porque es relativa y personal a cada uno de los contratantes en particular; el motivo íntimo, en un caso, podrá ser el obtener dinero para el pago de los gastos de una enfermedad, para una inversión, para la dote de un hijo. La causa final, externa, es siempre la misma en el contrato sinalagmático que se contemple.

D., de *condictisne ob turpem vel iniustam causam* 12, 4. Tit. C., de *condictione ob turpem causam* 4, 7.»

(2) RAFAEL NUÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Editorial Reus, Madrid, págs. 27 a 36.

La teoría clásica viene a ser, pues, el reflejo del pensamiento filosófico liberal en su proyección al campo de la causalidad obligacional en las relaciones civiles; algo así como la imposibilidad de delincuencia del pensamiento, adonde no puede llegar, para los clásicos, la investigación jurídica.

La conclusión vendría a ser inviabilidad de la ilicitud de la causa por razón de la imposibilidad de su indentificación legal.

Por ello, HENRI CAPITANT (3), al examinar la ilicitud de la causa en el Derecho positivo italiano, semejante al nuestro, tiene que reconocer que no hay artículo del Código civil que contenga prohibición tan amplia y que haya sido objeto de más extensiva aplicación por la doctrina jurisprudencial, poniendo de relieve el interés que tiene para los contratos sinalagmáticos la distinción entre la noción de causa y la del objeto, en el sentido de que puede no haber ilicitud objetiva, y puede hallarse ésta en la intención común de las partes, cuando concurren a un fin contrario al orden público y a las buenas costumbres.

ROCA SASTRE (4) entiende por causa el por qué inmediato, jurídico y objetivo, en virtud del cual una persona emite una declaración jurídica de voluntad.

La razón determinante del acto jurídico viene a ser la presuposición de WINDSCHEID o el «quod induxit ad contrahendum» de las fuentes; la causa reside fuera de la declaración consensual que crea la relación obligacional, que por sí sola no constituye un fin cuando se la considera aisladamente, sino más bien es el medio para lograrlo.

Por ello, la equivocada posición de los anti-causalistas, que pretenden eliminar la causa, identificándola con el consentimiento mismo o con el objeto, olvidando la singular característica de los negocios jurídicos de tráfico patrimonial. El fin del negocio depende del elemento fundacional que lo determina en su origen.

Para ROCA SASTRE, la causa es el móvil o fin inmediato que hay que distinguir de los motivos o móviles indirectos o remotos. La

(3) HENRI CAPITANT: *De la causa de las obligaciones*. Traducción y notas por EUGENIO TARRAGATO Y CONTRERAS, de la Carrera Judicial.

(4) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*: I. Obligaciones y contratos, «Editorial Revista de Derecho Privado», Madrid, 1948, páginas 49 y sigs. y 66 y sigs.

causa, razón jurídica reglada por el Derecho y el motivo, de simple condición psicológica.

Sin embargo, reconoce ROCA SASTRE, que cuando se contempla la causa ilícita en nuestro Derecho positivo, el motivo, así considerado, pasa a ser elemento estructural del contrato determinante de su nulidad; es un motivo causalizado, dice el maestro, o un motivo que, por voluntad de las partes, se ha incorporado o conectado con la causa, porque ésta se hace servir de medio para un fin ilícito, por lo que mejor dicho estaría «causa con motivación ilícita».

Y he aquí la dificultad que, con la donosura de su estilo, apuntaba DUALDE (5) en su monografía que lleva por subtítulo «La causa es la causa», reconociendo que la teoría tradicional de la causa, como anteriormente apuntamos, tiene su escollo en el problema de la ilicitud, porque nada más fácil que hacerla atravesar por los rigores de la experiencia.

También DUALDE distingue entre la causa y los motivos, que según la teoría clásica quedaba en extramuros de la autoridad jurisprudencial, para terminar afirmando que:

«Desde el momento en que en la serie causal precedente al contrato estos propósitos ilícitos aparecen, surge la causa ilícita, la vía que conduce al contrato queda obstruída. No hay generación sino aborto. Si el contrato es ciego en sus consecuencias ulteriores, la causalidad impulsiva, la que produce la existencia del contrato, tiene los ojos de la inteligencia fijos en toda la serie de consecuencias y va hacia el contrato autónomo, provocando su existencia como medio y con la idea del eslabón que le sigue... La producción de la mera existencia del contrato es ilícita, o lo que es lo mismo, la causa ilícita es impotente para crear el contrato. La Ley no le otorga esa eficacia y lo que queda es una serie de hechos sin vinculación contractual».

Ha quebrado, pues, una vez más, como queda visto, la teoría clásica de lo causal objetivo.

RUGGIERO (6) afirmaba que en la serie de las representaciones psíquicas que preceden a toda declaración de voluntad y que deter-

(5) JOAQUÍN DUALDE: *Concepto de la causa de los contratos*. Editorial Bosch, Barcelona, 1949; págs. 182 a 191.

(6) ROBERTO DE RUGGIERO, Profesor de la R. Universidad de Nápoles: *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la 4.ª edición italiana por SERRANO SÓÑER Y SANTA-CRUZ TEJERO. Volumen primero, año 1929, página 278 y sigs.

minan la acción humana, es siempre posible distinguir la última, que funciona como motivo determinante de la acción de todas las formas que le acompañan; pero en toda la serie de móviles que se hallan estrechamente ligados entre sí como los eslabones de una cadena, el Derecho toma en consideración sólo el último, el más próximo a la acción, el que determina, el que sirva objetiva y jurídicamente a justificar el acto, no los otros, más remotos, que han excitado la voluntad proporcionándole ocasión de determinarse, pero que no bastan por sí a determinarla y justificar el acto. Y éstos no los toma en consideración porque carecen, por regla general, de **relieve** para el derecho; hay que distinguir, pues, entre la causa o la razón determinante de la voluntad, el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial, y los motivos o causas impulsivas, individuales o subjetivas.

A nuestro entender, ha sido PUIG BRUTAU (7) quien, citando a BUCKLAND y MCNAIR, ha centrado la cuestión sobre el problema; contemplando los artículos 1.274 y 1.275 del Código civil, afirma que la causa definida por el primero es la que debe mediar para que un contrato sea válido, pero que no es la misma a la que se refiere el artículo 1.275, que es la que da lugar a que el propio contrato sea nulo; con ello, dice el ilustre tratadista, queda separado un requisito estructural de los contratos, el de la contraprestación en los contratos onerosos, de un elemento que debe ser juzgado a tenor de su inconveniencia social dándose una superposición de causa, esto es, una verdadera prestación, causa inmanente, y un motivo o fin ulterior, causa objetiva, que determinará la declaración de nulidad del contrato en atención a que esta última finalidad, a pesar de la contraprestación ilícita, entre en el campo de lo inmoral o de lo conculcatario de la Ley.

Pero la ilicitud de la causa tendrá que ser inicial, como decía RODRIGO NOGUERAS (8), y sólo podrá ser ilícita por acontecimientos supervinientes, cuando el contrato sea de tracto sucesivo y esté prevista en la primitiva motivación inicial de la convención.

CARIOTA FERRARA (9) afirma recientemente ante las dudas susci-

(7) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II. Volumen I. *Doctrina general del contrato*, pág. 164.

(8) RODRIGO NOGUERAS: *Causalidad jurídica en las obligaciones contractuales*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 141, página 269 y sigs.

(9) LUIGI CARIOTA FERRARA, *Ordinario de la Institución de Derecho Pri-*

tadas acerca de la ilicitud de la causa, entendida en sentido objetivo o ilicitud de los motivos, que en los contratos atípicos es perfectamente configurable la ilicitud de la causa, independientemente de una ilicitud del objeto o de los motivos; pero en los negocios típicos, como el de compraventa, la ilicitud de la causa hay que excluirla **porque** la Ley es ella misma la que configura la causa, y las partes no hacen sino adaptarla, no pudiendo, en tal caso, según el tratadista italiano, hablarse en rigor de la ilicitud de la causa del negocio, sino del motivo operante junto a ésta que puede ser lo ilícito.

CASTAN afirma que la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico presupone algún motivo o causa y se propone alcanzar algún fin, siendo ambos elementos el motivo y el final esenciales a todo acto de voluntad, hallándose en nuestro Derecho entremezclados e identificados, pues la consideración o representación del fin opera como causa, al determinar a las partes a celebrar el negocio, por lo que, aunque se haya arraigado en nuestra terminología jurídica el empleo de la palabra causa, sería preferible que, en tal caso, fuera sustituida por el concepto de finalidad.

En conclusión: la causa objetiva en los contratos onerosos que, por el artículo 1.274 del Código civil, consiste en la respectiva contraprestación que se establece mediante su estipulación, es la expresión inmediata de un propósito o motivo finalista, remoto, que se pretende alcanzar mediante el concierto de tal negocio jurídico, y sólo tendrá eficacia en el orden jurídico el motivo remoto, y será determinante de la nulidad del convenio cuando, constituyendo un fin ilícito, opuesto a las leyes o a la moral, sea denunciada y probada tal motivación al amparo del artículo 1.275 de la Ley sustantiva.

III. EL CONCEPTO DE LO ILÍCITO

Pero, ¿qué es lo ilícito? ¿Cuándo la motivación se opone a las leyes o a la moral?

ANDREAS VON THUR (10) decía que la libertad de contratación tenía su límite, cuando la conducta comprometida por el deudor fuera

vado de la Universidad de Nápoles: *El negocio jurídico*. Traducción del italiano, Prólogo y notas de MANUEL ALBALADEJO. Año 1956, págs. 502 y sigs.

(10) A. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*. Tomo I, primera edición, año 1934, pág. 176.

contraria a la Ley o a las buenas costumbres, como concepto idéntico al de la moral.

Nadie puede obligarse jurídicamente a cometer un delito, ni derivar de un contrato semejante crédito de ningún género, ni conculcar los derechos contractuales de otra persona, poniendo como ejemplo de contratos que pueden fomentar un resultado inmoral, el de la asignación de una cantidad como remuneración de un comercio sexual fuera del matrimonio, el alquiler de un prostíbulo, o la constitución de una sociedad para su explotación, la entrega de cosas o realización de actos, sin otro fin que mover a engaño al público, la organización y explotación industrial de juegos de azar...

SÁNCHEZ ROMÁN (11) enunciaba como pactos de causa ilícita mencionados por las Leyes de Castilla, anteriores al Código civil, los siguientes :

1.º El general que hemos indicado de ser contra ley o moral, aunque se hayan puesto pena o juramento, para garantizar su observancia.

2.º La remisión del dolo futuro, aunque sí vale la del dolo pasado.

3.º La remisión de cuentas y pacto de no pedir más en razón de ellas, que tampoco valen en cuanto al engaño u ocultación hecha, por el que la rinda, si no se le han remitido expresamente ; pero sí en cuanto a las otras cosas en que no los hubo.

4.º El pacto de cuota litis entre el Abogado y su cliente, para que éste dé a aquél una parte determinada de la cosa litigiosa.

5.º Los pactos entre las mismas personas, ya para que el delincuente dé al Abogado cantidad o cosa, en el supuesto de ganarse el pleito, ya el de asegurar la victoria en el mismo por cierto premio ; ya, finalmente, el de que los Abogados y Procuradores acepten el seguir a sus propias expensas los pleitos mediante una cantidad alzada.

6.º La renuncia de la prescripción trienal de los honorarios de los Abogados.

7.º El pacto entre dos para heredar el sobreviviente al premovente, a no ser entre militares dispuestos a entrar en batalla o amenazados de otro peligro análogo, cuyo pacto será válido aunque sal-

(11) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. Tomo 4.º, páginas 205 a 208.

gan ilesos de aquellos riesgos, siempre que alguno de ellos no le revoque posteriormente.

8.º El pacto de hecho por los que se creen objeto de alguna manda o institución en un testamento, antes de llegar el caso de su aplicación, sobre las mismas cosas ordenadas en su favor.

También MUCIUS SCAEVOLA (12) hace referencia a nuestro Derecho histórico sobre pactos ilícitos por inmoralidad, citando el pacto de remisión del dolo futuro (Ley 29, tít. XI, Partida 5.ª); la renuncia a pedir que se deshiciera la equivocación o engaño que hubiese podido mediar en unas cuentas (Ley 30, tít. XI, Partida 5.ª); el pacto de pagar lo perdido en juegos prohibidos (Ley 15, tít. XVIII, libro XII, Novísima Recopilación); el pacto llamado de cuota litis, hecho entre Abogado y cliente para percibir aquél cierta parte de la cosa litigiosa (Ley 14, tít. VI, Partida 3.ª), y el pacto comisorio, por el que se estipulaba que no pagando el deudor en el plazo convenido, el acreedor se haría, *ipso facto*, dueño de la cosa dada en garantía, aunque ésta importase más que la deuda (Ley 12, tít. XIII, Partida 5.ª).

Contendrían causa ilícita las prestaciones que recayeran sobre el estado civil de las personas: El pacto por el que un hijo natural transigiere sobre su filiación; el en que el adoptado renunciase a llevar el apellido del adoptante, la transacción sobre alimentos entre personas obligadas a prestárselos en razón a su próximo parentesco, o el de renuncia de alimentos, o la transmisión a un tercero del derecho a los mismos, o el que afectase al abandono de la patria potestad; las donaciones entre cónyuges, el de renuncia a la prescripción y cualesquiera otros que afectasen a las prohibiciones expresas y tácitas del Código civil.

Cuando la ilicitud viene determinada por la conculcación de la moral, el propio MUCIUS SCAEVOLA dice que la moral, en contraposición a la Ley, se refiere más bien al pudor, puesto que otras transgresiones que podrían caer bajo la misma sanción civil de nulidad, o tienen su amparo en la libertad de contratación o están ya definidas en la esfera de la delincuencia y caen dentro del Código penal.

Los traductores de ENNECCERUS, B. PÉREZ y ALGUER (13);

(12) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*. Tomo 20, págs. 774 a 778.

(13) LUDWIG ENNECCERUS: *Tratado de Derecho civil*, tomo 1.º, volumen 2.º, págs. 303 a 306.

afirmaban que si la causa es la intención dirigida a la consecuencia jurídica mediata y un negocio que por su contenido no es inmoral, está enlazado por nexo causal con un fin inmoral, se estará en presencia de una causa ilícita.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El inmenso arbitrio judicial que permite el enunciado jurídico insito en los preceptos que contemplamos, ha determinado que en realidad el Derecho positivo tenga una ordenación jurisprudencial que ha venido tipificando el concepto de la ilicitud de causa en los contratos.

Pero téngase en cuenta, como dice PUIG BRUTAU, que en esta materia la doctrina jurisprudencial debe estudiarse distinguiendo de manera tajante entre las declaraciones doctrinales contenidas en las Sentencias y la verdadera razón determinante del fallo. Esto es, entre el *obiter dictum* y la *ratio dicendi*, porque si se generalizasen muchas de las premisas establecidas en las respectivas Sentencias, podrían aparecer pronunciadas en términos contradictorios.

En efecto, hay una serie de Sentencias, como la de 6 de mayo de 1902 y la de 6 de diciembre de 1947, que se atienen al sentido estricto de causa en el redactado del artículo 1.274 del Código civil, y así dice la primera de las citadas :

«La causa en el contrato de compra-venta no es la razón primera determinante de la voluntad o el fin u objeto que se persiga por cima o con independencia de los objetos propios de la convención, sino que lo es para el vendedor el precio estipulado y para el comprador la cosa a cuyo dominio aspira, El fin ilícito que algunos de los contratantes se proponga realizar por medio de la venta o de la compra podrá tener sus consecuencias, pero no es la causa del contrato, ni convierte en torpe o ilegal la verdadera cuando no afecta a la esencia del mismo» (14).

Y dice la del año 1947 :

«... se incurre en una patente confusión de conceptos, derivada de las distintas acepciones de la palabra causa, porque, por un lado,

(14) G. 3-8-902; C. L., t. 11, pág. 729.

se alude a la causa del contrato, que según el artículo 1.274 del Código civil, es, en los onerosos, la prestación recíproca de cosa, servicio o precio, y, por otra parte, se hace entrar en juego, como demostración de ilicitud, la intención del vendedor de incumplir las obligaciones contraídas, y como según se tome en consideración en un contrato, el elemento representado por una u otra de las acepciones del repetido vocablo se habrían de deducir consecuencias jurídicas diferentes, no debe confundirse el concepto de causa, en el sentido legal, considerado elemento esencial del contrato en nuestro Derecho, con los móviles del otorgamiento de la convención jurídica o el fin ulterior que los contratantes se propusieron, y al referirse, en concreto, a la nota de ilicitud, hay que tener presente que la ilicitud de la causa a que alude el segundo párrafo del artículo 1.275 es una cualidad objetiva inherente a la prestación que se exige u ofrece, la cual, al ser por sí misma inmorale o contraria a la Ley, determina la ineficacia del contrato, según el mismo precepto legal aludido, y, a su vez, el móvil o intención de los contratantes es una determinación subjetiva de la voluntad, secundaria respecto del consentimiento contractual, que si probablemente influye en la convención jurídica a que afecta, no ataca su existencia, sino que la vicia en sus consecuencias de muy diversos modos, llegando a producir, según los casos, su nulidad e invalidez; y haciendo aplicación de tales principios al caso presente, aparece que la intención civilmente dolosa que el vendedor hubo de tener al concertar el contrato de compraventa ya fué sancionado en pleito anterior, que culminó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1941, dictada en consideración a la realidad del repetido contrato, y en lo que respecta a la causa legal del mismo, aparece probado en este pleito que hubo, como prestación del vendedor, la entrega de un negocio, y por parte del comprador un precio cierto y determinado, que si se reputa exiguo habrá de advertirse que la cosa entregada también desmerecía de su anterior apreciación, y esta causa, no es *per se* ilícita ni da ocasión, por tanto, a determinar la inexistencia del contrato, ni puede tampoco argüirse de falsa o ficticia, porque el Tribunal *a quo*, por el examen de la prueba, declara que hubo en esta compra-venta traslación del dominio, que permitió al comprador transmitir con eficacia y ampliamente, según consta en autos, sus facultades dominicales al apoderado, en escritura de mandato otorgada al siguiente día de firmarse la de compra-venta discutida, sirviendo la apreciación de estos

hechos a la Sala sentenciadora para destruir las deducciones formuladas por presunción, base de la resolución del Juzgado» (15).

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Excm. Audiencia Territorial de Valencia, de 9 de mayo de 1956 (16), que dice :

«Que alegado en el escrito de contestación e insistido en el acto de la vista por el Letrado de la parte apelante la no concurrencia en el contrato de los requisitos de consentimiento, objeto y causa y alegando también en dicho acto la falta de concreción y de contraprestación en el contrato, en oposición a estas alegaciones, basta señalar que la Sentencia recurrida, al dar por cierto la incapacidad del padre otorgante del contrato para llevarlo a efecto y desplazar la validez del mismo, dió también por incorporados a la misma los fundamentos jurídicos de la demanda, por resultar de aplicación los artículos que cita en cuanto a las condiciones y requisitos de los contratos, restando tan sólo admitir que está clara y perfectamente definida en el contrato, aparte del requisito al consentimiento, la existencia de la causa y objeto, de acuerdo además con la doctrina del Tribunal Supremo, que tiene reiteradamente establecido que la noción legal de la causa, según resulta del artículo 1.274 del Código civil, tiene un sentido de objetivo referido a la materia misma del contrato y no afecta a los motivos o designios que hayan podido existir en el ánimo de los contratantes, y determinando la de 22 de febrero de 1940 que la causa en el contrato de compraventa lo es para el vendedor el precio estipulado y para el comprador la cosa a cuyo dominio aspira, precio y cosa determinados en el contrato de autos ; y en cuanto al objeto del contrato, también el Tribunal Supremo, en reiteradas Sentencias, entre las que destaca la de 22 de marzo de 1924, que ha definido la sustancia del contrato por la materia y ésta existe si se contrata sobre actos o derechos patrimoniales enajenables o suficientemente determinados, lícitos y posibles. En el contrato de autos se determina el objeto de la venta, consistente en lo que tenga que percibir el padre en su parte de gananciales en la liquidación de bienes adquiridos durante el matrimonio con su ya fallecida esposa.»

