

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXIII

Mayo - Junio 1957

Núms. 348-349

Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mu- tación jurídica sobre inmuebles

Nadie puede negar en los actuales tiempos que la propiedad de los inmuebles exige, por su naturaleza y por su función social, la publicidad registral que manifieste ostensiblemente la titularidad para que ésta sea perfectamente legitimadora ; o sea, que se atribuya a la inscripción en el Registro un valor sustantivo de apariencia jurídica, que habrá de ser tanto más exacta cuanto más perfecta sea la especificación descriptiva de la finca, de los elementos jurídico y económico y de la misma titularidad, procurando no aparezca ésta borrosa en los casos de comunidades, reserva, fideicomiso, condiciones, etcétera

El elemento físico debe de ser especificado auténticamente por medio del Catastro (si es que somos capaces los españoles de llevarle a cabo de una vez), para que, unido al Registro de la Propiedad, llevado éste por fincas, no quede la base física de la propiedad simplemente a merced de la determinación de los otorgantes.

También el elemento económico resultará reflejado en el Catastro al expresar éste las cualidades y características de la finca, como la situación, el destino, la clase por su producción, etc. ; valor económico que puede reflejarse en los pronunciamientos del Registro de

la Propiedad, cuyo conocimiento habrá de ser muy útil en la distribución de la responsabilidad en la constitución de las hipotecas sobre varias fincas.

Como consecuencia de la perfección de este principio de especialidad, unido al funcionamiento del tracto sucesivo y del principio de legalidad aplicados a la titulación, la situación jurídica de cada finca aparecerá clara y muy determinados los derechos reales sobre la misma y sus titulares, de manera que la exactitud en la publicidad de unos y otros elementos sólo podrá conseguirse en un régimen de inscripción constitutiva, siendo también necesario unir la función del Catastro al Registro de la Propiedad para que la publicidad sea verídica, de manera que el principio de legitimación registral se acerque a la realidad extrarregistral o coincida con ella, y así que la presunción de que el derecho inscrito existe y pertenece al titular inscrito pueda considerarse tan verídica que la Ley estime exactos los pronunciamientos del Registro, mientras no se declare la inexactitud por los Tribunales, en juicio declarativo y siempre sin perjuicio de tercero hipotecario.

Pero para que el Registro exprese la realidad jurídica, toda la realidad jurídica, es necesario que el legislador se decida, valientemente, sin rodeos y con intuición certera, a implantar la inscripción constitutiva, de forma que ésta sea respecto de los inmuebles el único modo de adquirir, toda vez que, hoy más que nunca, el ordenamiento de los derechos reales sobre inmuebles exige investidura autenticada por la inscripción, que confiera a las adquisiciones seguridad rígida, que impida toda contienda a causa de mala titulación y de la diversidad de modos de adquirir que admite nuestro Código civil, según se deduce del artículo 1.473.

CARÁCTER DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.—EL CONCEPTO SOCIAL Y CRISTIANO QUE HOY SE TIENE DE LA PROPIEDAD INMUEBLE REQUIERE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Como dice el Caudillo Franco, los españoles constituímos un pueblo católico y que, por tanto, debemos discurrir bajo los principios de la fe de Cristo; por ello hemos de tener muy en cuenta la escuela social-católica sobre el concepto de la propiedad inmueble, criterio

basado en la doctrina de las Encíclicas de los Papas León XIII y Pío XI, que establecen que dicha propiedad es consustancial al hombre, toda vez que la posibilidad de señorío sobre los bienes inmuebles con carácter privado le confiere al sujeto la facultad de utilizarlos como estime conveniente para cubrir sus necesidades, surgiendo así su libertad, su independencia, su personalidad, porque el señorío privado sobre las cosas es gran fuente de autonomía e independencia en el individuo, sin perder el vínculo con los entes sociales y con el prójimo que le rodea; siendo, por tanto, y al mismo tiempo tal propiedad necesaria para que sea más armoniosa la convivencia social, porque la propiedad es factor condicionante del progreso social y cultural, y esto es consecuencia del valor que tienen los bienes inmuebles por cuanto sirven de base a la existencia humana.