(15) *Repertorio Jurisprudencia Aranzadi*, 1947, Referencia 1.359.

(16) *Boletín Informativo de Sentencias* dictadas por las Salas de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, publicado por el I. C. de Abogados, 1956. Referencia 150.

Sin embargo, hay otro grupo de Sentencias, como son las de 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 24 de marzo de 1950, que admiten la superposición de los móviles finalistas al sentido de la causa estricta del contrato.

En efecto, la Sentencia de 2 de abril de 1941 (17), declara :

«Ha de ser repudiado ineficaz por exigencias ineludibles de carácter social y moral del Derecho, todo contrato que persiga un fin ilícito o inumoral, sea cualquiera el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, no justificada por un interés digno de ser socialmente protegido.

El concepto de la causa ilícita, tal como la desenvuelve y aplica, con gran amplitud y flexibilidad, la doctrina moderna, permite cobijar, no sólo las conveniencias ilícitas por razón de su objeto o de su motivo (cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el concepto del contrato), sino también múltiples convenciones que no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inumoral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que ésta cumpla aquello que ya está tenido por una obligación conmutativa, no ampara tal categoría de convenciones, a la que pertenecen numerosas especies, ya debidamente registradas por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la cual ha continuado en este punto, como no podía menos, la tradición jurídica de patria, encarnada en las Leyes de Partidas, que establecieron con su habitual sabiduría (Ley 47, tít. 14 de la Partida 5.ª) que hay «torpedad... de parte de aquél que recibe la paga, o la promisión, cuando le promete, de pagar alguna cosa porque non furte, o non mate ome, o no faga sacrilego o adulterio, u otra cosa semejante destas de aquéllas que según natura, o según derecho, todo ome es tenuto de guardarse de las facer... da mucho es cosa desaguisada de recibir ome ningún precio por non fazer aquello que él por si mismo es tenuto naturalmente de guardarse de lo fazer».

Y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 1946, volvió a reiterar :

«El tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la

vez sugestivo e intrincado, fué objeto de examinar por esta Sala en múltiples Sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y del móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden, y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto; por lo que, aplicada al caso de autos esta doctrina, que, en definitiva, proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción al móvil a la categoría de verdadera causa, en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legitimarios de la mujer e hijos del donante la causa que domina y da razón de ser el contrato, y ha de ser calificada de ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275 en relación con el 336 y con el 806 del Código civil, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras Sentencias, en la de 12 de junio de 1941 y en la citada de 12 de abril de 1944» (18).

V. CONSIDERACIÓN LEGAL SOBRE LA ILICITUD DE CAUSA

¿Quiere esto decir acaso que hay contradicción entre unos y otros pronunciamientos del Tribunal Supremo? Entendemos que no. Volviendo a recoger nuestra tesis de conclusión a la doctrina de los tratadistas, tendremos que afirmar que, si la validez de los contratos está determinada por la concurrencia de la causa que en los contratos onerosos es la reciprocidad de las respectivas prestaciones, por norma general, y en sentido positivo, será evidente que, cuando concurra el *do ut des*, finalidad inmediata y causa contractual, el contrato será válido por primitivos efectos jurídicos; y esta es la norma general, esta es la regla vigente para la seguridad del tráfico jurí-

dico ; pero, cuando la probanza de la motivación intencional, de la finalidad remota, revele, de modo evidente, que aquella causa determinante de la convención no es más que un medio para la consecución de un fin ilícito vedado por la Ley o conculcatorio de la moral, entonces este motivo se superpone por ministerio del artículo 1.275 del Código civil al concepto de causa objetiva y es enervante de la validez y es determinante de la nulidad del contrato, que fué el simple medio del logro de la ilicitud, y lo que es ilícito, lo que es contrario a la Ley, lo que es conculcatorio de la moral, no puede, en forma alguna, engendrar derechos ; como decía DUALDE, ha abortado el contrato, porque aquella causa fué impotente para la consecución de un fin ilícito.

A) *Casos concretos de ilicitud de causa contractual,
según el Tribunal Supremo*

Las Sentencias que declaran la ilicitud contractual, la ilicitud de la causa, prueban bien la realidad de esta afirmación.

En efecto, en 8 de marzo de 1918, declaraba el Supremo inexistente el contrato por la causa ilícita que implicaba la reanudación de un estado de mancebía contrario a la moral y a las buenas costumbres.

La de 28 de junio de 1926, en el propio sentido respecto al funcionario contratista de suministros de la propia entidad de la que dependía.

Por la de 6 de junio de 1916, era lícita la contratación de los servicios de un funcionario del Cuerpo de Policía con una remuneración por la prestación de unos servicios que venía a rendir, en el cumplimiento de las funciones que oficialmente le estaban encomendadas.

Y la de 16 de junio de 1904, mediante el concierto del apoderado del dueño del monte, con el contratista de sus aprovechamientos.

La de 24 de marzo de 1950, compra-venta a favor de una hija para defraudar los derechos legitimarios de los herederos.

La de 2 de abril de 1941, indemnización por rompimiento de estado de mancebía.

En una palabra, cuando tan monstruosa es la probanza de la ilicitud finalista, cede el concepto de causa estricta del contrato para dar paso a la aceptación de los efectos jurídicos de la ilegalidad o inmoralidad del motivo o intención finalista de una relación anti-jurídica.

B) *Momento de concurrencia de la motivación ilícita*

El momento que en cualquier caso ha de concurrir la ilicitud, ha de ser el de su nacimiento, el de su convención, porque si de otro modo fuere, si la ilicitud fuere sobreviniente, tendría que ser ajena a la voluntad de los contrayentes y entonces prevalecería el concepto de causa estricta.

La seguridad de las relaciones jurídicas, el principio *pacta sunt servanda*, el buen orden de la eficacia de las convenciones en la relación obligacional, no puede estar sujeto al albur de las circunstancias posteriores a la contratación que no formaron parte de las presuposiciones determinantes de la emisión de las respectivas voluntades, y, por consiguiente, no dándose un tracto sucesivo para el que fuere prevista una finalidad ilegal o inmoral, no cabe considerar la ilicitud más que en el momento de establecer el convenio sobre el que pretenda imputarse la causa torpe.

Así ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia (19) de 14 de diciembre de 1940, que dice :

«Es ineficaz la infracción aducida. por interpretación errónea y no aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.261, 1.274 y 1.275 del Código civil, fundándose en que la causa del contrato discutido ha fallado en el proceso de consumación del mismo, o se ha convertido en ilícita, pues a ello se ha de oponer :

1.º Que la Sala sentenciadora ha estimado, sin que su criterio sea objeto de impugnación, la existencia de la causa en el contrato de referencia y en las diversas obligaciones que emanan del mismo, ya que la cláusula que obliga a los señores N. a poner a disposición de A. H. de V., el resto de la producción sobre las 50.000 toneladas de mínimo, es una compensación de las seguridades y garantías que aquella Sociedad ofrecía a los demandados y hoy recurrentes al comprometerse a adquirir el mínimo de 50.000 toneladas.

2.º Que reconociéndose en el recurso que el contrato en cuestión no adolecía cuando nació de ningún vicio de nulidad, no puede invocarse la inexistencia de causa, como sobrevinida con posterioridad, porque siendo la causa, en la concesión de nuestro Código civil, uno

de los elementos constitutivos del contrato necesarios para darle nacimiento, hay que referir su existencia a ese momento creador del vínculo, y la prolongación de la teoría de la causa más allá del momento de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otras figuras jurídicas más o menos relacionadas con aquélla, pero que la desplazan de sus términos legales estrictos, aun cuando guarda conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica, no encuentra apoyo alguno en nuestra Ley civil vigente.

3.º Que por muy grande que sea la extensión que las teorías actuales y la jurisprudencia han dado al concepto de la causa ilícita al traer a ella numerosas y fecundas aplicaciones de una concepción subjetivista de la causa, que vienen a ensanchar los horizontes de la concepción clásica y legal de ella, en nada facilita dicho concepto la viabilidad del presente recurso, toda vez que lo que caracteriza fundamentalmente la ilicitud de la causa es la lesión de un interés general de orden jurídico o moral, y en la convención de autos no hay fin perseguido ni móvil alguno incorporado al negocio que puede considerarse contrario a las leyes o a las buenas costumbres.»

C) *Síntesis de la doctrina jurisprudencial*

En consecuencia, podemos establecer la siguiente síntesis de la doctrina jurisprudencial:

A) Por causa contractual se entiende en los contratos onerosos, según el artículo 1.274 del Código civil, la prestación recíproca de cosa, servicio o precio, considerada como elemento esencial del contrato que, si por sí misma es inmoral o contraria a ley, será ilícita determinante de la nulidad del contrato.

B) El móvil o intención de los contratantes es una determinación subjetiva de la voluntad, secundaria respecto del consentimiento contractual, y cuanto afecta a la esencia del contrato, por perseguir un fin ilícito e inmoral, se confunde con la verdadera causa, elevando por excepción el móvil a tal categoría jurídica y siendo determinante de la nulidad del contrato.

C) La causa en sentido objetivo o el móvil, finalidad en su aceptación subjetiva, equiparable al concepto de causa para que por su inmoralidad o ilegalidad sean considerados ilícitos, tendrá que con-

currir, en el momento constitutivo de contrato creados del vínculo, sin que pueda prolongarse la teoría de la causa más allá del momento de la estipulación contractual (20).

EMILIO ATTARD ALONSO

Abogado de los Ilustres Colegios
de Madrid y Valencia

(20) Vid. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, tomo 8.º, página 706. *Derecho civil español común y foral*, JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, tomo 1.º. J. DABIN, Profesor de la Universidad de Lovaina: *La teoría de la causa. Estudio histórico y jurisprudencial*, traducido por FRANCISCO DE PELSMAEKER, Doctor en Derecho. Biblioteca de la «Revista de Derecho Privado», año 1929. ANTONIO M. BORRELL Y SOLER: *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1947, páginas 87 a 96. MIGUEL TRAVIESAS. M.: *La causa en los negocios jurídicos*, «R.G.L.J.», t. 134, 1919, págs. 28, 105, 211, 320 y 502. ALVAREZ (Ursucino): Conferencia sobre *El problema de la causa en la tradición*, «I.U.», núm. 2, 1944, pág. 129. DUALDE (Joaquín): *La causa en los contratos* «R.G.D.», número 1, 1944, pág. 2. GUASP (Jaime): *Indicaciones sobre el problema de la causa en los efectos procesales*, «R.D.P.», pág. 403, JORDANO (Juan B.): *Sentencias anotadas: Causa, motivo y fin del negocio*, «A.D.C.», tomo 2.º, 1949, página 749. SÁNCHEZ-BLANCO (J.): *La causa y el acuerdo sobre la causa en los negocios jurídicos* «I.J.», 1950, pág. 1183.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

AUN ADMITIDA LA PRÁCTICA DE INCORPORAR A LAS ESCRITURAS MATRICES DOCUMENTOS, NO YA COMPLEMENTARIOS, SINO FUNDAMENTALES EN EL OTORGAMIENTO DE QUE SE TRATE—PRÁCTICA NO RECOMENDABLE EN TODOS LOS CASOS, DESDE LUEGO—, DICHA ADMISIÓN, NO OBSTANTE, HA VENIDO LÓGICAMENTE CONDICIONADA POR RIGUROSAS LIMITACIONES, CON EL FIN DE EVITAR QUE, POR TEMERARIA SIMPLIFICACIÓN DE LA MECÁNICA NOTARIAL, SE QUEBRANTE EL ESQUEMA CONCEPTUAL DEL INSTRUMENTO Y PIERDA ÉSTE SU FUERZA, Y AUN SU RAZÓN DE SER, AL TRASPASAR A DICHOS APÉNDICES LO QUE TIENE LUGAR ADECUADO EN EL CUERPO DE LA ESCRITURA, PARA PODER RECIBIR EN ELLA PRECISAMENTE LA VIRTUD DEL OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN.

EL ESTABLECIMIENTO ESTATUTARIO DE QUE LAS SESIONES, A PETICIÓN DE LOS SOCIOS, NO PODRÁN SER MÁS QUE UNA POR MES, CONTRADICE LA LIBERTAD DE DICHOS SOCIOS, QUE NO DEBEN TENER MÁS CORTAPISA EN LAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA QUE LA LEGAL (ARTÍCULO 15, LEY DE 17 DE JULIO DE 1953), POR LO QUE EN LA SOCIEDAD CALIFICADA TAL LIBERTAD RESULTA ILIMITADA POR LA DISTRIBUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL EN TERCERAS PARTES.

Resolución de 7 de diciembre de 1956 (B. O. de 23 de enero de 1957).

Por escritura autorizada por el recurrente el 5 de febrero de 1951,

don Antonio Fernández Goula, don Pedro Rucabado Verdaguer y don Antonio Riera Guitart constituyeron una Sociedad mercantil de responsabilidad limitada, denominada «Productos Alimenticios Tupinamba, S. L.», con domicilio en Barcelona, en la Avda. de la Virgen de Montserrat, número 237, y un capital social de 500.000 pesetas, aportado por los socios en la siguiente proporción: señor Fernández Goula, 225.000 pesetas; señor Rucabado Verdaguer, 150.000 pesetas, y señor Riera Guitart, 125.000 pesetas; en Junta de socios celebrada el 14 de diciembre de 1954 se acordó hacer constar el traslado del domicilio social a la calle Córcega, número 538, de la misma capital, proceder a la adaptación de los Estatutos a la Ley de Limitadas y aumentar el capital social a la suma de pesetas 600.000 con participaciones iguales de 200.000 pesetas cada socio, a cuyo efecto se restituirían al señor Fernández Goula 25.000 pesetas que tenía en exceso en el capital de la Sociedad, y los otros socios, señores Rucabado Verdaguer y Riera Guitart, aportarían 50.000 y 75.000 pesetas, respectivamente, que les faltaba para completar la indicada suma. El importe de las nuevas participaciones sociales sería completamente desembolsado al hacerse firme el acuerdo; también se acordó suprimir el párrafo 21 de los Estatutos sociales referente al sueldo del Gerente. El 20 de diciembre de 1954, don Pedro Rucabado Verdaguer, como Secretario de la Junta de socios, con el visto bueno de don Antonio Fernández Goula, como Presidente, expidió certificación de los indicados acuerdos, y el 30 de junio de 1955 el señor Rucabado Verdaguer otorgó, en representación de la Sociedad, ante el Notario señor Escobar de la Riva, la correspondiente escritura. El texto de los arts. 12, 15 y 17 de los nuevos Estatutos es el siguiente:

Artículo 12. «Además de las reuniones expresadas en el artículo anterior (se refiere a las obligatorias), se reunirá la Junta de socios siempre que lo solicite un socio o cuando lo crea conveniente el Presidente. Las sesiones a petición de los socios no podrán ser más de una por mes.»

Art. 15. «Cada Junta general designará de su seno un Presidente y un Secretario.»

Art. 17. «Las convocatorias serán cursadas por cualquiera de los tres socios. Caso de que por un socio se quiera usar de la facultad que concede el art. 12, requerirá a cualquiera de aquellos tres para que curse la convocatoria en el plazo de ocho días.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del presente documento por los siguientes defectos: 1.º Por cuanto conteniendo el mismo una reducción y aumento de capital, modificación de artículos estatutarios y traslado de domicilio social, tales modificaciones deben constar necesariamente en documento público, no teniendo este carácter el certificado del acta de la Junta que por el Notario autorizante se une a la escritura matriz. 2.º No acreditarse el desembolso de las 50.000 y 75.000 pesetas en que, respectivamente, se incrementan las participaciones de los socios don Pedro Rucabado Verdaguer y don Antonio Riera Guittart. 3.º Conceder con carácter exclusivo en el art. 12 de los Estatutos la facultad de convocar la Junta de socios al Presidente, cargo que no existe en la Sociedad, pues según el art. 15 siguiente, cada Junta decidirá su Presidente, y tratarse de un extremo que corresponde a los Administradores; limitar en el mismo art. 12 la facultad de petición de Junta de socios a una por mes, en contra de lo dispuesto por la Ley. 4.º Determinar en el art. 17 de los Estatutos que las convocatorias a la Junta serán cursadas por cualquiera de los tres socios, facultad que por la Ley queda reservada exclusivamente a los Administradores, pues si bien de esta escritura los mismos ostentan el carácter de Administradores, tal facultad debía serles concedida por tal carácter, no por el de socios. Siendo insubsanables tales defectos, no procede la anotación de suspensión, aun en el caso de ser solicitada.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, don Eloy Escobar de la Riva, la Dirección confirma la nota del Registrador respecto al defecto tercero, y en cuanto a la limitación mensual de convocatoria, declarando en su virtud no inscribible la escritura «y lo demás acordado», mediante la magnífica doctrina siguiente:

Que aun admitida la práctica de incorporar a las escrituras matrices documentos, no ya complementarios, sino fundamentales en el otorgamiento de que se trate—práctica no recomendable en todos los casos, desde luego—, dicha admisión, no obstante, ha venido lógicamente condicionada por rigurosas limitaciones, con el fin de evitar que, por temeraria simplificación de la mecánica notarial, se quebrante el esquema conceptual del instrumento y pierda éste su

fuerza y aun su razón de ser al traspasar a dichos apéndices lo que tiene lugar adecuado en el cuerpo de la escritura, para poder recibir en ella precisamente la virtud del otorgamiento y autorización.

Que dichas limitaciones fueron apuntadas por la Resolución de 31 de diciembre de 1924, que declaró «era necesario», en general, que las declaraciones de las partes que engendran directamente relaciones jurídicas figuren en lugar adecuado, dentro de la estructura tradicional o de la racionalmente adoptada por el fedatario en vista de las circunstancias características del acto, de suerte que la materia sobre la que ha de recaer el consentimiento no pueda susstraerse al conocimiento de los contratantes, y, antes al contrario, solicite su atención y examen»; palabras éstas que conservan toda su vigencia y descubren la pobre contextura que el Notario ha dado al acto unilateral modificativo, por adaptación legal de la Sociedad, el cual, por su propia naturaleza, exigía tan rigurosa formalidad como el de constitución—habida cuenta, además, que por tratarse de Limitada, no cabía la distinción de escritura y Estatutos—, contextura tan endeble que amenaza con dejar desvanecida la materialidad de la declaración de voluntad del otorgamiento.

Que en el caso planteado, la redacción de la escritura ha seguido un esquema imperfecto, como resulta de las frases que siguen a la comparecencia: «Dice: Que la Junta de socios... en sesión celebrada..., acordó adaptar los Estatutos...» «... el señor compareciente me entrega certificación...» «... cuya certificación uno a esta escritura matriz, llamando su testimonio a este lugar de las copias que de la misma se libren...» «... así lo otorga, le hago las reservas y advertencias legales...»; con lo que la función de Notario, funcionario público profesional del Derecho que debe redactar los instrumentos públicos «interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia», parece quedar rebajada en acto de tanta trascendencia como el contemplado y casi reducida a la redacción de un acta unida a un testimonio, en cuanto el otorgamiento, el contenido de la prestación del consentimiento, no es suficientemente claro y explícito, aunque haya forzosamente de deducirse de los escuetos antecedentes.

Que por exigencia del art 3.º de la Ley de Sociedades Limitadas, el capital social debe estar totalmente desembolsado desde su origen, y ello obliga que dicho desembolso se realice de hecho en el momento constitutivo y por lo menos así se exprese absolutamente

en la escritura, por lo que, aun con técnica desde luego mejorable, la que es objeto de este recurso, en cuanto recoge cronológicamente los acuerdos de la Junta, primero, el de aumento de capital con indicación de la cifra del aumento y expresión de un futuro desembolso condicionado a la firmeza del acuerdo, y, subsiguientemente, la redacción del artículo estatutario relativo al capital social en la cual, además de fijarse las participaciones sociales, norma típicamente estatutaria, y su distribución personal, se declara que los socios lo dejan suscrito y desembolsado, no puede, en rigor, concluirse deje incumplido el precepto legal, pues la imprecisión del primer acuerdo debe entenderse desvirtuada por la afirmación categórica que recoge dicho precepto estatutario.

Que la concreta composición de la Sociedad formada por tres socios, que son a la vez Administradores, descarta todo temor de que en la realidad se produzca entorpecimiento en la vida social con un artículo redactado en la forma en que lo está el número 12 de los Estatutos, el cual refiere la facultad de convocatoria a un socio—que sería siempre un Administrador— y a un Presidente, que no puede ser otro que el que cada Junta general designe de su seno, conforme al art. 15, o sea un socio Administrador—, cuyo mandato es lógico se extinga con la misma Junta para la cual y por la cual fué nombrado, y en este sentido, en el repetido artículo estatutario, a pesar de sus incorrecciones terminológicas, no cabría apreciar estricta infracción legal, si no fuera porque el último párrafo contiene la limitación mensual de convocatoria, que contradice la libertad de los socios, que en esta Sociedad resulta ilimitada por la distribución de capital social en terceras partes.

Que el cuarto defecto no hace sino reiterar la imprecisión terminológica señalada en el tercero, sin mayor trascendencia en este punto.

Nos referimos en todo a nuestra nota a la Resolución de 9 de noviembre de 1951, esta Revista, pág. 142 y siguiente, año 1952.

CONTRAÍDAS POR EL MARIDO: PUEDE PRACTICARSE, CONFORME AL ARTÍCULO 144 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, AUNQUE EL PROCEDIMIENTO SE HAYA DIRIGIDO SÓLO CONTRA EL MARIDO POR LAS DEUDAS QUE CONTRAJÓ DURANTE EL MATRIMONIO, PUESTO QUE EN LA ADQUISICIÓN REALIZADA POR LA MUJER NO CONSTA LA PROCEDENCIA DEL DINERO.

CALIFICACIÓN: COMO TIENE REITERADAMENTE DECLARADO EL CENTRO DIRECTIVO, LOS REGISTRADORES CALIFICARÁN LA LEGALIDAD DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR LA QUE RESULTE DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO, SIN TENER EN CUENTA DATOS DE QUE NO EXISTA CONSTANCIA EN LOS MISMOS.

Resolución de 22 de diciembre de 1956 (B. O. de 10 de febrero de 1957).

Doña Hermitas Castro del Río, casada con don Mario Pinto de Acevedo y representada por su hermano don Plácido Castro del Río, compró a doña Consuelo Villar Fernández, por precio de 263.000 pesetas, según escritura pública de 18 de abril de 1947, autorizada por el Notario de Vigo don Miguel Hoyos de Castro, un solar denominado «Atalaya», de 578 metros cuadrados, situado en el término municipal de Vigo. Esta finca fué inscrita a nombre de la compradora en el Registro de la Propiedad.

Don Antonio Albán Ferradás prestó a don Mario Pinto de Acevedo, mediante escritura pública, otorgada en 13 de noviembre de 1954, la cantidad de 65.000 pesetas, que deberían ser devueltas en el plazo de tres años, devengando, mientras tanto, el interés del 7 por 100, e hipotecándose en garantía la finca indicada anteriormente, rechazándose en el Registro la inscripción de la misma. Incumplidas sus obligaciones por el deudor, se siguió contra el mismo juicio ejecutivo, en el que se decretó el embargo de la repetida finca, acordándose por providencia de 5 de abril de 1955 librar el oportuno mandamiento al Registrador de la Propiedad de Vigo para la práctica de la correspondiente anotación preventiva.

Presentado el mandamiento en el Registro, fué suspendida la anotación, «porque manifestándose que se trabó el embargo sobre bien inmueble del demandado, se reconoce y hace constar en el mandamiento que figura en el Registro a nombre de la esposa del ejecutado, por lo que se está en el caso de que se exprese si las deudas

u obligaciones origen de la reclamación son a cargo de la sociedad de gananciales, y que la finca embargada pertenece a esta sociedad.

Interpuesto recurso por el embargante, la Dirección confirma el auto presidencial, revocatorio de la nota del Registrador, mediante la correcta y ortodoxa doctrina siguiente :

Que la cuestión planteada en este expediente consiste en dilucidar si podrá practicarse una anotación preventiva de embargo por deudas u obligaciones que contrajo el marido durante el matrimonio sobre una finca adquirida por la mujer.

Que en el Registro de la Propiedad no figuran inscripciones extendidas a nombre de la sociedad de gananciales, sino que los bienes o derechos a ella pertenecientes están inscritos a favor del marido o de la mujer, con determinadas circunstancias que permiten, según la Ley, atribuirles naturaleza común o privativa.

Que, conforme a lo dispuesto en el art. 1.408, 1.º, del Código civil, los bienes de la sociedad de gananciales responden de todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y, en su virtud, éste podrá enajenarlos y obligarlos a título oneroso sin consentimiento de la mujer, si bien el Reglamento Hipotecario, en el art. 96, cuando trata de los bienes que aparezcan inscritos a nombre de la mujer sin haberse demostrado la procedencia del dinero, autoriza que pueda disponer de ellos con el consentimiento del marido.

Que son bienes gananciales todos los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.401, párrafo primero, del Código civil, y como además el art. 1.407 prescribe que se reputarán como gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, es evidente que podrá extenderse conforme al art. 144 del Reglamento Hipotecario la anotación de embargo, aunque el procedimiento se haya dirigido sólo contra el marido, puesto que la finca fué adquirida por la mujer durante el matrimonio, sin que conste la procedencia del dinero.

Que en la calificación el Registrador no deberá tener en cuenta los datos que conozca por circunstancias extra-registrales, como es

la existencia de un contrato de capitulaciones matrimoniales, del que no existe constancia en los libros del Registro, sino que, como reiteradamente ha declarado este Centro al interpretar el art. 18 de la Ley, dichos funcionarios calificarán la legalidad de los documentos presentados por lo que resulte de los asientos del Registro.

Ratifica la Dirección su postura tradicional, reflejada en las Resoluciones de 13 de enero de 1913 y 10 de julio de 1935, que en opinión de nuestro admirado compañero José María Mazuelos habían perdido eficacia en virtud de la innovación introducida en nuestro ordenamiento registral por los arts. 95 y 96 del Reglamento Hipotecario («Apuntes sobre las anotaciones de embargo...»), página 33, año 1956, esta Revista).

No obstante, al plantear el problema objeto de la decisión que nos ocupa, reconoce Mazuelos que la cuestión es dudosa.

Prescindiendo de la calificación del requisito de que la deuda u obligación determinante del procedimiento sea o no a cargo de la sociedad de gananciales, que es de la incumbencia exclusiva de la Autoridad que *tramita el expediente de apremio*, el tomar la anotación preventiva sobre bienes inscritos como propios de la mujer por deudas del marido, *prejuzga* el carácter ganancial de los mismos a juicio de Mazuelos, y como además el Reglamento no exige que se *acredite* la propiedad exclusiva de los bienes de cualquiera de los cónyuges, desde el punto de vista registral, para él, los bienes en cuestión no se encuentran comprendidos en la excepción del artículo 144 del texto reglamentario.

Sin negar lo ingenioso de esta argumentación, que puede esgrimirse a la inversa, la encontramos, con sinceridad, un tanto forzada, pues sobre las afirmaciones estrictamente tabulares, de técnica e incluso mecánica registral, de las reglas del art. 95 reglamentario, se hallan las sustantivas, indeclinables, de los arts. 1.401 y 1.407 del Código civil, aducidas por el Centro directivo, en correlación con el art. 144 del repetido Reglamento Hipotecario.

El mismo Mazuelos, a más de reconocer—como escribimos al principio—que la cuestión es dudosa, y en la inseguridad de que prospere su postura, dice «que si se permitiera la anotación del embargo de estos bienes en procedimiento seguido exclusivamente con-

tra el marido de la titular registral, sería para asegurar provisoriamente los derechos del acreedor, pero para la inscripción de la venta o adjudicación de ellos en procedimientos de apremio, sería en todo caso necesario el consentimiento del marido».

Sin duda, esta afirmación la deriva del párrafo segundo del artículo 96 del Reglamento.

Para todos fué evidente, apenas vieron la luz los artículos en cuestión, su colisión con los preceptos correlativos del Código civil, y claro es, surgida esta pugna, «habrá de ser interpretada—o resuelta—, habida cuenta el rango subalterno de los primeros como mera norma referente a la inscripción en el Registro» (La Rica, «Comentarios...», primera parte, pág. 75).

Calificada, pues, por la Autoridad judicial la naturaleza de las deudas u obligaciones en el procedimiento, y ordenada en su consecuencia la correspondiente anotación sobre bienes que, «según la Ley, permite atribuirles naturaleza común» (considerando segundo, *in fine*), estimamos que en manera alguna el párrafo segundo del artículo 96 del Reglamento, llegado el caso de enajenación en el procedimiento de apremio, impedirá la inscripción al comprador o adjudicatario por la ausencia del consentimiento de la mujer.

Naturalmente, si la enajenación se derivase de convenio extrajudicial entre marido y acreedor, sí que entonces cobraban pleno vigor los preceptos reglamentarios, ya que, como indica el propio La Rica (ob. cit., pág. 81), «el Registro se rige por sus leyes propias y no siempre se halla subordinado al régimen civil»; pero dimanada la enajenación del procedimiento—concurriendo sólo el marido o en su rebeldía—, para nosotros es indeclinable, como hemos dicho, la inscripción a nombre del tercero, por sobreponerse a los hipotecarios los preceptos sustantivos del ordenamiento civil.

* * *

El último considerando es consecuencia de la alegación por el Registrador de la existencia de un contrato antinupcial otorgado en Oporto en 1928 entre los esposos, por el que establecen la separación de bienes.

REGISTRO MERCANTIL.—ESCRITURA DE ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. NO ES INSCRIBIBLE :

- 1.º PORQUE EN TRANCE DE ADAPTACIÓN A LA LEGALIDAD VIGENTE PROCEDE ELIMINAR DE LOS ESTATUTOS LA MENCIÓN A UNA ACTIVIDAD SOCIAL QUE DE HECHO LA SOCIEDAD YA NO PODÍA EJERCITAR DESDE LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946 (DE ORDENACIÓN BANCARIA).
- 2.º PORQUE ESTANDO CONSTITUÍDO EL CAPITAL SOCIAL POR DOS MIL CUATRO ACCIONES REPRESENTATIVAS DE MIL PESETAS DE VALOR CADA ACCIÓN, ES INEXACTO AFIRMAR QUE «CADA ACCIÓN REPRESENTA UNA MILÉSIMA PARTE DEL CAPITAL SOCIAL».
- 3.º PORQUE ES ERRÓNEO HABLAR DE «AUMENTO DE CAPITAL POR EMISIÓN DE OBLIGACIONES», TODA VEZ QUE CON ELLO SE CONFUNDEN LOS CONCEPTOS «CAPITAL» Y «PATRIMONIO SOCIAL».
- 4.º POR EVIDENTE CONTRADICCIÓN ENTRE DOS ARTÍCULOS ESTATUTARIOS—EL 13 Y EL 15—SOBRE EL PLAZO QUE DEBE MEDIAR ENTRE LA PRIMERA Y LA SEGUNDA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL, YA QUE DADOS LOS CONTUNDENTES TÉRMINOS EN QUE ESTÁ CONCEBIDO EL PRIMERO NO CABE EXCEPCIÓN ALGUNA EN SU CONTENIDO COMO LA QUE IMPLICA EL SEGUNDO.
- 5.º INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 53 DE LA LEY ESPECIAL POR LOS 17 Y 20 DE LOS ESTATUTOS.
- 6.º POR VULNERAR ASIMISMO EL ARTÍCULO 35 DE ÉSTOS EL 74 DE LA LEY, TODA VEZ QUE SE RETRIBUYE A LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SI NO ANTES DE LA RESERVA LEGAL, SÍ, EN CAMBIO, ANTES DE HABERSE RECONOCIDO A LOS ACCIONISTAS UN DIVIDENDO MÍNIMO DEL 4 POR 100, COMO ORDENA DICHO PRECEPTO LEGAL.

Resolución de 1 de febrero de 1957 («B. O.» de 8 de marzo).

Por escritura de 7 de diciembre de 1930 se constituyó la Compañía mercantil «La Olivarera Extremeña Miró, S. A.», cuyos Estatutos se consignaban en la misma y que fué inscrita en el Registro Mercantil.

Por otra escritura de 27 de enero de 1931, también inscrita en el Registro, se rectificaron algunos errores de concepto padecidos en la anterior. El 24 de marzo de 1941 se elevó el capital social de la expresada Sociedad en un millón de pesetas, que con el anterior hacía un total de dos millones cuatro mil pesetas, inscribiéndose también en el Registro la escritura otorgada con tal fin; y el 18 de diciembre de 1953, «La Olivarera Extremeña Miró, S. A.» adaptó sus Estatutos a la Ley de Sociedades Anónimas, mediante escritura otorgada en Villafranca de Barros ante el Notario don Pablo Hernández de la Torre y Navas, que afecta a los artículos 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 21, 23, 24, 25, 30, 31, 32, 34, 35, 37 y 38 y cláusulas adicionales 3.ª y 4.ª, introduciéndose una nueva «Disposición final», todo de conformidad con lo acordado en Junta general extraordinaria de 7 de diciembre del mismo año, por los cuatro socios, don José, don Ramón y don Conrado Miró Sabaté y don Conrado Miró Chavarría, poseedores de la totalidad de las acciones de la Compañía.

Presentada en el Registro Mercantil de Badajoz la anterior escritura fué calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento, acompañado de la escritura de constitución de la Sociedad Anónima «La Olivarera Extremeña Miró, S. A.», otorgada en Villafranca de Barros el 7 de diciembre de 1930, ante su Notario don Pedro Fernández de Soria y Cabeza de Vaca, de la escritura de rectificación de la anterior, otorgada en igual sitio, ante el mismo Notario el 27 de enero siguiente, y de la escritura de aumento del capital social, otorgada en Almendralejo el 24 de marzo de 1941, ante su Notario don José Marroquín Real, no resultan adaptados los Estatutos de dicha Sociedad a la Ley de 17 de julio de 1951 y a las demás disposiciones legales que regulan las Sociedades Anónimas, por los siguientes defectos, que no se califican de subsanables o insubsanables, ya que la obligatoriedad de tal adaptación hace necesario remover los defectos apuntados, sin que parezca adecuado tomar anotación preventiva, como se desprende del Decreto de 29 de febrero de 1952.

Primero.—El artículo primero de los Estatutos expresa que «con arreglo a las disposiciones de la Ley de 17 de julio de 1951, Código de Comercio y demás Leyes vigentes, y con sujeción a los presentes Estatutos, se crea la Sociedad Anónima denominada «La Olivarera Extremeña Miró, S. A.» Como ya estaba creada desde 1930, se

precisa sustituir la palabra se «crea» por las palabras «funciona» o «existe» u otras de significación análoga.

Segundo.—El artículo tercero de los Estatutos expresa como objeto de la Sociedad, y entre otros, «toda clase de operaciones de Banca y Bolsa». Se precisa acompañar certificación acreditativa de haber sido inscrita esta Sociedad en el Registro de Bancos y Banqueros, a cargo de la Dirección General de Banca y Bolsa del Ministerio de Hacienda, creado por el artículo 38 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y reglamentado por Orden de 12 de marzo de 1947, a tenor de la cual la inscripción en aquel Registro ha de haber sido solicitada antes del 1 de julio de 1947, pues conforme al artículo quinto del Decreto de 9 de julio de 1948, también regulador del mismo Registro, no se autorizará la inscripción en el mismo con posterioridad a aquella fecha de 9 de julio de 1948 de las Empresas bancarias que hayan de explotar también otros negocios distintos, por lo cual, en caso de estar inscrita esta Sociedad después de la referida fecha de 9 de julio de 1948, habría de reformarse el artículo tercero de los Estatutos para excluir del objeto social las demás operaciones que, además de las bancarias, en él se determinan, o para suprimir del mismo artículo las operaciones de Banca y Bolsa.

Tercero.—El artículo cuarto estatutario, en vez de decir que : «La Sociedad comenzará sus actividades el 1 de enero de 1931», ha de expresar que «comenzó» ; es decir, hablar en pasado y no en futuro.

Cuarto.—El artículo quinto de los Estatutos expresa que «cada acción representa una milésima parte del capital social». Como son dos mil cuatro las acciones representativas del capital de mil pesetas de valor de cada acción, es necesario sustituir aquellas palabras por estas otras : «Cada acción representa unas dos mil cuatroavas partes del capital social».

Quinto.—En el otorgamiento de la escritura el artículo sexto de los Estatutos dice en su último párrafo que «no podrán ser admitidas acciones por una cifra inferior a su valor nominal» y debe decir que no podrán ser «emitidas», que es como figura en el acuerdo de la Junta general. Se trata, pues, de un simple error material.

Sexto.—El último párrafo del artículo séptimo estatutario, dice :

«En caso de aumento de capital por emisión de acciones y obligaciones serán preferidos los primeros tenedores de acciones, si se recurre a una suscripción pública». Este texto es defectuoso, porque:

a) El texto del acuerdo de la Junta emplea la conjunción «u» (acciones u obligaciones) en vez de la conjunción «y» (acciones y obligaciones), error material que no altera su sentido, pero que ha de corregirse para armonizar ambos textos.

b) Como a tenor del artículo primero de la Ley de Anónimas, el capital estará dividido en acciones, y, como según el artículo 33, las acciones representan partes alícuotas del capital social, no puede haber aumento de capital por emisión de obligaciones. Esto no obsta a que pueda aumentarse el capital convirtiendo las obligaciones en acciones, pero en este caso desaparecen tales obligaciones para transformarse en acciones.

c) Dice el artículo séptimo de los Estatutos, calificado, que tal preferencia la tienen los anteriores accionistas si se recurre a una suscripción pública, siendo así que, a tenor de los artículos 39 y 92 de la Ley y noveno de los Estatutos, tal derecho lo ostenta en tal caso, lo mismo si se recurre a una suscripción pública como si las acciones se ofrecen a suscripción privadamente.

d) Por último, cuando se trate de emisión de obligaciones, que, repetimos, no es caso de aumento de capital, no puede recurrirse a la suscripción pública, de una manera condicional, como expresa el artículo séptimo de los Estatutos, por ser requisito necesario y previo para la suscripción de las acciones o para su introducción en el mercado el anuncio de la emisión o suscripción pública por la Sociedad, según previenen los artículos 117 y 118 de la Ley.

Séptimo.—El primer párrafo del artículo 13 de los Estatutos, con referencia a todas las Juntas, cualquiera que sea su carácter, dice que entre la reunión en primera y segunda convocatoria debe mediar un plazo de veinticuatro horas. Se precisa adicionar unas palabras para exceptuar los casos prevenidos en el párrafo segundo del artículo 15 de los Estatutos, para los que dicho precepto señala cuarenta y ocho horas de separación entre la primera y la segunda reunión, pues de no hacerse tal salvedad existiría contradicción entre uno y otro precepto.

Octavo.—El artículo 14 de los Estatutos, al fijar para la reunión

de la Junta general ordinaria el mes de julio de cada año, es decir, sólo un mes desde el cierre del ejercicio económico anterior, hace de imposible cumplimiento lo dispuesto en los artículos 50, 53, 102, 108 y 110 de la Ley y 13, 19 y 34 de los Estatutos, puesto que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la Memoria explicativa han de someterse a examen e informe de los accionistas censores de cuentas, y después, en unión de dicho informe, ponerse a disposición de los accionistas, con quince días de antelación al de la Junta general ordinaria anual, que ha de resolver sobre su aprobación. Tampoco puede decir el párrafo segundo del artículo 34 de los Estatutos que el Consejo está obligado a formular aquellos documentos dentro del mes de julio siguiente al cierre del ejercicio social, pues tendrá que hacerlo necesariamente dentro de la primera quincena del mismo mes, para poderlos someter a los censores y después exponerlos a los accionistas con los quince días de antelación a que se refiere el mismo artículo y el 110 de la Ley. Puede verificarse holgadamente la reforma, ya que el artículo 102 de la Ley marca cuatro meses para formular la expresada documentación, contados desde el cierre del ejercicio económico.

Noveno.—El artículo 17 de los Estatutos, que permite tratar en las Juntas generales ordinarias las cuestiones que hayan sido propuestas por escrito al Presidente con ocho días de antelación al de la reunión, se opone al artículo 53 de la Ley, según el cual el anuncio de la Junta ha de publicarse con quince días de antelación, por lo menos, a la fecha fijada para su celebración, y así lo exige también el artículo 13 de los Estatutos.