Por ello se dice que esta propiedad es instrumento de la libertad, garantía de la dignidad, para ser la expresión más genuina de la personalidad humana, y así se afirma que liberar a un hombre es hacerle accesible la propiedad.

Nosotros, los españoles, que somos católicos de solera histórica y con tara de hidalgos, debemos aferrarnos a este concepto de la propiedad inmueble para que sea garantía de nuestra dignidad. Pero no olvidemos que para que la propiedad inmueble aumente la personalidad se requiere una perfecta titulación «erga omnes», que sea la carta de su fuero

En un concepto más humano, la propiedad inmueble en cuanto implica señorío privado hemos de concebirla, al relacionarla con el sujeto, bajo un doble carácter: De un lado y en potencia, el hombre tiene derecho a ser propietario, tiene necesidad de adquirir la propiedad, debe tener la posibilidad de adquirirla, estando el Estado a este respecto obligado a proteger y fomentar esta posibilidad de que todos o el mayor número posible tengan acceso a la propiedad; y esto está previsto en el Fuero del Trabajo y en el Fuero de los Españoles, y del otro lado y en sentido actual, tienen los titulares de la propiedad inmueble el derecho a la protección y a la conservación de la misma, y el Estado se halla también en la obligación de asegurar a todos por igual, grandes, medianos y pequeños propietarios, con la más perfecta protección jurídica, mediante un régimen inmobiliario de desenvolvimiento técnico, pero que no será perfecto sino mediante inscripción constitutiva, que todos tengan que hacer uso de ella para poder adquirir bienes inmuebles.

Así como en el primer aspecto, o sea referente al derecho que tiene el hombre de ser propietario, la propiedad inmueble tiene un fundamento de derecho natural, en cuanto al segundo matiz de la propiedad, o sea por lo que respecta al derecho que le asiste al hombre de la protección y seguridad en la adquisición y pertenencia de la propiedad, entra en el ámbito del régimen de la propiedad introducido por «la razón de los hombres» para la utilidad de la vida humana, según Santo Tomás de Aquino.

Claro está, este régimen de la propiedad inmueble y su forma legal adopta en cada sociedad política y en cada época de la Historia el carácter que exigen las variedades y complejas circunstancias. Así podemos ver a través de los tiempos los tipos de propiedad con sus características: En el Derecho romano vemos en la propiedad predominio individualista; en la época feudal se observa que la propiedad inmueble es fuente de soberanía y de señorío político, y en su consecuencia existía la tendencia al dominio dividido, secuela de la relación entre el señor y el vasallo; en la época del Renacimiento, que despertando y fomentando el en señóramiento de la acción individual del hombre, la diosa razón del hombre, se restablece la tendencia individualista del régimen romano, tendencia que perdura y se agranda con la Revolución francesa, confirmando al sujeto facultades absolutas en el ejercicio del derecho de propiedad, coronándose la época del individualismo y del liberalismo que hunde el orden jerárquico medioeval para traernos los *particularismos*, o sea, la tendencia a lo concreto, a lo real, a lo privado, a lo lugareño, estableciendo en los Códigos civiles, como secuela de estas épocas individualistas, el «laissez faire, laissez passer» jurídico, que implica la libertad de formas en la adquisición.

Los autores de nuestro Código civil estaban también afectados del ambiente de la época y establecieron en su ordenamiento inmobiliario el «laissez faire», sin que hayan sabido o que no hayan querido remediar el estado caótico que subsistía en el régimen de los inmuebles, tan exactamente reflejado en el preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855, precursor de la Ley Hipotecaria de 1861. Y bien pudieron percatarse al discutir dicho Código, si no estuvieran afrancesados, que entonces teníamos ya una ley de régimen inmobiliario que bien podría hacer este perfecto, si se preceptuasen en el Código formas solemnes esenciales y obligatorias para las mutaciones jurídicas de sustancia inmobiliaria; pero hicieron todo lo contrario, es-

tableciendo libertad de formas, dando lugar a las formas raquíticas, que luego fueron fomentadas por los zurupetos, y a los diversos modos de adquirir que admite el Código y que están a elegir en el estante del artículo 1.473.

El particularismo a que aludimos tiene destacada importancia porque es subversivo en el ordenamiento inmobiliario de tal manera que, como injertado en el individualismo de los españoles, puede considerarse como una de las principales causas de las deficiencias en la titulación de los inmuebles, porque tal particularismo es la tendencia a no contar con los demás en los actos individuales y, por tanto, la tendencia a prescindir de las instituciones oficiales autenticadoras, establecidas por el Estado como representación legal de los demás, por lo que respecta al interés general que ofrecen siempre los bienes inmuebles. El Código fomenta este particularismo al establecer que los inmuebles se pueden adquirir con inscripción o sin ella, animándose los particularistas a prescindir de la misma y de la buena titulación, simplemente porque resulta más sencillo y más económico prescindir del Registro y de la Notaría. Esta falta de perspicacia jurídica, esta tacañería, esta cerrazón mental, la suspicacia rural, la visión angosta de los intereses inmediatos, todo ello le lleva al adquirente a creer que no hay peligro y que, por tanto, no es preciso gastar en la inscripción, aunque sepa o le hayan dicho que ésta le lleva a adquirir con la mayor seguridad jurídica; llega el momento de adquirir los bienes inmuebles y las partes proceden al otorgamiento por la vía más sencilla, sin proveerse de más titulación que la precisa para andar por casa, o sea para vincularse las partes, mirando, con hermetismo aldeano, sólo a la parte interna del derecho real, al poder inmediato sobre la finca, que, de momento, les parece bastante para utilizarla, sin darse cuenta de que en la relación con los terceros, o sea fuera de casa, ese poder absoluto que verdaderamente caracteriza al derecho real, depende del elemento externo y formal del mismo, que es origen de la seguridad del elemento interno y económico; seguridad que será tanto mayor cuanto más extenso sea el ámbito de los que tiene que respetar la titularidad del sujeto, quien tendrá poder «erga omnes» cuando se haya acogido a la protección registral, quedando enervada la eficacia de cualquier otro título no inscrito.

Es decir, que el particularismo panglosiano les hace creer que no hay verdadera necesidad de formalizar la adquisición a través de las instituciones autenticadoras para recibir de ellas la consagración

de la legalidad y la mayor protección del Derecho. Crean onerosos tales órganos selectos y prescinden de su función y de su guía para regirse por sí mismos o al dictado del zurupeto, causando así el caos jurídico en el tráfico de los inmuebles.

No estamos en tiempos de particularismos, que son fenómenos de insolidaridad, de disociación, de subversión, y por eso el Estado moderno debe combatirlos porque conducen a la falta de unidad, de disciplina y de armonía en la convivencia y en las relaciones de sustancia jurídica inmobiliaria y por ello el Estado debe establecer un ordenamiento jurídico que obligue a los subadquirentes de la propiedad inmueble, faltos de espíritu previsor, se acojan a la institución o sistema que les redima de todo riesgo jurídico, y que lo hagan, so pena de no adquirir, con voluntad de superación hacia la completa seguridad externa en el tráfico jurídico y en el ejercicio del contenido del derecho inscrito, seguridad externa que, como dice el profesor Erich Molitor, es la esencia de todo Derecho.