Décimo.—El artículo 20 de los Estatutos, que parece referirse a toda clase de Juntas generales, se opone, si éstas son ordinarias, al artículo 53 de la Ley, y si son extraordinarias, al artículo 56 de la misma Ley de Anónimas, que también requieren expresar en el anuncio de la convocatoria los asuntos que han de ser objeto de la reunión. Además, aquel artículo 20 estatutario está en contradicción con el 17 de los propios Estatutos, según el cual en las Juntas extraordinarias «no podrán ser discutidos, ni resueltos otros asuntos que aquellos para los cuales hayan sido convocadas». La única excepción es el caso previsto en el artículo 80 de la Ley, pues la acción de responsabilidad contra los Administradores de la Sociedad

puede ejercitarse por acuerdo de la Junta general, aunque no conste en el orden del día.

Undécimo.—Es preciso que todos los actuales accionistas, don José, don Ramón y don Conrado Miró Sabaté y don Conrado Miró Chavarría, acuerden unánimemente renunciar a la fiscalización de la contabilidad anual por los accionistas censores de cuentas a los que se refieren los artículos 34 de los Estatutos y 108 de la Ley, en tanto no ingresen en la Sociedad otros accionistas diferentes de los cuatro actuales, los que, por pertenecer e integrar el Consejo de Administración, son incompatibles para el cargo de censores de cuentas, a tenor del citado artículo legal. En el acuerdo se hará constar que, aunque no pueda haber dos censores propietarios y otros dos suplentes, irán siendo nombrados uno o dos propietarios y luego uno o dos suplentes, a medida que el ingreso de otros socios diferentes de los actuales lo consienta.

Duodécimo.—El artículo 35 de los Estatutos vulnera el artículo 74 de la Ley, que cuando, como ocurre en esta Sociedad, la retribución de los Administradores consiste en una participación en las ganancias, obliga a cubrir en primer término con tales ganancias la reserva legal y la estatutaria, en su caso, y después, un dividendo mínimo del 4 por 100 para los accionistas, y sólo entonces puede ser detraída la participación de los Administradores, mientras que en el artículo 35 de los Estatutos el 5 por 100 para la Gerencia y el otro 5 por 100 para el Consejo se detraen antes que el dividendo activo de los accionistas.

Décimotercero.—En el otorgamiento de la escritura no se consigna como adición a la disposición final cuarta las siguientes palabras, que figuran adicionadas a tal disposición final en el acuerdo de la Junta general: «Se mantiene el balance tal y como aparece en los Estatutos». Tanto en esta disposición final cuarta como en la primera y segunda, debe subsistir solamente lo referente al nombramiento y facultades de los Gerentes, pero sin referir en ellas tema alguno de carácter económico o patrimonial. Aunque la disposición final tercera no trata de dichos temas, tal disposición final tercera debe decir en su primer párrafo que sobre las bases que figuran en la escritura de constitución y en la rectificación de la misma se declaró constituida la Sociedad mercantil anónima «La Olivarera Ex-

tremeña Miró, S. A.», designándose en aquella escritura el primitivo Consejo de Administración del modo siguiente.

El resto de este párrafo y el siguiente párrafo de la misma disposición final tercera pueden conservar la redacción que se les ha dado. Es decir, que en el párrafo primero se hablará en pretérito y no en presente. No pueden mantenerse el inventario y el balance tal como aparecen en las disposiciones finales segunda y cuarta porque están referidos al patrimonio existente al crearse la Sociedad, o sea a bienes importantes 1.004.000 pesetas de capital, desembolsado totalmente por los cuatro socios fundadores; pero no al patrimonio que ahora, veintitrés años después de la constitución, tiene la Sociedad, cuyo capital fué aumentado por escritura del año 1941 en otro millón de pesetas, también desembolsado totalmente, lo que hará necesariamente que los elementos del activo actual sean diferentes de los del activo primitivo, y lo mismo ocurrirá con los elementos del pasivo, sin que en el pasivo del balance ahora confirmado pueda figurar una cuenta aportación de cada uno de los señores José, Ramón y Conrado Miró Sabaté y Julia Chavarría de doscientas cincuenta y un mil pesetas, puesto que ni doña Julia Chavarría es en la actualidad socio, figurando en su lugar don Conrado Miró Chavarría, ni cada uno de estos cuatro socios puede poseer en el capital social una parte alícuota de doscientas cincuenta y un mil pesetas, porque entonces resultaría el primitivo capital de un millón cuatro mil pesetas. Por otra parte, las determinaciones del balance de los elementos del activo, su valoración y la determinación de los elementos del pasivo habrían de hacerse tal como expresan los artículos 103 y 104 de la Ley, detallando con separación cada uno de los elementos citados en estos preceptos legales si los hubiera en el patrimonio activo o pasivo de la Sociedad. Todo lo dicho anteriormente en este apartado décimotercero con respecto a las disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta ha de entenderse referido a lo que en el acuerdo se llaman disposiciones adicionales, y en el otorgamiento de la escritura, cláusulas adicionales, pues la única disposición final es realmente la adicionada ahora por primera vez después del artículo 38 de los Estatutos, aplicando la Ley de Sociedades Anónimas y disposiciones complementarias en todo lo no previsto en estos Estatutos. Como consecuencia de lo expresado en este número décimotercero calificadorio, o se adaptan el inventario y balance a la situa-

ción patrimonial actual de la Sociedad o se expresa que el texto de las disposiciones o cláusulas adicionales primitivas, en cuanto se refieran a las aportaciones de bienes a la Sociedad por sus cuatro socios fundadores en pago de las acciones suscritas y recibidas por cada uno de ellos y representativas del primitivo capital social de un millón cuatro mil pesetas al inventario y valoración de sus elementos y al balance, reflejan la situación patrimonial de la Sociedad en el momento de su constitución y se hizo constar en el Registro Mercantil por la inscripción primera de la hoja de la misma ; pero no refleja la situación patrimonial actual, la que no se cree necesario expresar ahora, ya que el solo objeto de la reforma de los Estatutos ha sido acomodarlos a la Ley de 17 de julio de 1951, en cumplimiento de su disposición transitoria veintiuna.

Interpuesto recurso, la Sección entendió que procedía confirmar, por los considerandos recogidos en esta Resolución, la nota y acuerdo del Registrador, en cuanto a los derechos 2.º, 4.º, 6.º B), 9.º, 10.º y 12.º, y en su virtud declarar no inscribible la escritura, pero no en cuanto el defecto 7.º, pues según ella, «la contradicción señalada entre los artículos 13 y 15, sobre el plazo que debe mediar entre la primera y la segunda convocatoria de las Juntas, de veinticuatro horas en el primer artículo y de cuarenta y ocho en el segundo, es más aparente que real, toda vez que el segundo párrafo de tal artículo 15 regula excepcionalmente la Junta general que ha de deliberar sobre emisión de obligaciones o modificaciones de los Estatutos sociales, y por la misma excepcionalidad del precepto estatutario, admitida por la Ley, su contenido no resulta incompatible con lo que con carácter general debía entenderse establecido en el anterior artículo 13, aunque los términos de éste parezcan sobrado terminantes y excluir la posibilidad de una excepción, en principio legal, que, sin embargo, con el artículo 15 hay que reconocer».

Y la Dirección (léase Director, acusando una vez más, como ya hemos puesto de relieve—esta Revista, pág. 247, 1957—su técnica y personalidad) ratifica dicha propuesta con excepción del defecto 7.º de la nota que, contra el parecer de la Sección, también se lo estima el Registrador, mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que entre los defectos señalados por la escrupulosa y minuciosa calificación registral, los hay de todas clases, como aquellos que aceptados por el recurrente constituyen mera errata de máquina, así «admitidas» por «emitidas» (quinto defecto de la nota), «acciones y obligaciones» por «acciones u obligaciones» (del sexto defecto); los que se derivan de un especial concepto de lo que debe ser la adaptación de los Estatutos, la cual no consiste, por cierto, en establecer unos nuevos, sino, como dice bien el recurrente, «en mantener los antiguos en todo aquello que no fuese contradictorio con la vigente ordenación», cumpliendo la disposición transitoria 21 citada y en este sentido valen las expresiones «se crea» y «comenzará» (primer y tercer defecto), que el funcionario calificador sostiene deben sustituirse por «funciona» o «existe» y «comenzó», respectivamente, pues aquellas formas verbales se entienden referidas a la fecha de los Estatutos, no a la de adaptación, otros que acusan una errónea redacción, como el defecto cuarto, toda vez que, en efecto, siendo el capital dos millones cuatro mil pesetas, una acción de mil pesetas es «una dos mil cuatroava parte», como indica en su nota el Registrador, pero nunca como pretende demostrar el recurrente «una milésima parte» del capital social, craso error en que se incurre por igualar el cociente al divisor y que el primer inciso de la cláusula patentiza al propio tiempo que desvanece toda duda sobre su interpretación y, en fin, otros defectos que por ser más de fondo deben ser examinados singularmente.

Que el artículo tercero de los Estatutos, que delimita las actividades constitutivas del objeto social, junto a las de fabricación, compraventa y exportación de aceite de oliva, mantiene la expresión «toda clase de operaciones de Banca y Bolsa»; mas como quiera que a partir de la Ley de 31 de diciembre de 1946 se ha configurado la dedicación a las actividades bancarias con un carácter de exclusiva, a la vez que excluyente, de toda otra, al disponer que no se autorizará la necesaria inscripción en el Registro fundado por el artículo 38 de dicha Ley a las Empresas que hayan de explotar negocios distintos, incompatibles, por tanto, con aquellas actuaciones, procede en trance de adaptación a la legalidad vigente eliminar formalmente de los Estatutos la mención a una actividad social que de hecho la Sociedad ya no podía ejercitar desde la fecha indicada, sin que tal supresión, simple reflejo de un fenómeno producido anteriormente por imperativo legal y no ahora por libre vo-

luntad de los asociados, constituya en rigor técnico verdadera modificación estatutaria.

Que reconocido por el recurrente el apartado a) del defecto 6.º conceptuado como una errata de máquina, es de advertir, sin embargo, el error en que se incurre al hablar de aumento de capital por emisión de obligaciones, confundiendo los conceptos de capital y patrimonio de la Sociedad; y en cuanto al resto de la calificación, no puede afirmarse que la fórmula empleada por el artículo séptimo de los Estatutos para declarar el derecho de suscripción preferente de acciones si se recurre a suscripción pública—cosa distinta del obligado requisito de publicación impuesto, respecto de las obligaciones, por el artículo 117 de la Ley—, infrinja las disposiciones legales, pues ni contempla ni niega el derecho de los accionistas en el caso de que no se acuda a la oferta pública y se limite entre ellos la suscripción, supuesto para el cual puede haber parecido, más o menos acertadamente, que por darse exclusividad era improcedente hablar de preferencia.

Respecto al defecto séptimo, que existe contradicción entre los artículos 13 y 15 de los Estatutos sobre el plazo que debe mediar entre la primera y la segunda convocatoria de la Junta general, de veinticuatro horas en el primer artículo y de cuarenta y ocho en el segundo, puesto que por los contundentes términos en que está concebido el artículo 13 no cabe excepción alguna en su contenido como la que implica el artículo 15, regulador de las Juntas generales extraordinarias destinadas a deliberar sobre emisión de obligaciones o modificaciones en los Estatutos, cuestiones de tal trascendencia para la Sociedad, que sobre la validez reglamentaria de la constitución de la Junta en que se han de tratar debe ser excluída toda posible duda, como puede surgir ante la falta de claridad que produce la contradicción estatutaria.

Que, respecto al defecto octavo, que sólo un excesivo celo, reconocido por el recurrente, del funcionario calificador, que trata de mejorar la redacción de los Estatutos, invadiendo la autonomía de los otorgantes, al prevenir dificultades no absolutas, puede llegar a estimar defecto del artículo 34 de los Estatutos el señalar el mes de julio de cada año para la celebración de la Junta ordinaria, con un solo mes, por tanto, para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 50, 53, 102, 108 y 110 de la Ley y 13, 19 y 34 de los Estatutos, es decir, hacer el balance, Memoria, exami-

nar las cuentas, etc., en vez de establecer un plazo más desahogado dentro de los cuatro meses después del cierre del ejercicio económico.

Respecto a los defectos 9 y 10 que, como expresa la Resolución de 19 de octubre de 1955, el principio consignado en el artículo 53 de la Ley, y que antes era conocido por práctica y jurisprudencia constantes, de la necesaria inclusión en el orden del día de todos los asuntos sobre los que ha de tomarse acuerdo válido, tiene una doble función, positiva, en cuanto anticipada información a los socios para una madura reflexión sobre las cuestiones a deliberar y negativa, de impedir que se sorprenda la buena fe de los asistentes deliberando sobre puntos acerca de los que no había motivo de pensar que se trataría, y en este sentido los artículos estatutarios 17 y 20 atentan al mencionado artículo 53 en cuanto establecen un plazo de ocho días antes de la Junta y, por consiguiente, abierta la convocatoria, y fijada en ella el orden del día, para que determinado número de socios pueda presentar al Consejo cuestiones a tratar en dicha Junta, previa declaración de urgencia.

Que lo mismo que se dijo en cuanto al defecto octavo, también cabe decir del defecto 11, consistente en la imposibilidad material de realizar en el seno de una Sociedad formada actualmente por cuatro socios, únicos accionistas miembros del Consejo de Administración, una fiscalización de cuentas por censores, preceptiva, según el 108 de la Ley y 34 de los Estatutos, imposibilidad reconocida también por los otorgantes, quienes no obstante acatan la Ley recogiendo el requisito de dicha fiscalización, pero no estiman necesario, dentro del ámbito de su autonomía, declararla en los Estatutos ni menos llevar a ellos una renuncia anticipada y formal a la fiscalización en tanto no haya otros socios, sino que dejan lícitamente a la decisión de la Junta el proveer en su momento a lo que haya lugar.

Respecto al defecto 12, que, en efecto, con el mantenimiento de la primera redacción del artículo 35 de los Estatutos, al que se adiciona sólo un párrafo referente a la reserva legal, explícitamente se retribuye a los miembros del Consejo de Administración—actualmente, es verdad, los cuatro accionistas— si no antes de dicha reserva legal, sí, en cambio, antes de haberse reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del cuatro por ciento, como ordena el artículo 74 de la Ley para los casos en que la retribución de los Administradores consista en una participación en las ganancias.

Finalmente, que ni era necesario que el balance y el inventario formaran parte de los Estatutos, ni al quedar incorporados a éstos en su adaptación a la Ley de Sociedades Anónimas por mantenerse en esta parte el texto de las disposiciones o cláusulas adicionales de la escritura fundacional, y de su rectificación posterior, puede afirmarse, en rigor, que exista defecto y precisarse en tal coyuntura la aclaración de que las expresadas disposiciones o cláusulas, en cuanto se refieren a aportaciones de bienes a la Sociedad, al inventario y su valoración y al balance, no reflejan la situación patrimonial actual, toda vez que el propio Registrador ya reconoce en su Acuerdo, y ello es obvio, dada la naturaleza de las mismas, que el contenido económico o patrimonial de tales cláusulas «esta referido, como es lógico, al momento de constitución o al momento de las escrituras de rectificación, otorgadas en los años 1930 y 1931».

REGISTRO MERCANTIL.—ESCRITURA DE ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS
A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. ES INSCRIBIBLE :

- 1.º PORQUE LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN EL REAL DECRETO-LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1928 NO IMPLICAN LA NECESIDAD DE QUE LOS SOCIOS EXPRESAMENTE SE VINCULEN A SU CUMPLIMIENTO, INCLUYÉNDOLAS COMO CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS.
- 2.º PORQUE AUNQUE ESTÉ INTEGRADO EL CAPITAL SOCIAL POR ACCIONES NOMINATIVAS Y AL PORTADOR, PUEDE, POR LO QUE SE REFIERE A LAS PRIMERAS, HACERSE OMISIÓN DEL NÚMERO DE SOCIOS EN LA FIJACIÓN DEL «QUORUM» DE ASISTENCIA A LAS JUNTAS GENERALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 58 DE LA LEY CITADA.

Resolución de 2 de febrero de 1957 («B. O.» de 26 de marzo.

El 12 de junio de 1954 se otorgó ante el Notario de Zaragoza don Francisco Palá Mediano escritura de adaptación de los Estatutos de la «Compañía Aragonesa de Radiodifusión, Sociedad Anó-

nima», a la Ley de 17 de julio de 1951. El texto de los artículos cuarto y 21 de los Estatutos adaptados es el siguiente :

«Art. 4.º El capital de la Sociedad es de un millón de pesetas, dividido y representado por seis mil quinientas acciones, de dos clases, a saber : Serie A, acciones de fundador : cinco mil títulos nominativos, de cincuenta pesetas de valor nominal cada uno de ellos, números del uno al cinco mil. Serie B, acciones ordinarias : mil quinientos títulos al portador, de quinientas pesetas de valor nominal cada uno de ellos, numerados del cinco mil uno al seis mil quinientos.»

«Art. 21. Para que la Junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución del capital social, la transformación, la fusión o la disolución de la Sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales, habrán de concurrir a ella, en primera convocatoria, socios que representen las dos terceras partes del capital desembolsado. En segunda convocatoria bastará la representación de la mitad del capital desembolsado» ; y que antes del otorgamiento de la referida escritura consigna en ella el Notario autorizante : «Quedan hechas las reservas y advertencias legales, y especialmente advertí al señor otorgante que no podrán ocupar cargos en la Sociedad a que se refiere este otorgamiento las personas declaradas incompatibles en el Real decreto de 24 de diciembre de 1928.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor siguiente : «No adaptada a la Ley de 17 de julio de 1951 la Sociedad cuyos Estatutos se modifican por la escritura precedente, por observarse los efectos siguientes : Primero. No se ha cumplido lo dispuesto por el artículo quinto del Real decreto de 4 de diciembre de 1928. Segundo. No obstante estar representado el capital social por acciones nominativas y al portador, el «quórum» de asistencia a las Juntas generales que señala el artículo 21 de dichos Estatutos para acordar sobre los asuntos que expresa se fija solamente en relación al capital y no, además, al número de accionistas, por lo que se refiere a las acciones nominativas, contrariamente a lo prescrito por el artículo 58 de la citada Ley.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección revoca el acuerdo y nota del Registrador en méritos de la doctrina siguiente :

Que las cuestiones controvertidas son las dos siguientes : primera, si ha de entenderse cumplida, en cuanto pueda afectar a las escrituras de adaptación, la obligación impuesta por el artículo quinto del Real decreto-ley de 24 de diciembre de 1928, de expresar en la escritura la prohibición que establece, cuando antes del otorgamiento se consigna que el Notario advirtió especialmente al «señor otorgante que no podrán ocupar cargos en la Sociedad las personas declaradas incompatibles en el Real decreto de 24 de diciembre de 1928» ; segunda, si, habiendo acciones nominativas y al portador, puede, por lo que se refiere a las acciones nominativas, hacerse omisión del número de socios en la fijación del «quórum» de asistencia a las Juntas generales previstas en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Respecto de la primera cuestión, que, aunque se entienda que hay obligación de consignar específicamente en las escrituras de adaptación las prohibiciones establecidas en el Real decreto-ley de 24 de diciembre de 1928, una escritura en la que, antes del otorgamiento se hace tal consignación cumple adecuadamente con dicha obligación de clara finalidad publicitaria, sin que haya razones para entender que aquellas prohibiciones—que, establecidas legalmente, tienen eficacia con independencia y por encima de la voluntad de los socios, como contenido indisponible de la reglamentación social—, impliquen la necesidad de que los socios expresamente se vinculen a su cumplimiento, incluyéndolas como contenido de los Estatutos.

En cuanto a la segunda cuestión, que el legislador, en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas—como antes en el artículo 168 del Código de Comercio, modificado por la Ley de 29 de junio de 1911—, sólo considera los supuestos de que todas las acciones sean nominativas o todas al portador, y, ante la falta de precepto directo, dando por indudable la necesaria representación de capital, se han propuesto o pueden proponerse las siguientes soluciones sobre si, además, se requiere imperativamente la presencia de cierta proporción de socios : 1.ª Entender que, en efecto, se

exige en primera convocatoria la presencia de las dos terceras partes de los socios, sean titulares de acciones nominativas o de acciones al portador, y, en segunda, la mayoría. 2.^a Entender que esta exigencia se limita a las dos terceras partes o a la mayoría de los socios titulares de acciones nominativas o, incluso, también que cada grupo de capital—nominativo o al portador—debe estar representado por las dos terceras partes o la mitad. 3.^a Creer que debe restringirse aún más aquella exigencia y que bastan las dos terceras partes o la mitad del capital desembolsado, sea éste nominativo o al portador, pero si entra en la computación capital nominativo, debe concurrir un número de socios nominativo que guarde, respecto del capital nominativo computado, la ecuación o proporción que entre unos y otro establece el artículo 58. 4.^a Creer que basta la pura representación del capital.

Que no pueden ser aceptadas ninguna de las soluciones que exigen imperativamente la presencia de cierta proporción de socios; la primera, porque, además de rebasar las garantías legales, se opone a la naturaleza de las cosas, ya que el propio carácter de las acciones al portador y su régimen de transmisión hacen ordinariamente imposible conocer el número total de socios; la segunda, porque significa infundados y perturbadores privilegios para las acciones nominativas, más evidentes cuanto menor sea la parte de capital social representado en estas acciones, y porque, sobre todo en su segunda variante, rebasa también las garantías legales establecidas en el artículo 58 al referir los porcentajes, en lugar de a todos los socios o a todo el capital, a partes específicas de unos u otro, atribuyendo así, injustificadamente, en muchos supuestos, a representaciones mínimas del capital, la posibilidad de obstruir la celebración de las Juntas, y la tercera, porque, aunque en su apoyo tendría el estar basada en la matemática combinación de los dos criterios que informan el artículo 58—el de la consideración del número de socios respecto de las acciones nominativas y el puramente capitalista de las acciones al portador—, significaría la adopción de una norma un tanto artificiosa y complicada, a la que no puede llegarse—y esto puede decirse también de la solución segunda—por vía de analogía, pues del hecho de que el legislador—queden aparte los actos fundacionales—quiera que se computen las personas en las Juntas a que se refiere el artículo 58 cuando todas las acciones son nominativas, no ha de inducirse el principio de que el legislador

exija aquella computación personal siempre que haya acciones nominativas y, por tanto, aunque concurren con acciones al portador, supuesto este último en que entra en juego obstaculizando la analogía, el principio de la igualdad de las acciones, implícito en el artículo 38 de la Ley y conforme al cual el régimen de las acciones nominativas debe equipararse, en cuanto a la formación de los acuerdos sociales, al de las acciones al portador; por todo lo cual, faltando precepto concreto, sería desorbitado concluir por la existencia de una cortapisa más el principio de autonomía de la voluntad, y una nueva excepción a los criterios capitalistas que caracterizan la Sociedad Anónima, razones todas que abonan la cuarta solución, defendida por el fedatario, y que es, además, la más simple.

¿Es cierto, como dice Uría — «Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas», pág. 553, T. I.—, que la Ley sólo ha pensado en una Sociedad que tuviese todo el capital representado en acciones de una u otra clase—nominativas y al portador—, pero no, como en el caso presente, si las tiene conjuntas? En tal caso, parece lógico aplicar a cada serie de acciones el diferente criterio legal de determinación del «quórum». Es decir, exigir la presencia de las dos terceras partes del número de socios tenedores de acciones nominativas y del capital desembolsado por estas acciones, y a la vez también las dos terceras partes del capital desembolsado por las acciones al portador.

¿Que esta solución puede conducir a situaciones faltas de equidad? Mas también es cierto que, como dice el Registrador, esta hipótesis no pudo por menos de preverla el legislador, y, sin embargo, la dejó establecida para que se cumpliese.

Hay que reconocer a la Dirección su difícil postura ante una Ley como ésta de Anónimas de tan múltiple aplicación y sobre la que no hay casi antecedentes legales ni jurisprudenciales en que basarse para interpretarla.

Por ello a veces en su loable afán de dar solución a los conflictos que a su superior jerarquía Notarios y Registradores Mercantiles le presentan y siquiera, como en la presente, parezca desbordar su órbita, ya que, como decía el inolvidable maestro Don Jerónimo González, «no goza del imperium o delegación de soberanía, ni del

poder creador o de promulgación («edictum») — «Estudios de Derecho Hipotecario», pág. 341, año 1924 — ensaya u ofrece posiciones doctrinales (ver considerando 3.º) para escoger aquella que estima más adecuada a la realidad de las circunstancias.

Si a ello agregamos su acertada alusión al artículo 38 de la Ley citada, evidencia ese su noble afán que arriba señalamos, que, lejos de desconocer, realza la igualmente difícil postura de los funcionarios llamados a aplicar aquélla.

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN: SE CARACTERIZA PORQUE EL TESTADOR, CUANDO DESMEMBRA EL DERECHO EN USUFRUCTO Y NUDA PROPIEDAD, NO HACE UN DOBLE LLAMAMIENTO DIRECTO E INDIRECTO RESPECTO DE LA MISMA COSA, SINO QUE DISTRIBUYE ENTRE DISTINTAS PERSONAS, DE MODO INMEDIATO, LAS FACULTADES INTEGRANTES DEL DERECHO.

EN CONSECUENCIA, ADQUIRIDO SU DERECHO POR LA NUDA PROPIETARIA EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL «DE CUJUS», Y COMO TAL HEREDERA, SIENDO EN DICHO MOMENTO MENOR DE EDAD, DEBIÓ SER CITADA POR EL ALBACEA PARA LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO, JUNTO CON LOS ACREEDORES Y LEGATARIOS, EN CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO POR EL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL, Y ADEMÁS DE HABER SIDO TENIDA EN CUENTA EN LA PETICIÓN, PERCIBIR LAS ADJUDICACIONES CORRESPONDIENTES.

LA DISPOSICIÓN HECHA POR EL TESTADOR AL ALBACEA EN EL CASO PRESENTE DEBE REPUTARSE CONDICIONAL, POR LO QUE NO PUEDE AFIRMARSE QUE EL MISMO SEA COHEREDERO E INCURSO, POR TANTO, EN LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL PRECITADO ARTÍCULO 1.057.

FINALMENTE, EL REGISTRADOR NO PUEDE EXIGIR DETERMINADA FORMA DE CAPITALIZACIÓN DE PENSIONES ASIGNADAS COMO RENTA VITALICIA, NI INMISCUIRSE EN LA NO ESPECIFICACIÓN DE LOS BIENES APORTADOS POR LA ESPOSA AL MATRIMONIO Y MANERA COMO FUERON VALORADOS, POR SER «MATERIA QUE AFECTA EXCLUSIVAMENTE A LOS INTERESADOS».

Don Francisco Carazony Liceras falleció sin descendencia el 13 de noviembre de 1945, bajo testamento otorgado en Olvera ante el Notario don Luis Conde Hidalgo el 2 de abril de 1943, en cuya cláusula segunda dispuso: «Lega a sus dos hermanas, doña Francisca y doña María Carazony Liceras, una pensión vitalicia de quinientas pesetas, cuya cantidad percibirán mensualmente dichas legatarias o la que de ellas sobreviva, caso de fallecer alguna de ellas, y con obligación meramente personal para la heredera usufructuaria doña Carmen Frutos Villalba; pero al fallecer ésta, las legatarias doña Francisca y doña María Carazony Liceras o cualquiera de ellas podrá exigir en la forma que las Leyes autorizan a las herederas o herederos que luego se designarán la constitución de hipoteca que garantice el pago de las precitadas pensiones, que se cancelará en cuanto se justifique la defunción de ambas legatarias»; en la cláusula tercera: «Instituye por única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, en usufructo vitalicio, con expresa relevación de fianza, a doña Carmen Frutos Villalba, su esposa, a quien autoriza para que en caso de necesidad particular, que no tendrá que justificar en forma alguna ante nadie, venda todo o parte de los bienes que constituyen esta herencia, considerándola para estos bienes que enajene como heredera en pleno dominio»; en la cuarta: «En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye por única y universal heredera en propiedad a su sobrina María del Carmen Concepción Carazony Sabina, hija de su primo hermano don Francisco Carazony Villalba y de la difunta doña Concepción Sabina Frutos», y en la quinta: «Para el caso de que la heredera instituida, María del Carmen Concepción Carazony Sabina, premuriera al testador, no quiera o no pueda aceptar la herencia, nombra herederos de los bienes de que no dispusiese su esposa, doña Carmen Frutos Villalba, a sus hermanos, doña Francisca, don Félix y doña María Carazony Liceras, por iguales partes y con derecho de acrecer. Y para el caso de que la heredera María del Carmen Concepción Carazony Sabina falleciera sin llegar a la edad de catorce años o de más, sin disposición «mortis causa», en estado de soltera o casada sin descendencia, instituye, respecto de los bienes que aquélla no hubiere dispuesto, por herederos en cuanto a una mitad, al padre de la misma, don Francisco Carazony Villalba, y en cuanto a la otra mitad restante, a sus precitados hermanos doña Francisca, don Félix y doña

María Carazony Licerias, por iguales partes y con derecho de «acrecer»; y nombró contadores partidores solidarios por el siguiente orden: a su hermano don Félix, primo don Antonio Carazony Villalba y amigo y convecino don Benito Gómez Domínguez, a quienes recomendó partieran, para todas las operaciones que realizaran, del supuesto de que los bienes existentes en la sociedad conyugal tenían el carácter de gananciales. Por escritura de 26 de septiembre de 1946, otorgada por la viuda del señor Carazony y su hermano don Félix como contador, ante el Notario señor Conde, se protocolizó el cuaderno particional de la herencia del causante, previa liquidación de la sociedad conyugal, se valoró la pensión legada y se fijó el haber de la esposa por sus bienes propios y por la herencia del marido, adjudicándole en pago, entre otros bienes, el denominado «Cortijo Pernia», valorado en 205.000 pesetas, distribuidas en dos participaciones indivisas: una, en propiedad, importante 135.127 pesetas, y otra, en usufructo, de 69.863 pesetas.

Se prestó asentimiento por los comparecientes al cuaderno particional, y la señora Frutos expresó al señor Carazony su agradecimiento por la fidelidad con que había cumplido el cargo del testador.

Finalmente, la señora Frutos falleció el 25 de enero de 1951, y la señorita Carazony Sabina alcanzó la mayoría de edad el 22 de septiembre del mismo año.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, acompañada de instancia suscrita por don Félix Carazony y su hermana doña María, de certificación acreditativa del pago del impuesto de derechos reales por doña María del Carmen Concepción Carazony Sabina y de la certificación del acta de defunción de doña Carmen Frutos Villalba, con objeto de inscribir a nombre de doña María del Carmen Concepción Carazony Sabina una participación de finca, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la inscripción solicitada por haberse observado los siguientes defectos: 1.º Doña Francisca y doña María Carazony Licerias, a cuyo nombre se solicita la inscripción, no tienen personalidad para solicitar tal asiento (artículo sexto de la Ley Hipotecaria). 2.º La participación indivisa de la finca, única respecto de la que solicita la inscripción, no aparece especialmente adjudicada a la persona a cuyo favor se pretende obtenerla (artículo 14 de la Ley Hipotecaria). 3.º El contador partidor testamentario, como coheredero sus-

tituto que es, no puede realizar válidamente la partición (artículo 1.057 del Código civil). 4.º Figurando como interesada en la herencia una menor, que no ha concurrido, representada por su padre, y habiéndose formalizado el inventario sin citación de coherederos, acreedores y legatarios (artículo 1.057, segundo del Código civil), no ha sido aprobada judicialmente la partición (artículos 1.060 del Código civil y 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento civil). 5.º La capitalización de la pensión no se ajusta a las normas que se contienen en el vigente Reglamento del Impuesto de Derechos reales. 6.º Los bienes aportados al matrimonio por la viuda se valoran atendiendo al precio con que fueron adquiridos con anterioridad a su matrimonio, sin especificar qué bienes fueron ni el precio asignado a cada uno y no atendiendo al precio de su venta en cuanto a los enajenados y al que tienen en la actualidad en cuanto a los existentes.

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación parcial del auto apelado, confirmatorio de la nota del Registrador sólo en cuanto al defecto segundo, estima éste y el cuarto, en méritos de la brillante doctrina siguiente:

Que declarada, por Resolución de este Centro de 28 de julio de 1954, la personalidad de los recurrentes, procede entrar en el examen del fondo del asunto y restantes defectos consignados en la nota del Registrador.

Que declarada por Resolución en usufructo vitalicio la esposa del testador, con facultad de disponer de los bienes de la herencia en caso de necesidad, por la cláusula tercera del testamento otorgado por don Francisco Carazony Liceras, y nombrada asimismo única y universal heredera en propiedad la sobrina del causante en la cláusula siguiente, interesa determinar si se quiso establecer un fideicomiso de residuo, como entendió el albacea al redactar el cuaderno particional, o simplemente se instituyó en usufructo con facultad de disponer a la viuda y se designó nuda propietaria a la sobrina del causante, criterio que se sustenta en la nota del Registrador.

Que los esfuerzos de la doctrina civil para determinar si el denominado fideicomiso de residuo contiene las notas peculiares de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por un doble llamamien-

to hecho por el testador, con la obligación de conservar y restituir los bienes impuesta al primer llamado, y un orden sucesivo parecen haberse orientado en dos direcciones: una, seguida por el Tribunal Supremo, que estima que el fideicomiso de residuo es una institución condicional de heredero subordinada a que al morir el primer instituido queden algunos bienes hereditarios, sin que hasta entonces corresponda a los fideicomisarios más que una simple expectativa para adquirir la cualidad de herederos, y otra, mantenida por aquellos escritores para quienes no ofrece duda que el fideicomiso de «eo quod supererit» participa de la naturaleza de las sustituciones fideicomisarias, en las que el llamado en segundo lugar adquiere derecho al residuo desde el momento de la muerte del causante, puesto que el llamamiento de los fideicomisarios no está condicionado cualitativamente, sino tan sólo en su contenido.

Que no se puede pretender identificar el usufructo con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo, cualquiera que sean las analogías que medien entre ambas instituciones y aunque en la práctica sea difícil su diferenciación, porque en dicho usufructo el titular tiene un «jus in re aliena», mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer «mortis causa», y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad, no hace un doble llamamiento directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho.

Que el detenido estudio de las cláusulas tercera y cuarta del testamento de referencia revela un indudable propósito del testador para instituir a su esposa heredera usufructuaria con facultad de disposición, puesto que así se deduce de la simple lectura de las cláusulas de referencia, y especialmente, porque tal interpretación parece ser la que más se acomoda a la voluntad del causante, ley de la sucesión, conforme reiteradamente ha declarado este Centro, por lo que en definitiva debe concluirse que la señorita María del Carmen Concepción Carazony Sabina adquirió su derecho a la herencia en el momento del fallecimiento del «de cujus», y como tal heredera, menor de edad, debió ser citada por el albacea para la formación del inventario, junto con los acreedores y legatarios, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 1.057 del Código civil,

y además de haber sido tenida en cuenta en la partición, percibir las adjudicaciones correspondientes.

Que la disposición que hizo el testador a favor del albacea don Félix Carazony Liceras debe reputarse hecha bajo la condición de que ostentaría la cualidad de heredero si la primera instituída señorita María del Carmen Concepción Carazony Sabina fallecía sin llegar a la edad de catorce años o sin disposición «mortis causa», en estado de soltera o casada sin descendencia, y por ello no puede propiamente afirmarse que el citado albacea sea coheredero y, consecuentemente, hay que estimar que no se halla incurso en la prohibición contenida en el artículo 1.057 del Código civil.

Que el Reglamento del Impuesto de Derechos reales establece, con fines fiscales, una forma de capitalización de las pensiones asignadas como renta vitalicia, si bien es indudable que en el campo civil los interesados pueden apartarse de ella sin que el Registrador pueda tratar de limitar esta facultad e igualmente respecto del último de los defectos de la nota, relativo a la no especificación de los bienes aportados al matrimonio por la esposa y la forma como fueron valorados, materia que afecta exclusivamente a los interesados, pueden estimarse eficazmente resueltos en el cuaderno particional redactado por el albacea—con la intervención de la viuda para la liquidación de la sociedad conyugal.

Se preguntaba Núñez Lagos—«Información Jurídica», enero 1944—si el usufructo «iure haereditario» con facultad de disposición ilimitada es un usufructo o un fideicomiso de residuo. Y se inclinaba a creer, concretándose al de poder dispositivo limitado, obrando el titular dentro de dicho poder—y se deduce que con igual o más razón el de facultad ilimitada—que tal usufructo no es usufructo, sino propiedad. En consecuencia, decimos, fideicomiso de residuo.

No parece ser ésta la tendencia actual. Aunque sean muchas sus afinidades, siempre existirá entre uno y otro—usufructo «iure haereditario» y fideicomiso de residuo—la diferencia fundamental, escribe Ossorio Morales, «Manual de Sucesión Testada», pág. 312—de que mientras el heredero con cláusula de residuo es un «heredero», en cambio, el instituído en usufructo, aunque lo sea res-

pecto a la totalidad de la herencia, sólo tiene la consideración jurídica de «legatario». Postura que confirma en absoluto el considerando 4.º, como también Roca (pág. 81, T. 2.º, «Estudios de Derecho Privado»). Se produce, pues, dice éste, la diferencia existente entre lo que es un gravamen real y lo que es propiedad gravada. Aquí hay sustancia dominical; allí hay elemento desmembrado del dominio.

Pero a nuestro juicio—y aparte lo apuntado—, lo trascendente de esta decisión es que como consecuencia de lo primeramente declarado en dicho considerando, desentendiéndose de la naturaleza y efectos de la sustitución de residuo—la que no hay por qué entretener con el usufructo «iure haereditario» una vez deslindada su diferenciación—, expresa que cuando «el testador desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad *no hace un doble llamamiento directo e indirecto* respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del derecho».

Como corolario y habida cuenta también de la característica de la sustitución «de eo quod supererit»: poner o no en juego la facultad de disposición, que para nuestro Tribunal Supremo la configura como institución condicional, contra el parecer del maestro Roca, al que nos sentimos inclinados, por entender que ello nada puede afectar al derecho de los fideicomisarios. Ver dichos «Estudios», pág. 83). Lo interesante es que los llamados a la nuda propiedad la adquieren desde la muerte del testador, y aunque mueran antes que el usufructuario, la transmitirán a sus herederos.

Es lógica, pues, la doctrina que se deduce en el siguiente considerando en cuanto a la infracción cometida por el Contador del artículo 1.057 del Código civil y la de no haber sido tenida en cuenta la menor—nudo propietaria—en la partición para percibir las adjudicaciones correspondientes.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1956.—*Retracto legal.—Conocimiento de la venta por el retrayente.—Carácter secreto de la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales.*

Esta Sentencia reitera la doctrina legal establecida, entre otras muchas, en las Sentencias de 13 de diciembre de 1930, 10 de junio de 1935, 6 de marzo de 1942, 9 de abril de 1948 y 12 de junio de 1956, según la cual el conocimiento de la venta exigido por el art. 1.524 del C. c., presupone no una mera noticia de ella, sino el estar enterado el retrayente, acreditándolo el demandado, de todos los pactos y condiciones acerca de la cosa vendida y del precio, sin los cuales la relación contractual no puede perfeccionarse, para entablar, si le conviene, la acción correspondiente.