Los autores de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, entorpecidos por el lastre liberal que todavía pesa en nuestro ambiente y escudados en una sensata prudencia, no se atrevieron a, o no quisieron, implantar la inscripción constitutiva, alegando que un 60 por 100 de la propiedad inmueble sigue fuera del Registro; pero en cambio, se han hecho la ilusión de que ese 60 por 100 de la propiedad va a ingresar en el Registro atraídos los titulares por la perfección de nuestro sistema hipotecario; pero no se dieron cuenta de que esa masa de propietarios cansinos son poco alerta y siguen aferrándose al sentido subversivo del particularismo, contra las formas perfectas y esenciales, mientras el ordenamiento les permita adquirir por los modos raquíticos, aunque sean deficientes, prefiriendo la economía del momento a la mayor protección del Derecho. Y por esto existirá tal subversión en tanto la legislación admita incisiones que permitan a los particularistas burlar el sistema de desenvolvimiento técnico, lo que nos sucederá si se establece categóricamente un modo único de adquirir, o sea, la inscripción constitutiva.

El Estado, pues, como órgano creador del Derecho, no debe esperar a que estos propietarios, poco diligentes o poco previsores, fracasen y que en sus propias carnes, laceradas muchas veces por los pleitos, aprendan lo que ahora no quieren oír, y es preciso, por tanto, que el Estado imponga la inscripción forzosa a los adquirentes como norma disciplinaria en las mutaciones jurídicas y que no tardarán

en llegar al cumplimiento dócil y espontáneo de tal modo único de adquirir. O sea, que las partes en estas mutaciones no deben tener libertad para elegir la forma del acto o contrato, sino que el Estado debe obligarles a adaptarse, so pena de ineficacia absoluta a la forma y al modo establecidos por el legislador, para que, queriendo o sin querer, den exactitud al alcance de los efectos jurídicos que los interesados quieran producir, y, como consecuencia, obtengan la mayor seguridad en el tráfico jurídico de los inmuebles

PROCESO CONSTITUTIVO EN EL TRÁFICO JURÍDICO DE LOS INMUEBLES

En este tráfico jurídico debe haber un proceso constitutivo claramente establecido por la Ley : *Primero*, el acto o contrato en que las partes, conocida previamente la situación registral de la finca, consientan la mutación jurídica, constatando su voluntad en la escritura que será el título del que nace el derecho a inscribir; y, *segundo*, una constitución o modo, que será el efecto inmediato de la inscripción constitutiva, que, al generalizarse para toda mutación inmobiliaria, incluso en la relación interna entre las partes (una venta que no se inscriba, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso, y si se inscribe, ya se traspasa respecto a todos), se produce la imposibilidad de que surjan adquisiciones relativas y anormales, porque no habrá más que un solo modo de adquirir.

En los casos en que la inscripción tenga solamente carácter declarativo, como en las herencias, en la accesión y en las decisiones judiciales y administrativas, la inscripción debe ser presupuesto necesario para que el titular pueda ejercitar su derecho, cual sucede en el régimen suizo, que exige la previa inscripción para ejercitar la facultad de disponer y así el tracto apurará la inscripción forzosa.

Tengamos en cuenta que la inscripción sobre inmuebles es de interés público, ya que su publicidad interesa no solamente a las partes o a ciertas personas, si no a los terceros en general, incluso al Estado, órgano tutelar de los intereses generales, pues que todos precisan de la exactitud jurídica del inmueble y conocerla para adquirir sin el menor temor a perder lo que se adquiriera, y el Estado debe considerar esta seguridad como un interés propio y por ello debe implantar un sistema de publicidad perfecto y obligatorio con carácter constitutivo.