Pero es además interesante esta Sentencia, porque de pasada, al examinar la presunción de si el retrayente conoció o no el contrato porqu. el funcionario que actuó como Liquidador del Impuesto de Derechos reales era sobrino suyo, se dice: «Tampoco puede prosperar el motivo expuesto, pues como acertadamente declara la Sala sentenciadora, si bien queda demostrado que el funcionario que actuó como Liquidador es un sobrino del retrayente, ello no puede suponer que quebrantase el secreto que la Ley de Reforma Tributaria le impone en su art. 144, bajo pena de delito de violación de secretos en grado máximo, y si la violación de este secreto no aparece de un modo exacto y fehaciente, cae por su base el enlace preciso que entre el hecho y el que se trata de deducir exige, según las reglas del criterio humano las presunciones, ya que éstas precisan que la realidad de un hecho conduzca al otro necesariamente.» »

Recuérdese, pues, con este motivo el carácter secreto de la Oficina Liquidadora, deducido de lo dispuesto en el art. 144 de la Ley de 16 de diciem-

bre de 1940, llamada de Reforma Tributaria, que dice: Los funcionarios que intervengan en la formación y conservación del Registro de Rentas y Patrimonios y en la gestión de la Contribución sobre las Utilidades, sobre la Renta e Impuesto de Derechos reales, vendrán obligados a guardar secreto profesional de los datos que conozcan por consecuencia de su función administrativa y, en caso de violación, incurrirán en el grado máximo de las penas fijadas por el Código Penal. No se comprenden en este precepto las certificaciones, comunicaciones o manifestaciones ajustadas a derecho.

SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1956.—*Contrato de corretaje.*—No hay retribución si no se consigue el resultado apetecido.

Reconocido en la Sentencia que los demandados solicitaron los servicios del actor como Agente colegiado de la contratación en Madrid y que en unión de otro compañero, por esta mediación se llegó a la redacción del contrato de compraventa el 19 de abril de 1947, ampliado o modificado el 16 de mayo siguiente, la calificación jurídica que ostenta el negocio concertado entre los litigantes es la del contrato denominado Corretaje, que consiste en poner en relación dos o más personas, con el fin de que concluyan un negocio jurídico, contrato carente de regulación en el C. c. y que se ha de regir por las normas establecidas por las partes, y en su defecto, por las disposiciones sobre obligaciones y contratos y en ocasiones, por lo pertinente en instituciones con las que guarda íntima relación.

Es exacto que, a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito, no obstante lo cual, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo, según el art. 1.711 del C. c.; mas este precepto —añade la Sentencia— carece de aplicación en el corretaje, porque en este contrato los honorarios del Agente interviniente dejan de satisfacerse —salvo convenio especial— en el caso de que el negocio jurídico no haya tenido efecto y así lo admiten las Sentencias de 3 de junio de 1950 y la de 26 de noviembre de 1919. Tampoco es aplicable el núm. 2 del art. 1.728 del C. c., porque éste regula disposiciones propias del contrato de mandato y la reclamación es consecuencia de corretaje, en el que (insiste la Sentencia) deja de percibirse el importe de las gestiones y gastos cuando no dan el resultado apetecido.

Ya la doctrina española reconocía que el contrato de corretaje cabe en el margen amplísimo de los contratos de mandato y de servicios y aun en la comisión mercantil; siendo también indudable que la mayoría de las reglas de tales figuras jurídicas no se ajustan a la esencia y contenido del corretaje. Por ello, esas reglas sólo se aplicarán en tanto en cuanto cuadren con el contrato atípico.

El moderno Código civil italiano recoge la mediación, señalando que tiene por fin poner en relación a los interesados, facilitándoles la conclu-

sión del negocio, especialmente la estipulación de un contrato (art. 1.754). El mediador adquiere derecho a la retribución si el contrato llega a formalizarse entre las partes. No supone normalmente una relación de representación, aunque cabe, que el mediador obtenga de cualquiera de las partes facultades de representación.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1956.—*Simulación. Sus clases. Negocio disimulado. Requisitos para su validez. Donación «mortis causa».*

El concepto de simulación, elaborado por la doctrina científica y la Jurisprudencia está hoy claro, pudiéramos decir, en nuestro Derecho. Ello no resta valor ni mérito a la Sentencia que estudiamos, de la que ha sido Ponente el señor Bonet, que es una lección concisa y profunda sobre la materia. Siguiendo las palabras de la Sentencia, definiremos la simulación absoluta, la relativa, el negocio disimulado y las circunstancias necesarias para su validez, así como expondremos las consecuencias de la ejecución del negocio simulado, en cuanto a reposición de las cosas a su primitivo estado.

A. Simulación: Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no existe en absoluto, sea que es distinto de aquel que se muestra al exterior, habiendo un marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima, pues el negocio que aparentemente parece serio y eficaz es, por el contrario, mentiroso y ficticio, porque o no fué perfeccionado el negocio, o lo fué de modo diferente a aquel expresado, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso.

B. Simulación absoluta y relativa. Efectos de una y otra. Por lo tanto, la simulación puede ser absoluta, cuando se finge un negocio mientras no se entiende, en realidad, concluir ninguno, de modo que esta especie de simulación sirve de medio para alcanzar fines extraños a los negociales, operando con frecuencia, aunque no necesariamente, con fin de fraude; y relativa, cuando se finge un negocio (negocio simulado) para enmascarar otro que verdaderamente se entiende realizar (negocio disimulado), pudiendo también decirse, que se finge perseguir una causa negocial, mientras la voluntad real es dirigida a otra causa, pero sin que tampoco sea necesaria la intención de fraude.

Los efectos de la simulación en el Derecho actual son distintos, según que sea absoluta o relativa, ya que el negocio absolutamente simulado es nulo, no quedando nada de él al desaparecer la apariencia falaz que lo mostraba serio, no operándose ningún cambio jurídico por el acto simulado, quedando como antes la posición de las partes; mientras la simulación relativa tiene por efecto la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta sólo es un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada, no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encarnado; la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media

entre las partes con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez

C. Requisitos para la validez del negocio disimulado.—Es doctrina del T. S., reiteradamente manifestada, entre otras, en las Sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 23 de junio de 1953, que si bien al amparo del art. 1.276 del C. c., puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, «y el cumplimiento de las formalidades prescritas», doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando constan en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio, y no puede servir de donación, por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el art. 633 del Código civil.

D. Consecuencias de la ejecución del negocio simulado, con simulación absoluta, en cuanto a reposición de las cosas a su primitivo estado.—El negocio jurídico inexistente o nulo con nulidad absoluta, no produce efecto jurídico alguno como tal, si bien cuando a pesar de su ineficacia absoluta hubiera sido ejecutado, en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, estableciendo el C. c., respecto a la anulabilidad, que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1.303), y que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha (art. 1.307), preceptos que deben ser extensivos también a los negocios jurídicos inexistentes o radicalmente nulos.

Las Sentencias de 5 de noviembre de 1956 y de 16 del mismo mes, insisten en la necesidad de que los negocios disimulados, para que se estimen válidos, han de reunir todos los requisitos legales.

Contiene, por último, la Sentencia, la definición (también elaborada por la Jurisprudencia) de las donaciones «mortis causa»: Son donaciones «mortis causa» las que se informan en el temor a la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efecto sino *post mortem* y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias (Sentencias, entre otras, de 21 de octubre de 1896, 28 de enero de 1898 y 8 de julio de 1943).

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1956.—*Copropiedad. Condueño y arrendatario*

Es doctrina del T. S. que las relaciones de condominio no obstan para que cualquiera de los partícipes en el mismo pueda adquirir el carácter de

arrendatario por mutuo acuerdo y consentimiento de los demás condóminos, con todas las derivaciones jurídicas propias de tal convención —Sentencias de 26 de febrero de 1908 y 2 de julio de 1926—, para lo cual es preciso que se pruebe realmente la existencia de la relación contractual aludida, pues de no ser así, habrá que estimar que la ocupación sólo obedece a una tolerancia o convenio entre los condueños, para que uno de ellos ocupe, disfrutándola, una determinada parte de la finca a la que alcanza la copropiedad, como facultad peculiar de todo comunero, reconocida por el art. 394 del C. c., siempre que lo efectúe conforme a su destino y no perjudique al interés de la comunidad, no impida a los otros coparticipes utilizarlas según su derecho.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1957.—*El silencio, como manifestación de voluntad. No implica siempre consentimiento tácito. «Animus novandi», manifestado tácitamente.*

El consentimiento constituye el alma del contrato y puede ser manifestado de modo expreso por una o ambas partes cuando éstas emitan una explícita declaración de voluntad dirigida a la constitución del negocio, o bien tácitamente, cuando de sus declaraciones resulta implícita su aquiescencia, no debiendo confundirse con el consentimiento tácito el simple silencio, pues si el contrato es un acuerdo entre dos personas, dirigido a constituir, regular o disolver un vínculo jurídico, este acuerdo no puede resultar de un comportamiento meramente negativo de una de las partes, de un estado de simple inercia, cual es el silencio absoluto, sino que debe manifestarse con palabras o con hechos; mas cuando el silencio pueda juntarse a hechos positivos, correspondientes a una actividad anterior de la parte silenciosa o a particulares situaciones subjetivas u objetivas, también este silencio cualificado puede concurrir como elemento útil para apreciar la voluntad de la parte misma.

En el caso de autos, el recurrente venía desempeñando el cargo de Delegado de la Zona de Extremadura, conforme a un contrato que le garantizaba su inamovilidad en el cargo; recibe en 1939 una carta por la que se le comunica que se suprime esa Zona y en su lugar será Delegado en la provincia de Cáceres, y se acompaña a la carta una nueva forma de contrato; efectivamente nada dice y no firma el contrato, pero como durante los cinco años siguientes actúa como Delegado de Cáceres y con tal carácter dirige cartas a la S. G. de A. y percibe sus derechos de porcentaje, más elevados que el contrato le concede, es obvio reconocer en tales circunstancias que su silencio equivale a una tácita conformidad con el expresado contrato.

La voluntad de llevar a cabo la extinción de la obligación primitiva y su sustitución por otra «animus novandi», añade en otro considerando la Sentencia, ha de aparecer de los términos del acto con toda claridad, pero no siempre es preciso que conste expresamente, pues el C. c. admite en el art. 1.204, al lado de la manifestación expresa de la voluntad de novar,

la manifestación tácita inducida de la incompatibilidad entre las dos convenciones, correspondiendo en definitiva a los Tribunales, atendiendo en cada caso concreto a las circunstancias que en él concurren, decidir si esa incompatibilidad de voluntades existe.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1957.—*La posesión en concepto de dueño atribuye las ventajas de la propiedad mientras el poseedor no sea vencido por quien ostente mejor derecho. El poseedor puede retraer.*

Tiene declarado el T. S. en Sentencia de 27 de noviembre de 1906, que la posesión en concepto de dueño a que se refiere la primera parte del art. 432 del C. c. atribuye a quien la disfruta, mientras no es vencido por quien ostente mejor derecho, todas las ventajas de la propiedad, tal como la define el art. 348, y una de las inherentes a la misma es el derecho de retracto, porque según los términos de la ley, no cabe racionalmente distinguir entre propietarios a título de poseedores y propietarios a título de dominio sin destruir aquella posesión en el sentido expuesto, doctrina ratificada en Sentencias de 10 de febrero de 1914, 25 de marzo de 1925 y 4 de abril y 13 de octubre de 1956, sin que tal doctrina pueda reputarse desvirtuada por la de las Sentencias de 29 de enero de 1916 y 6 de julio de 1920 que se citan en el recurso y que recayeron en pleitos sobre reivindicación de bienes, para la que no puede bastar el título meramente posesorio.

MERCANTIL

II.—Sociedades.

SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1956.—*Los Tribunales deben proceder con ponderación y cautela al enjuiciar las causas de impugnación de los acuerdos sociales.*

En el enjuiciamiento de las causas de impugnación de acuerdos sociales, previstas en el art. 48 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre Régimen de las Sociedades Anónimas, los Tribunales han de proceder con toda ponderación y cautela y procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley o por los Estatutos a los órganos de la Sociedad, sin perjuicio, claro es, de que con plena libertad de actuación, siempre ajustada a derecho, el juzgador pueda y deba revisar los acuerdos de aquéllos, si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus facultades legales o estatutarias o ha causado lesión a la entidad en beneficio de algún socio.

PROCESAL

II.—*Jurisdicción contenciosa*

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1956.—*Cosa juzgada.—Identidades necesarias.*

El constante deseo del Tribunal Supremo es esclarecer y fijar el sentido y alcance de las disposiciones legales, y en sus Sentencias de 13 de julio de 1942 y de 7 de julio de 1943 ha señalado con toda claridad la distinción que existe entre las resoluciones judiciales con efecto tan sólo de cosa juzgada en sentido formal, y las de cosa juzgada material; siendo necesario, como se establece en el art. 1.252 del C. civil para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio distinto de aquel en que recayó la sentencia, que entre el caso resuelto por ella y planteado en el nuevo litigio existe la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, y para apreciar esta identidad, resulta obligado comprobar no sólo que las cuestiones planteadas en el juicio en que se opone esa excepción son las mismas que fueron objeto de la anterior, sino también si lo resuelto en el primer pleito coincide con lo solicitado en el posterior, pues si en el primer juicio no se dió lugar a la demanda por motivos procesales, sin entrar, por lo tanto, a resolver el fondo del mismo, en nada afecta ni prejuzga al nuevo litigio aquella resolución.

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1956.—*La «falta de legitimación activa» es la «falta de personalidad en el actor».*

La excepción llamada por el recurrente demandado «falta de legitimación activa» sólo puede asimilarse para su consideración legal a la que la vigente L. de E. c. denomina «falta de personalidad en el actor».

BARTOLOMÉ MECHEN
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17
de enero de 1956*

LA HERENCIA QUE CONTIENE ENTRE LOS BIENES TRANSMITIDOS UNA EMPRESA MERCANTIL INDIVIDUAL, CONTABILIZADA CON SU ACTIVO Y PASIVO, DEBE SER LIQUIDADA EN CUANTO TAL EMPRESA, NO COMO UNA UNIDAD MERCANTIL SUSTANTIVA Y POR EL HABER LIQUIDADO RESULTANTE DE LA DIFERENCIA ENTRE EL ACTIVO Y EL PASIVO, SIN OTROS TIPOS DE LIQUIDACIÓN QUE EL DE HERENCIA, SINO QUE HA DE TRIBUTAR, ADEMÁS, POR EL CONCEPTO DE ADJUDICACIONES, RESULTANTE DE APLICAR EL ARTÍCULO 101 AL IMPORTE DEL PASIVO.

Antecedentes: Al girar las liquidaciones correspondientes a cierta herencia en la que, junto a otros bienes, figuraba un negocio de exportación con su activo y pasivo, se tomó como base al fijar el caudal hereditario en cuanto a tal negocio la diferencia entre el activo y el pasivo y se prescindió del concepto «adjudicaciones» a que la existencia del pasivo pudiera dar lugar, y la Dirección General de lo Contencioso acordó, en uso de sus facultades revisoras, la revisión de las liquidaciones.

El activo de la Empresa individual figurado en el inventario era de 3.938.850,76 pesetas y el pasivo aparecía valorado en 2.186.066,93

pesetas, resultando un haber líquido de 1.752.783,85 pesetas, que fué elevado en comprobación a 2.446.247,68 pesetas.

La Oficina Liquidadora giró las oportunas liquidaciones por los conceptos de herencia y sociedad conyugal, prescindiendo del pasivo y operando sólo sobre la cifra del haber líquido, sin girar liquidación por el concepto de «adjudicaciones» para pago de deudas.

Ante ello, la Dirección General acordó la revisión de las liquidaciones no obstante los alegatos de la viuda del causante, consistentes en sostener que el concepto de Empresa a fines fiscales está hoy día plenamente admitido con arreglo a las disposiciones del artículo 1.911 del Código civil, sobre unidad de patrimonio e ilimitación de garantías, precepto que no admite otras excepciones que las expresamente establecidas en las leyes, entre las que no figura el comerciante individual.

Sometido el caso al Tribunal Económico-Administrativo Central, éste razonó de la siguiente manera : conviene dejar sentado que cualquiera que sea el concepto que se admita de los varios que la doctrina moderna da a la Empresa mercantil, siempre es necesario un titular de la misma con personalidad jurídica, que sea sujeto con arreglo a Derecho de cuantos bienes, derechos, acciones, obligaciones y deudas la integren, constituyendo transmisión de la Empresa cualquier cambio de la persona de su titular ; y que cualquiera que sea también la consideración global que objetivamente se le conceda a efectos del Impuesto de Derechos reales, es de advertir que el artículo 80 del Reglamento del mismo, en el párrafo 2) de su número 2, faculta al liquidador, en los casos de Empresas mercantiles e industriales, para comprobar los elementos del activo, así como para examinar y calificar, con arreglo a las normas de la Ley de Utilidades, cada una de las partidas del activo y del pasivo, y a pedir aclaraciones y justificantes de las mismas, o sea, que a estos fines la universalidad que constituye el patrimonio de la Empresa es desintegrable en cada uno de sus elementos.

Aparte esto, sigue diciendo el Tribunal, el citado Reglamento en sus artículos 9 y 24 somete con carácter general al pago del impuesto las adjudicaciones de bienes muebles e inmuebles que se hagan por vía de comisión o encargo para pago de deudas, y completa esas normas con las particulares que establece en los artículos 19 y 101 para las adjudicaciones que se producen como consecuencia de la constitución y disolución de sociedades y con ocasión

de las transmisiones por causa de muerte. Y así dispone el apartado 13) del segundo de esos preceptos que cuando se reduzcan o rebajen del capital o bienes transmitidos y no haya metálico para satisfacerlas, se producirán uno de estos dos efectos: si se hace adjudicación expresa de bienes para su pago, satisfará el impuesto el adjudicatario, y en caso contrario se le exigirá al heredero por el concepto de adjudicación para pago de deudas, con todos los derechos y obligaciones atribuidos por el mismo Reglamento para tal supuesto. O sea, que la liquidación por el concepto de referencia no supone necesariamente que se haga la adjudicación expresa de bienes para el pago de las deudas, sino que la adjudicación la presume siempre que las deudas existan.

Ello quiere decir, añade la Resolución que analizamos, que adjudicado a los herederos el negocio del causante, ellos adquirieron, juntamente con los bienes de su activo, todas las deudas de su pasivo, y al liquidar solamente por la diferencia, o sea, por el haber líquido, es claro que queda sin liquidar el conjunto de bienes equivalente a dicho pasivo, y como esos bienes pasan al patrimonio de dichos herederos, es indiscutible que esa transmisión, una vez deducido su importe de la herencia, origina el concepto de adjudicación para pago, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 del Reglamento, salvando, claro es, la parte de esa adjudicación que esté constituida por metálico, y con el derecho, si se trata de inmuebles, a la devolución de las cuotas en los supuestos del artículo 9.º, y sin derecho a devolución, si se trata de muebles, aunque sí con el tipo beneficioso del 1,50 por 100, según el artículo 24 del repetido Reglamento, cuyo criterio, termina diciendo el Tribunal, es similar al que se aplica cuando al constituirse una Sociedad se aporta a ella una Empresa o cuando aquélla absorbe a otra con el mismo fin.

Comentarios: Pocos necesita realmente el caso que nos ocupa, porque los razonamientos de la Resolución impugnada son concluyentes y están ampliamente tratados por la doctrina referente al impuesto y son, por otra parte, lo suficientemente expresivos los preceptos reglamentarios aducidos a través de los artículos 9.º y 101 del Reglamento de 7 de noviembre de 1947.

Ciertamente que en el sentir del contribuyente, en general, choca no pocas veces el concepto fiscal de deducción de deudas con el de

«adjudicación para pago» de las mismas, sobre todo cuando aquél es deducido. Pero, a poco que se reflexione sobre él, aparece con nitidez y con perfecta legalidad.

El heredero—ciñéndonos al caso debatido—que adquiere un patrimonio sobre el que pesan obligaciones dinerarias, indudablemente incrementa su haber con el valor total de lo adquirido, y otro tanto se puede decir del que compra una finca hipotecada y ha de responder en su día de lo que ésta garantice.

A primera vista la opinión vulgar cree que tal incremento patrimonial no es, cuantitativamente, tan grande como el valor global de lo adquirido, sino solamente equivalente a la diferencia entre ese valor global y el importe de la carga hipotecaria, o bien entre el mismo y el de las obligaciones que pesen sobre los bienes hereditarios, cuando de herencia se trata. Y, sin embargo, a poco que se reflexione se ve con claridad que ello no es ni puede ser así: el que hereda una casa hipotecada, por ejemplo, o un negocio de sus ascendientes, con todos los bienes que lo formen y con todas las obligaciones que sobre ellos pesen, es evidente que con el valor total de la casa y de tales bienes acrecienta su patrimonio y que por el importe de ese acrecentamiento debe tributar, puesto que la razón última del impuesto está precisamente en el tránsito de una cosa de un patrimonio a otro.