LA ÉPOCA DE LO SOCIAL REQUIERE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Ahora estamos en la época de lo social y se preconiza respecto de la propiedad inmueble; pero, al mismo tiempo que se reconoce que tal propiedad es consecuencia fundamental de tendencias individuales, que perduran siempre en el hombre, tan destacadas como la libertad, la independencia, la dignidad y la personalidad, se afirma también que tal propiedad es por ella misma un coadyuvante y una garantía del desenvolvimiento de la sociedad en todas las esferas de la vida. Pero esta conjunción del carácter individual y del aspecto social de la propiedad inmueble obliga al Estado a establecer un ordenamiento nuevo de tal propiedad, para evitar, por una parte, que el concepto antiguo y monopolístico del dominio, reflejado en el Código, constituya una odiosa rémora al desenvolvimiento de la sociedad, del bien general, cada vez más complejo, y, por otra parte, para no dar lugar a que las limitaciones impuestas por el Estado a la propiedad, para que ésta cumpla su fin, produzcan un entorpecimiento excesivo, no menos odioso, en las iniciativas individuales, con merma de la personalidad. Y para que el hombre propietario pueda defender en lo posible aquellas tendencias individuales de libertad, independencia, dignidad y, como resultante de éstas, la personalidad, precisa más que nunca tener una titulación perfecta y legitimadora, a tono con el actual progreso cultural y con la complejidad de la humanidad en los pueblos civilizados, a fin de que el propietario se pueda desenvolver clara y categóricamente con la seguridad que le confiere la autenticidad de su titulación registrada. Por todo ello resulta arcaica la libertad de formas en las mutaciones sobre bienes inmuebles.

Vemos ahora muy acentuadas las limitaciones en cuanto a la propiedad sobre las tierras y sobre las casas con medidas intervencionistas, con entrega de poderes discrecionales a la Administración (legislación de arrendamientos, concentración parcelaria, nueva ley del suelo, Instituto de Colonización, Instituto de la Vivienda, Servicio Nacional del Trigo, etc.), y a este respecto dice el profesor don FEDERICO DE CASTRO que existe un gran peligro para el Derecho, sobre todo para el Derecho Agrario: «Los técnicos estatales y toda la burocracia económica tenderán a evitar una regulación normal del campo que permita, dentro de los límites legales, la libre actuación de los campesinos. El paternalismo administrativo procurará man-

tener indefinidamente su tutela. La propiedad se rebajará a concesión administrativa; el cultivo forzoso y dirigido se considerará servicio público; el cultivador se verá investido de la condición de funcionario más o menos forzado. Dirección que lleva hasta la creación de un poder legislativo y jurisdiccional anómalo y privilegiado, en manos también de los técnicos, con lo que se completa el ciclo de la discrecionalidad administrativa. Régimen de benévola dictadura que encierra el peligro de todo exceso intervencionista: secar la iniciativa particular, provocar la inseguridad jurídica y fomentar injustificados privilegios económicos, que a su vez desacreditarán las reformas y originarán la reacción».

Estamos, pues, presenciando la transformación del Derecho liberal en un Derecho social, que exige nueva regulación en el modo de adquirir la propiedad inmueble. En el Derecho liberal y en las épocas anteriores la propiedad era estática y por esto el legislador de entonces, los autores del Código civil, comprendían que tal propiedad era compatible con la libertad de formas en la adquisición o simplemente con una posesión al portador, cual si los inmuebles fuesen muebles; y de aquí la importancia que se le da a la usucapión; pero en el Derecho social, en los tiempos que corremos, la propiedad inmueble es dinámica y en ella el Derecho público impone limitaciones a los titulares, los que, por esto mismo, precisan con más motivo una perfecta titulación registrada que les legitime activa y pasivamente para defender su fuero privado y acreditar la titularidad en el dinamismo de la función social que encierra la propiedad de sus fincas, porque, a pesar de las limitaciones que le impone el Derecho público, lo que le queda como propio del Derecho privado adquiere, como dice BONET RAMÓN, más vigor que nunca, porque el mismo Derecho público (el Estado) le ofrece su fuerza y su amparo al derecho de los particulares, y, por esto mismo, la personalidad humana que confiere la propiedad inmueble y la individualidad seguirán siendo el centro y el eje de las relaciones que llamamos de Derecho privado y que el propio Estado garantizará por respeto a la misma personalidad, como valor intangible. Por esto mismo, el Estado actual, preconizador de lo social, habrá de reconocerse obligado a implantar la inscripción constitutiva para que todos los propietarios puedan, *por igual*, tener plena protección del derecho. Es decir, que el Estado no sólo debe proteger la propiedad inmueble como tal y el orden económico fundado en la misma (estando en ello la justificación de las