Llegado a este punto el raciocinio es cuando hay que discriminar el concepto específico y jurídico-fiscal de la adquisición. No todo el importe de lo adquirido pasa al patrimonio por el mismo concepto, sino que el valor equivalente al de la carga o al de la obligación se adquiere para pagarla en su día, y no supone, por tanto, un enriquecimiento gratuito causado por la herencia; y de ahí que con toda lógica jurídico-fiscal nazca el concepto de «adjudicación para pago», mientras que el resto del valor de lo adquirido sí entra en el patrimonio del heredero a título gratuito, cuando de transmisión hereditaria se trata, como sucede en el supuesto de que se hace mención.

Todas estas disquisiciones y razonamientos no se destruyen ni atenúan con las modernas teorías sobre la unidad patrimonial del negocio o Empresa individual objeto de la transmisión de que se trata. Esa unidad patrimonial e ilimitación de garantía no puede conducir, cualquiera que sea su eficacia doctrinal y aun jurídica,

en el terreno del Derecho Civil y Mercantil, a la conclusión de girar las liquidaciones que la transmisión hereditaria engendra, sobre la base, exclusivamente, del haber líquido del negocio o Empresa transmitidos, porque siempre quedará enhiesto el argumento, fiscalmente indestructible, antes expuesto: los bienes de la herencia entran en su totalidad en el patrimonio de los herederos, y sobre esa totalidad grava el impuesto, si bien con la antedicha discriminación de los conceptos adquisitivos de herencia y adjudicación para pago.

Finalmente, la teoría expuesta y concorde sustancialmente con ella está estudiada en la Sentencia de 12 de junio de 1953, en la que se trató del caso de la transformación de una Empresa individual de Banca en Sociedad Anónima, con la aportación a ésta del activo y pasivo de aquélla. Este activo y pasivo fué discriminado al liquidar el impuesto en los conceptos de aportación social, en cuanto al valor del activo, y de adjudicación para pago el del pasivo: impugnadas las liquidaciones con el fundamento de que «se había desconocido la unidad económica y jurídica de la cosa universal transmitida al separar los bienes del activo y las obligaciones del pasivo», la Sala confirma aquéllas, admite la separación de conceptos, antes desarrollada por nosotros, y da un argumento definitivo para aquel caso, diciendo que una prueba concluyente contra el demandante es que la aportación del importe total del capital de la Empresa bancaria individual a la nueva Sociedad no pudo tener el concepto de aportación para la formación del capital social de la nueva entidad, «porque de haber sido una simple aportación social, tendría que habersele reconocido al socio aportante acciones equivalentes a los bienes aportados, lo que no ocurrió...»

Todo ello, como es lógico, sin perjuicio de que el metálico existente no produzca el concepto de adjudicación para pago, ya que, sabido es, que las adjudicaciones en pago o para pago no están sujetas, a tenor del número 6 del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto, cuando consisten en metálico.

OTORGADA UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA Y DECLARADA LA SIMULACIÓN E INEXISTENCIA DE TAL CONTRATO MUCHOS AÑOS DESPUÉS POR SENTENCIA FIRME, Y AL MISMO TIEMPO QUE TAL CONTRATO ENCERRABA O ENCUBRÍA UNA DONACIÓN, ES LIQUIDABLE ÉSTA, Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LA EXACCIÓN DEL IMPUESTO NO SE CUENTA DESDE LA FECHA DE AQUELLA ESCRITURA, SINO DESDE LA FECHA EN QUE LA SENTENCIA QUEDÓ FIRME.

Antecedentes: En 22 de octubre de 1932, y por escritura pública, don Antonio L. M. vendió a sus hermanos don Juan y don Félix de la Cruz, por mitad y proindiviso, ciertas fincas y derechos en cifra cuantiosa, siendo girada la correspondiente liquidación por Derechos reales y concepto de compraventa.

En 1939, dichos hermanos hicieron constar en documento privado que, «al poco tiempo del otorgamiento de la antedicha escritura, don Félix de la Cruz cedió a su hermano don Juan sus derechos y recibió del mismo la mitad del precio entregado al vendedor hasta el momento de la cesión y que, en consecuencia de todo ello, ratificaban la cesión verbal efectuada, con lo que el don Juan devenía dueño exclusivo de las fincas adquiridas del hermano don Antonio L. M.», cuyo documento fué presentado a liquidación y pagado el impuesto en febrero de 1943.

El adquirente y dueño don Juan, según lo dicho, de los bienes, falleció en septiembre de 1941, siendo herederos sus hijos don Juan y don Antonio de la Cruz Chamout. La herencia fué oportunamente liquidada, y en ella se comprendieron los bienes antes aludidos procedentes de la compra a don Antonio L. M.

Este señor falleció en septiembre de 1939, y fueron sus sucesores su hija doña Sara, y en el tercio de los bienes don Juan de la Cruz Martín.

La hija y heredera doña Sara demandó, en octubre de 1942, al don Félix de la Cruz y a los herederos de don Juan de la Cruz sobre nulidad e inexistencia del contrato contenido en la escritura primeiramente reseñada de octubre de 1932, y seguido el juicio terminó por sentencia en casación de 19 de octubre de 1950, en la que fué confirmada la de la Audiencia, que había declarado que el contrato celebrado en la escritura de 22 de octubre de 1932 era inexistente por simulado, y que encubrió una donación válida y eficaz, en tanto no perjudique los derechos legitimarios de doña Sara.

Presentado a liquidación el testimonio de la sentencia, se giraron dos liquidaciones a nombre de los dos adquirentes de la primitiva escritura, los hermanos don Juan y don Félix de la Cruz, por el concepto herencias, o sea, como donatarios, sobre la base, cada una de ellas, de 624.000 pesetas y con multa y demora, dada la presentación fuera de plazo del testimonio de la sentencia.

Ambas liquidaciones fueron recurridas con fundamento, primeramente en que las meritadas sentencias no constituían actos sujetos al impuesto, porque se limitaron a interpretar el contrato formalizado en la escritura de 1932; en segundo término, en que el único acto sujeto, con base en los documentos obrantes en el expediente, es el contenido en dicha escritura, y como ese acto fué liquidado e ingresada la liquidación, no puede girarse ninguna otra, ni aun en el supuesto de que los Tribunales interpreten la existencia de otro acto distinto, y por último, que, cualquiera que sea la calificación que el contrato merezca, esté liquidado o no y presentada o no fuera de plazo la escritura, es indudable que está prescrita la acción para exigir el impuesto, incluso en el caso de que se admita la existencia de la donación, porque ésta tuvo que hacerse antes del fallecimiento del donante, o existir desde el día de su fallecimiento en 30 de mayo de 1939, y la declaración de la donación se realizó en 19 de enero de 1950, cuando el impuesto no era ya exigible.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación y acordó la revisión y anulación de la liquidación practicada en la escritura de 1932, de acuerdo con el artículo 141 del Reglamento, estimando que el derecho de revisión no está prescrito, y también que es aplicable el artículo 58 del Reglamento, sobre las consecuencias fiscales favorables al contribuyente en cuanto al contrato anulado, y, por fin, que no procede la imposición de multa en la nueva liquidación.

Este acuerdo fué recurrido en alzada ante el Central, insistiendo en los anteriores argumentos y, especialmente, en el de la prescripción, la cual—se dice—no es posible considerarla interrumpida, y mucho menos no nacida, como sostiene el Tribunal Provincial, a virtud del principio de la «actio nata» y «actioni nondum natam non prescribitur».

El Tribunal Central acordó anular el acuerdo del provincial y declarar que no es procedente la revisión de las liquidaciones practicadas en el primitivo contrato de compraventa, y que son pro-

cedentes las giradas como consecuencia de la sentencia por el concepto de donación y tipo de herencia, con la multa del 30 por 100 y los correspondientes intereses de demora.

La fundamentación en que la Resolución se apoya es como sigue: Con arreglo a la repetida escritura de compraventa de 1932, no podían constar a la Oficina Liquidadora otros hechos que los que en la misma se expresaron, o sean, los de entrega de bienes y precio cierto, consistente en dinero, por lo cual la calificación jurídica no pudo ser otra que la de compraventa con correcta aplicación de la Tarifa, y por lo mismo nada es posible revisar reglamentariamente, sin perjuicio de que, declarada judicialmente la inexistencia civil del contrato liquidado, los interesados pidan las devoluciones procedentes con arreglo al artículo 58 del Reglamento del Impuesto.

Por otra parte, la transmisión de los bienes en cuestión a título gratuito como donación entre vivos, declarada judicialmente, no ha podido surtir efectos en cuanto a terceros, como lo es la Hacienda en este caso, hasta que los Tribunales la proclamaron en forma solemne y definitiva, y ello, cualquiera que sea la fecha desde que la transmisión afecte a las partes y a sus herederos.

Por lo tanto, la acción de la Administración para exigir el impuesto no pudo nacer hasta que judicialmente se dió consistencia externa legal al acto de la donación con la paralela declaración de inexistencia del contrato de compraventa, porque el arranque del cómputo del plazo de prescripción, a tenor del artículo 143 del Reglamento está en que conste fehacientemente el acto o el otorgamiento del documento, y por eso, cuando de documentos privados se trata, su fecha no es eficaz a los efectos de la prescripción, y los términos de ésta no se empiezan a contar sino desde que se inscriben en un Registro público o se entregan a un funcionario público por razón de su oficio.

Sobre la duplicación de pago que se apunta de contrario, argumenta la Resolución que comentamos diciendo que, de un lado, queda destruído el alegato con la sola consideración de que el artículo 58 del Reglamento permite la devolución del impuesto correspondiente al contrato declarado inexistente, y, de otro, que tampoco abona la duplicación el hecho de ser distintas las convenciones sometidas a tributación, porque la compraventa surtirá efectos fiscales hasta el momento de ser firme la sentencia, y la figura

jurídica de donación, nacida de tal declaración judicial, los produce desde que ésta tiene vida legal, con lo cual es manifiesto que no se da la infracción del principio consagrado en el artículo 43 del Reglamento al preceptuar que a una sola convención no le es exigible el impuesto con reiteración.

Por último, la sentencia hace incuestionable que en 19 de enero de 1950 existió un acto de donación no sometido a tributación hasta el 18 de agosto siguiente, fuera, por tanto, del plazo señalado en el artículo 103 del Reglamento, y en su consecuencia es aplicable la sanción del 30 por 100 de la cuota, como previene el artículo 221 del tan repetido Reglamento.

Comentarios: Estando como están tratados todos los aspectos del problema planteado, nada tiene que añadir ni apostillar el comentarista. Deste el punto de vista jurídico-fiscal, están atados todos los cabos en la Resolución combatida y es ocioso insistir sobre ello, limitándonos a aplaudirla.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de febrero de 1956.

ESTA RESOLUCIÓN SIENTA EL CRITERIO DE QUE EL PLAZO DE DOS AÑOS, QUE EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY DEL IMPUESTO SEÑALA EN SU APARTADO 3), PARA QUE LA ACCIÓN COMPROBADORA PRESCRIBA, HA DE ENTENDERSE, COMO EL APARTADO 1) DEL ARTÍCULO 82 DEL REGLAMENTO DISPONE, QUE CORRE DESDE QUE SE PRESENTAN A LIQUIDACIÓN LOS DOCUMENTOS, CON TAL QUE ÉSTOS PRODUZCAN LIQUIDACIONES DEFINITIVAS, Y EN OTRO CASO LA ACCIÓN COMPROBADORA ESTÁ VIVA MIENTRAS NO TRANSCURRA EL PLAZO DE DIEZ AÑOS PARA LA EXACCIÓN DEL IMPUESTO.

Antecedentes: En 3 de junio de 1944 se presentó una herencia a liquidación y el liquidador practicó la oportuna comprobación y giró las correspondientes liquidaciones. Posteriormente, al amparo de los artículos 82 y 88 del Reglamento, y con fecha 14 de diciembre de 1950, acordó comprobar nuevamente los bienes, obteniendo un aumento en más del décuplo de la base fijada en 1944.

Contra tal comprobación complementaria recurrieron los interesados, alegando que la primera era firme y consentida, y que contra ella no podía ir la Administración, porque no podía volver sobre sus propios actos.

El liquidador informó apoyándose en el artículo 82 citado, con arreglo al cual el plazo de dos años en él señalado no corre si la liquidación no es definitiva, a lo que los reclamantes opusieron que al disponer la Ley en el apartado 3) del artículo 21 que la acción comprobadora prescribe a los dos años de la presentación de los documentos a liquidación, no distingue la clase de liquidación que puedan producir, siendo de tener en cuenta, además, que la liquidación practicada en 1944 fué definitiva, desde el momento en que la Administración no hizo requerimiento alguno para que se presentaran nuevos documentos a efectos de tal liquidación.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, y otro tanto hace el Central.

Este empieza por sentar que el artículo 82 del Reglamento desarrolla el citado artículo 21 de la Ley y establece que cuando las liquidaciones practicadas son provisionales, la comprobación también lo es, y en tal caso el plazo de dos años de prescripción de la misma no empieza a contarse hasta que se presentan los documentos necesarios para girar las definitivas.

Esto supuesto, añade, es de tener en cuenta que el artículo 115 del Reglamento establece que para que en las transmisiones «mortis causa» sea definitiva la liquidación es necesario que los interesados acompañen a las solicitudes o relaciones de bienes firmadas por todos ellos los correspondientes documentos judiciales administrativos con las debidas condiciones de autenticidad en que funden su derecho y hagan constar la condición de definitivas que asignan a dichas liquidaciones, o supletoriamente que se contengan en documento público las operaciones particionales, y como estos requisitos no concurren en el caso y nada se ha alegado ni probado en tal sentido, ha de concluirse que las liquidaciones producidas en su día fueron provisionales. Y esta conclusión no se desvirtúa por el hecho de que la Administración haya dejado de practicar el requerimiento previsto en el artículo 120 del Reglamento con la facultad de exigir, en su caso, la liquidación suplementaria del 10 por 100 de las cuotas, tanto más cuanto que el mismo precepto previene que esa liquidación no es obstáculo a la acción investigadora diri-

gida a obtener la presentación de documentos o la declaración de bienes necesarios para la definitiva mientras no prescriba la acción para exigir el impuesto.

Comentarios: Creemos que para llegar a la conclusión que sienta la Resolución que comentamos, en su afán de concordar el apartado 3) del artículo 21 de la Ley con el apartado 1) del artículo 82 del Reglamento, es necesario retorcer demasiado el texto del primero, que es categórico cuando dice que la «acción administrativa para comprobar los valores declarados prescribe a los dos años de presentados los documentos a liquidación». En principio, al menos, ha de entrar en juego la conocida norma de interpretación que dice que donde la Ley no distingue, el intérprete tampoco debe distinguir, y, por consiguiente, si el texto legal habla de *documentos*, sin distinción alguna, ¿cómo un precepto de menor categoría, cual es el reglamentario invocado, puede matizar la eficacia de aquéllos, según que den lugar a una liquidación provisional o definitiva y servir o no de punto de partida para iniciar el cómputo del plazo de prescripción?

Si la presentación de los documentos motivara por sí misma el que la liquidación fuera provisional o definitiva, aún podría tener alguna razón de ser la distinción o matización reglamentaria, pero no es así, puesto que sabido es que, con arreglo al artículo 115 del mismo Reglamento, los documentos presentados producen liquidación definitiva si son de carácter público, pero si no lo son la producen o no a voluntad de los interesados.

Del mismo Reglamento se deduce que el plazo de dos años arranca de la mera presentación de los documentos, a la vista de los artículos 85, apartado 2), y 88, apartado 3): el primero, al hablar de la facultad de la Abogacía del Estado para revisar los expedientes de comprobación que aprueban por sí las Oficinas Liquidadoras de partido cuando son de cuantía no superior a 25.000 pesetas, dice que el acuerdo de revisión habrían de adoptarlo «dentro del plazo de dos años señalado en el artículo 82»; y el artículo 88, en el apartado dicho, al referirse a la posible ampliación de las comprobaciones y empleo de uno u otro medio comprobatorio, consigna que la comprobación podrá ampliarse «utilizando, dentro del plazo de prescripción establecido en el artículo 82, los demás medios de comprobación señalados en el artículo 80...».

se puede deducir con toda lógica que el plazo de dos años del repetido artículo 82 no está ligado a la clase de liquidación que los documentos hayan producido.

Para terminar este comentario, diremos que la Sentencia del T. S. de 28 de enero de 1946, única que conocemos sobre la cuestión debatida, da alguna luz para resolver la antinomia entre la Ley y el Reglamento. Dice, en efecto, que la prescripción de la acción comprobadora, aun transcurridos los dos años de la presentación de los documentos a liquidación, no se aplica respecto a las cargas que suponen aumento de la base liquidable y que no fueron declaradas al mismo tiempo que los bienes, y, por consiguiente, la comprobación e investigación sobre el valor de ellas es factible reglamentariamente mientras no prescriba el plazo de quince años para exigir el impuesto.

Y decimos que en algo aclara el texto porque, de un lado, da a entender que los dos años del cómputo legal arrancan, sin distinguos, de la simple presentación de los documentos a liquidación y, por otra parte, que la traba para la nueva comprobación no se refiere más que a los bienes primeramente declarados y comprobados, y no a los que no lo fueron, ni tampoco a aquellos gravámenes que, afectándolos, aumentaban la base de liquidación y fueron ocultados.

LA REDACCIÓN

E R R A T A

En el pasado número de julio-agosto, en la Sección *Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales*, aparece una errata en la página 558, que conviene subsanar, aunque el buen sentido de los lectores lo haya ya hecho.

Se hace referencia a la doctrina jurisprudencial relativa a que en el retracto el vínculo jurídico es único entre retrayente y vendedor, y el texto continúa diciendo: «...y ello, añadimos nosotros, *no es así*», en vez de decir, «...y ello, añadimos nosotros, *es así*», suprimiendo la partícula *no*.

VARIA (★)

EL PROBLEMA DE LAS OPOSICIONES EN ESPAÑA, por Jesús López Medel.

La Editorial «Euramérica» ha enriquecido su valiosa colección «Mundo Mejor» con un notable libro titulado *El problema de las oposiciones en España*, debido a la pluma ágil, dinámica y fértil de un joven y ya destacado Registrador de la Propiedad: Jesús López Medel.

Si en cuatro líneas, y recurriendo al tópico, quisiéramos hacer un elogio de su obra bastaría con decir que, comenzada su lectura, no se puede dejar hasta finalizarla: tal es su interés y su amenidad, tanto es lo que sugiere, lo que enseña y lo que hace meditar...

Pero el libro de López Medel, por su contenido, por su valor intrínseco—prescindiendo de todo lo externo, galanura de estilo, vivacidad de expresión, acopio de erudición—, merece mucho más que ese fácil y merecido elogio. No en vano plantea y expone de modo atrayente uno de los temas que más se debaten en nuestros días por su trascendencia individual, familiar y social, el de las oposiciones que, como dice con frase justa el Ministro de Hacienda, Don Mariano Navarro Rubio, en el jugoso prólogo que ha puesto a la obra, «Más que un problema de juventud, el de las oposiciones, es un problema social, un problema que está en nuestra vida, que se produce en nuestra latitud, que se agrava por nuestras condiciones económicas, que se entremezcla con nuestra división de clases».

Con la experiencia de una ya muy dilatada vida profesional, en la que penetramos precisamente por la «puerta grande» de una oposición, que nos ha llevado varias veces a ser de nuevo actores

(*) Reanudamos la publicación de esta Sección, omitida casi durante un año por razones ajenas a nuestra voluntad.

en otras oposiciones en un plano distinto, en el del Tribunal, y también nos ha dado lugar a redactar cuestionarios y reglamentos de tan difícil sistema de selección, creemos estar autorizados para decir muy breves palabras sobre la materia, coincidiendo en lo sustancial con el pensamiento y los juicios de López Medel.

Las oposiciones, como sistema de ingreso en la Administración Pública, adolecen de graves defectos y ofrecen evidentes inconvenientes. No voy a enumerarlos, pues son por su notoriedad de todos conocidos. Mas, hoy por hoy, no conocemos ningún otro sistema que le aventaje ni siquiera que pueda equipararse con él.

La perfección no se alcanza jamás en lo humano. A esta regla inexorable no podía sustraerse el sistema de la oposición; pero en compensación, el sistema es perfectible, cabe siempre ir hacia adelante, con ansia de superación y perfeccionamiento. El sistema es bueno, pero puede y debe ser mejor. Y a ello propende López Medel en algunos de los más interesantes capítulos de su libro: «Medidas generales» y «Medidas específicas» para la mejora de las oposiciones.

En rigor, lo que urge es «humanizar el sistema». Tratar de no convertirle en un suplicio «siglo xx» que esterilice a la juventud con la impronta del agotamiento o del fracaso. Perfeccionar los programas, regularizar las convocatorias, unificar los Tribunales, dar oportunidades a los estudiosos con regularidad, suprimir la angustia del tiempo en los ejercicios, dividir éstos, etc., etc.

Y aún con todo, no cabe olvidar que, pese a sus defectos, mediante el sistema de oposición los Cuerpos de la Administración se han ido nutriendo de lo mejor que sale de las Universidades. Los grandes hombres de nuestro tiempo en España han triunfado en oposiciones. Desde Menéndez y Pelayo a Ramón y Cajal, pasando por Ortega y Gasset y Marañón, por Unamuno y Calvo Sotelo, hasta la ingente masa de insignes Magistrados, Catedráticos, Escritores, Abogados del Estado, Notarios, Registradores, pocas son las figuras sobresalientes de nuestra intelectualidad que no han triunfado en una de esas pruebas que hoy algunos tratan de menospreciar.

Quizá sin el método selectivo de la oposición de algunas de esas figuras no habrían conseguido salir de la oscuridad, del anonimato. La oposición ha brindado siempre la oportunidad al mérito, ha abierto de par en par las puertas a la auténtica valía.

Si nos fuese permitido emplear un argumento *ad hominem*, po-

dríamos referirnos al propio autor del libro que se comenta. Jesús López Medel, cuyos merecimientos están ya de manifiesto, triunfó hace muy pocos años en las oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad. Los que entonces formábamos parte del Tribunal calificador, sentimos una íntima satisfacción al comprobar, en el incesante fluir de la vida, que aquellos opositores que triunfaron demuestran con su labor posterior que no triunfaron por puro azar o simple memoria ni por amistosa influencia. Triunfaron porque valían y lo merecieron.

El libro, por lo demás, está presentado en una elegante y muy cuidada edición que avalora el atractivo de la obra.

R. DE LA R. Y A.

ESTUDIOS DE DERECHO ARAGONÉS. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. *Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva y Puyol*. Zaragoza, 1954. Un volumen de 688 págs.

Consta esta obra de dos partes : en la primera, D. Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, D. Emilio LAGUNA AZORÍN, D. Luis HORNO LIRIA y D. José LORENTE SANZ nos presentan a D. Juan Moneva como maestro, como jurista y, sobre todo, como perfecto representante del hombre aragonés.

La segunda parte, titulada *Estudios*, contiene diversos trabajos jurídicos, de los que trataremos separadamente.

EL CONCEPTE JURIDIC DE L'«ENTRADA» EN L'ENFITEUSI CATALANA, por *Serrahima Bofill*, Mauricio.—págs. 65-85.

Contiene un estudio de las diversas teorías que se han dado sobre la naturaleza jurídica de la «entrada» en Derecho catalán, principalmente las de VIVES y CEBRIÁN, y BORRELL y MACIÀ. A continuación, el señor SERRAHIMA sienta su propia tesis afirmando que la entrada es una cantidad en metálico pagada en virtud de un pacto no esencial a la enfiteusis ; la razón de ser de esta prima es la concesión del establecimiento, pero puede, a la vez, presentar diversas finalidades, que se deducirán de la escritura.

LOS LÍMITES DE ARAGÓN Y CATALUÑA EN EL SIGLO XII, por *Pascual Serrés*, José María.—Págs. 85-119.

Se estudian los diversos factores que contribuyeron a fijar los límites de Aragón y Cataluña en esta comarca, dándole especial importancia a la influencia eclesiástica, representada por la Orden de los Templarios

EL DERECHO NATURAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS, por *Sancho Izquierdo*, Miguel.—Págs. 119-131.

Los tres epígrafes en los que viene dividido este artículo nos muestran los diferentes modos de influir el Derecho natural en el ordenamiento aragonés; estos epígrafes son: El Derecho natural, fundamento e inspirador de las instituciones jurídico-positivas de nuestro Derecho. El Derecho natural, fuente supletoria cuando tales instituciones faltan. El Derecho natural, límite del Derecho positivo y de la libertad individual.

LOS LAUDOS DE LA CÁMARA DEL COMERCIO, por *Valenzuela La Rosa*, José.—Págs. 131-143.

Las características de buena fe, sentido práctico y rapidez han hecho de los laudos de la Cámara de Comercio un medio muy usado para dirimir las contiendas entre comerciantes. De estos laudos nos habla el señor VALENZUELA LA ROSA, describiendo el procedimiento seguido y analizando su naturaleza jurídica de arbitrajes atípicos, según viene reconociendo una numerosa jurisprudencia.

SOBRE LA AUSENCIA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS, por *Alonso y Lambán*, Mariano.—Págs. 143-215

Dada la extensión de este estudio, habremos de limitarnos a copiar su índice. En él puede verse el interés de este completísimo estudio.

Parte primera: La ausencia en los Fueros. I. Ausencia en sentido general; II. Ausencia en servicio del Estado; III. El Derecho aragonés en el período comprendido entre 1889 y 1926. Parte segunda: Exposición, comentario y crítica del Derecho vigente. I. Las

normas del Apéndice hasta la Ley de Ausencia ; II. La Ley de 9 de septiembre de 1939 en su relación con el Derecho aragonés. Vigencia ; III. Análisis de las disposiciones del Cuaderno foral en relación con la Ley de 1939. Parte tercera : *De lege Ferenda*. I. Orientaciones que podría seguir una futura ley ; II. Proyecto articulado propuesto a título de conclusiones.

REGULACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CONTINUADA, por *Camón Aznar*, Leonardo.—Págs. 215-235.

Empieza el trabajo con el estudio de las observancias 2.^a y 17.^a *De jure dotium*, analizando los comentarios de BARRACHINA, ISÁBAL, NOGUÉS, PORTOLÉS y LA RIPA.

En el Derecho vigente, se examinan los arts. 53 y ss. del Apéndice, tratando de la personalidad y contenido de la sociedad conyugal continuada, naturaleza jurídica, elementos que la integran y disolución.

En las conclusiones finales se pide una regulación más completa, en la que se deseche el sistema de presunciones que viene presidiendo esta institución y desaparezca su incompatibilidad con la viudedad universal.

LOS ORÍGENES DEL MONAQUISMO DÚPLICE EN ESPAÑA, por *Orlandis Rovira*, José.—Págs. 235-249.

Contiene un detenido estudio sobre la «tuitio» de los monasterios de vírgenes y de las diversas formas de monasterios familiares que, durante la dominación visigoda y los primeros siglos de la Reconquista, existieron en nuestra Patria. Ambos fenómenos contribuyeron de manera decisiva a la formación del monaquismo dúplice.

RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, por *Albalade Giménez*, Germán.—Págs. 249-303.

El subtítulo del presente estudio (Notas sobre el Derecho aragonés vigente y el Derecho comparado, y sugerencias para una futura regulación), nos da una idea de su contenido. Presenta el señor ALBALADE la evolución que, a través de los siglos, ha sufrido la patria potestad, evolución recogida principalmente por medio de la inter-

vención creciente de la madre y de un sinnúmero de controles que han venido a limitar el antiguo poder total. Estas tendencias se reflejan en los arts. 2.º y 3.º del vigente Apéndice.

Termina su estudio el señor ALBALATE con una detallada exégesis del proyecto de articulado elaborado por el Seminario dependiente de la Comisión revisora del Apéndice.

EL RÉGIMEN DE PASTOS DE ALERA FORAL EN LA ACTUALIDAD, por *Fairén Guillén*, Víctor.—Págs. 303-321.

Estudia las fuentes de la alera foral, la titularidad del derecho y su disfrute, tratando en este último apartado de los ganados que pueden pastar y la forma en que deben hacerlo.

Conceptúa la alera foral como una servidumbre predial, discontinua y de carácter positivo, negando que la reciprocidad sea esencial a esta institución.

LOS DERECHOS FORALES EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX, por *Martín Ballester y Costea*, Luis.—Págs. 321-341.

Plantea el problema del desconocimiento de lo foral y de su supervivencia; analiza la labor doctrinal realizada en Cataluña, Navarra, Aragón y otras regiones forales, preguntándose si se observan en la actualidad las normas forales. Para terminar, expone la labor realizada por el Congreso de Zaragoza de 1946, que ha abierto una nueva etapa hacia la unificación de nuestros ordenamientos jurídicos.

LA EDAD EN DERECHO ARAGONÉS, por *Sancho Rebullida*, Francisco de Asís.—Págs. 341-393.

Comienza el trabajo con una exposición del Derecho recogido en la Compilación oscense, los fueros *Ut viginti annorum*, *De liberationibus*; las observancias *De contractibus minorum*, 4.ª *De privilegium absentium* y los fueros *Que los menores de veynte anyos* y *De las obligaciones de los menores de veynte anyos*.

A continuación se estudian las diversas capacidades que, según la edad, pueden establecerse en nuestro Derecho, poniendo un especial interés en el análisis de la capacidad de los mayores de catorce

años y menores de veinte, por ser este grupo el que más problemas presenta.

La segunda parte del trabajo trata los proyectos de Apéndice y el Derecho vigente; la tercera es un estudio crítico de las actuales normas y una orientación para el porvenir, defendiéndose en esta tercera parte nuestro sistema histórico por lo razonable de su escalonamiento.

En todos los apartados del trabajo se hace un estudio completísimo de doctrina y jurisprudencia.

LOS PROBLEMAS CIVILES DE LA LLAMADA «INSEMINATIO ARTIFICIALIS»
EN LOS SERES HUMANOS, por *Castán Tobeñas*, José.—Páginas
393-413

La separación de procreación y amor llevaría consigo la destrucción del derecho de familia y de sus principios morales a la moral católica y al sistema de Derecho civil positivo. De un acto con tales lacras no cabe deducir efectos civiles en beneficio de las partes.

Respecto a la condición de los hijos, distingue el señor CASTÁN los siguientes casos:

a) Mujer soltera o viuda al tiempo de la fecundación: No cabrá reconocimiento por el dador; los hijos deberán equipararse a los ilegítimos no reconocidos.

b) Mujer casada: a') semen perteneciente al marido, el hijo será legítimo; sin embargo, en caso de ausencia del marido, parece ser que éste podrá impugnar la paternidad; b') semen de un tercero, difícil será la impugnación, en virtud del principio «Pater is est».

LA INSINUACIÓN DE DONACIONES EN ARAGÓN, por *Palá Mediano*, Francisco.—Págs. 413-479.

Estudiando el Derecho aragonés con perspectiva histórica, se llega a la conclusión de que la insinuación se establece en nuestro ordenamiento jurídico como forma habilitante, a fin de establecer de antemano la solvencia del donante. Refuerza este criterio el estudio de los diversos sistemas jurídicos paralelos al nuestro.

La insinuación se introdujo en fecha tardía (1398) y supone un medio de verificación previa del negocio; su disciplina está conteni-

da en el Fuero 3 ° *De donationibus*. En la exégesis de este Fuero se centra el estudio del señor PALÁ.

LAS SEGUNDAS NUPCIAS EN EL DERECHO NAVARRO Y EN LA COSTUMBRE, por *Iribarren Rodríguez*, Jesús Luis.—Págs. 479-493.

Estudia las segundas nupcias en relación con la patria potestad, la legítima, la colación de bienes, el usufructo y administración de los de los hijos, el régimen económico de segundo matrimonio, las reservas hereditarias y los pactos en capitulaciones, autorizándolas.

LA OMISIÓN DEL INVENTARIO EN LA VIUDEDAD, por *Lorente Sanz*, José. Páginas 493-517.

La obligación de hacer inventario y prestar caución llega a nuestro Derecho en fecha tardía. El apéndice, desviándose de la tradición, la agravó, exigiendo la formación de inventario para los inmuebles, y sancionando el incumplimiento de los deberes legales con la pérdida de usufructo.

Se pregunta el autor si cabe que el cónyuge concedente releve al superstite de dicha obligación, inclinándose por la afirmativa, vistos los preceptos relativos a la fianza y el artículo 69 del Apéndice.

Se examinan seguidamente los actos u omisiones determinantes de incumplimiento, la posibilidad de dispensa por los herederos, los efectos de la omisión entre las partes y con respecto a terceros, la relación de esta materia con la prescripción y los usufructos reservados, y la doctrina de los Tribunales.

Termina el trabajo señalando el desuso en que ha caído esta norma y mostrándose partidario de su desaparición.

UN PROBLEMA EN LA ADVERACIÓN DEL TESTAMENTO ANTE PÁRROCO, EN ARAGÓN, por *Belled Heredia*, José María.—Págs. 517-561.

El problema al que el autor hace referencia es «la cuestión que se plantea cuando el párroco o alguno de los testigos, o ambos, han fallecido o no pueden concurrir a la adveración».

Tras una introducción histórica, en la que se estudia el Derecho anterior al Apéndice, el señor BELLED llega a las siguientes conclusiones :

a) *Fallecimiento del párroco*.—La adveración no puede llevarse a cabo; el testamento puede tener efecto en virtud del artículo 27 del Apéndice y de los 700 y siguientes del Código civil.

b) *Fallecimiento de uno de los testigos*.—La misma solución que a).

c) *Fallecimiento del párroco y uno de los testigos, de los dos testigos o de todos ellos*.—El testamento será ineficaz.

d) *Imposibilidad de concurrir*.—La herencia se atribuirá a aquellos a quienes correspondería si el testamento fuera ineficaz, pero sujeta a la condición resolutoria de la adveración.

LA DOCTRINA DE LOS VICIOS Y EL CUMPLIMIENTO «APARENTE» DE LOS CONTRATOS, por *Vicente y Gella*, Agustín.—Págs. 561-575.

El señor VICENTE Y GELLA rechaza la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de julio de 1947, en la que se señala la equivalencia entre los defectos de gran importancia y la falta de entrega; para él, tal doctrina es opuesta al espíritu de nuestras leyes.

Estudia a continuación los artículos 1.266 y 1.484 del Código civil, demostrando que el segundo supone una aplicación especial de la doctrina sobre el error.

LA CLÁUSULA «SI SINE LIBERIS DECESSERIT» EN EL DERECHO ARAGONÉS, por *Lacruz Berdejo*, José Luis.—Págs. 575-633.

I. *Naturaleza y contenido*.—Esta cláusula supone, en general, un eventual fideicomiso sujeto a condición suspensiva. Únicamente podremos hablar de sustitución fideicomisaria cuando fuera ésta la voluntad del testador.

II. *Duración de las sustituciones en el Derecho anterior al Apéndice*.—Contiene un estudio histórico de las diversas tendencias que han venido rigiendo esta materia.

III. *La regla «positus in conditione, positus in substitutione», en el Derecho Histórico*.—La comparación entre nuestro Derecho y los que rigieron en la Península, nos muestra el carácter relativo de esta regla, carácter que se refleja en la obra de los decisionistas.

IV. *Los hijos puestos en condición, el Código civil y el Derecho*

aragonés vigente.—Trata de las tres distintas posibilidades de acceder a la herencia: sustitución fideicomisaria, sustitución vulgar, derecho de representación en la supresión forzosa.

V. *Derecho transitorio*.

ESQUEMA DE LA COMUNIDAD LEGAL, CONTINUADA ARAGONESA EN EL DERECHO DE LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS, por *Rivas Pérez*, José Enrique.—Págs. 633-659.

1. Cuestiones previas: el nombre de comunidad continuada. Naturaleza y fundamento.—2. Cuándo continúa la comunidad y cuándo no.—3. Activo de la comunidad: mientras el sobreviviente no pasa a segundas nupcias. Durante las segundas nupcias del sobreviviente. Después de disueltas las segundas nupcias del cónyuge sobreviviente. Cuando el sobreviviente pasa a terceras o ulteriores nupcias.—4. Administración de la comunidad y poderes del cónyuge.—5. Disolución de la comunidad.—6. División de la cosa común: forma de realizarla. División antes de las segundas nupcias. División durante las segundas nupcias. División después de las segundas nupcias. División en terceras o ulteriores nupcias. Efectos de la división. La observancia décima *De secundis nuptiis*.

EL PRINCIPIO «NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PREVIA LEGE» EN LOS FUEROS DE ARAGÓN, por *Guallart y López de Goicoechea*, José.—Págs. 659-683.

Empieza el señor GUALLART con un preámbulo en el que nos describe los orígenes de este principio, que ha llegado a su máxima expresión con la Declaración de derechos del hombre hecha por las Naciones Unidas.

En el Derecho aragonés, lo encontramos en el prólogo de la Compilación de Huesca de 1427; adquiere garantías con el Justiciazgo y la Manifestación, informando nuestro Derecho mediante el principio *Standum est Chartae*; viene, por último, recogido en el fuero *De la prohibición de Carceli*, dado por Carlos I en 1528 para corregir prácticas viciosamente introducidas.

ACCIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADAS DE DELITOS Y FALTAS.—

Por José María Reyes Monterreal, Juez de Primera Instancia e Instrucción, Juez Municipal excedente y miembro correspondiente del Instituto Español de Derecho Procesal.—Prólogo del ilustrísimo señor don Enrique Jiménez Asenjo, Abogado Fiscal y Catedrático de la Escuela Judicial.—Gráficas Menor.—Madrid, 1955.

El prologuista centra el problema en su aspecto humano. Lo que mueve la acción del interesado en el delito no es el impulso romántico de perseguir el crimen por el crimen, sino que se le pague lo que cree que se le debe, o sea, que el autor le indemnice, y con ello obtener satisfacción económica del daño causado y satisfacción moral de que el culpable sufre el castigo en su bolsillo (para algunos, tal vez más doloroso que la sanción penal). Será criticable o no esta afirmación, pero tiene sus raíces en la realidad: son hechos que no cabe desconocer.

Ahora bien, para que la indemnización reparadora se logre, es necesaria la imposición de la pena. Cuando existe la absolución, ¿qué pasa? La doble vía civil y penal, o penal y civil, que se convierte en vía única, donde es posible un choque si no se anda con cuidado y con atención a las órdenes y advertencias de los factores.

Reyes examina la teoría general de la acción civil del delito (nacimiento, concepto, fundamento, naturaleza jurídica, antecedentes históricos, caracteres y modalidades); la acción como motor del proceso (presupuestos procesales, competencia, legitimación activa y pasiva: la asistencia juridical gratuita para actor y responsables, incidente de pobreza, constitución de la relación jurídico procesal); contenido de la responsabilidad civil (restitución de la cosa, reparación del daño, indemnización del perjuicio), y efectividad de la responsabilidad civil (aseguramiento y efectividad). Todo ello con el examen de las distintas facetas que cada capítulo indicado tiene. Con ello tenemos el cuándo, cómo y por qué, tan buscados siempre.

La profesión del autor es garantía de la bondad y de la utilidad de cuanto dice. En estos temas de la vida práctica, las teorías y las doctrinas dispares confunden y perturban. El tema se desenvuelve sin olvidar la parte doctrinal, pero sólo en lo preciso: se prefiere fijar la atención en la Ley y en la jurisprudencia, dada la evidente importancia práctica del tema. Cualquiera que se halle en ese caso

ya sabe lo que tiene que hacer y cómo tiene que hacerlo. Con esto basta para una propaganda. Cuando las indecisiones y la anormal floración de disposiciones legales de toda índole, muchas veces contradictorias o dictadas por quienes no atienden al problema total o no son competentes en la materia, convierten en un suplicio la labor del jurista ; todo cuanto alivie la aspereza de tal labor será bien recibido.

PEDRO CABELLO
Registrador de la Propiedad