limitaciones que el legislador establece), sino que debe ordenar e insaurar formas auténticas y esenciales en el tráfico jurídico de tal propiedad, suprimiendo de una vez la heterovalencia de los modos de adquirir que admite el Código y que da lugar a la persistencia del estado caótico jurídico, que sólo favorece a los zurupetos y a los que viven de los pleitos

EN LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1944
SE DEBIÓ IMPLANTAR LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Como hemos insinuado antes, los autores de esta Ley no se atrevieron a ponerse a tono con la tendencia moderna, a tono con el carácter social de la propiedad inmueble, y así manifiestan en la Exposición de Motivos de la Reforma sus temores al fracaso del sistema de inscripción constitutiva, y creían, en cambio—por lo menos así lo dicen—, que con la Reforma se perfecciona nuestro sistema de tal manera que quedará a la altura de los regímenes de desenvolvimiento técnico, y que, si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, que se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal, con los principios de legitimación y de fe pública registral. Pero ¿cuándo vamos a dejar de engañarnos a nosotros mismos con estos florilegios a la legitimación o a la fe pública registral? El principio de legitimación podrá tener casi plena realidad con la inscripción constitutiva, cuando ésta sea el único modo de adquirir; pero, admitidos como modos de adquirir la tradición real y la ficta, la presunción «iuris tantum» de la legitimación podrá ser destruída fácilmente cuando fuera del Registro se hayan empleado los otros medios de adquirir, y lo mismo en cuanto a la fe pública registral con el triunfo de la prescripción coronado en el artículo 36 de la Ley y alabado por sus autores; asimismo desvirtuada la fe pública por la limitación de dos años en las fincas inmatriculadas, lo que no sucederá con la inscripción constitutiva, que se inmatriculará la propiedad en masa y no tendrá razón de ser tal limitación, toda vez que no habrá adquisición de inmuebles fuera del Registro. Estatu-yen este régimen hipotecario en la Reforma, que llaman perfecto, pero dejando subsistentes las formas y los modos de adquirir raquí-

tivos vigentes en el Código civil. Un régimen hipotecario perfecto, ¿en beneficio de quién? En beneficio de los que quieran hacer uso de él, lo mismo que si estuviésemos en el ambiente del «laissez faire» del siglo XIX, adoptando el legislador el carácter voluntario de la escritura pública y de su inscripción, confiado en el reclamo de la perfección del sistema, cual lo había pregonado el legislador de 1861, sin comprender que no hay sistema hipotecario perfecto y completo sin la inscripción constitutiva.

No se atrevieron los autores de la Reforma a proclamar directa y categóricamente la inscripción constitutiva, pretextando que se halla fuera del Registro el 60 por 100 de la propiedad inmueble, cuando precisamente esta circunstancia debiera de haber sido causa poderosa para implantarla, sin temor al fracaso, pues que tampoco ha fracasado la obligatoriedad de la inscripción en la hipoteca, ni fracasó el formalismo en los testamentos, ni en las donaciones de inmuebles, ni fracasa la inscripción constitutiva en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

Los autores de la Reforma han querido permanecer fieles al Derecho liberal, dejando en libertad a los propietarios para inscribir o no, sin darse cuenta de que los intereses de los titulares son hoy muy distintos de los de la época de los Códigos civiles; no son los mismos que los que había previsto el legislador hace un siglo; no son los mismos que los que tenía presente el afrancesado GARCÍA GOYENA cuando se opuso a la inscripción constitutiva que quería implantar don CARLOS ANTÓN DE LUZURIAGA. Hoy entendemos que los titulares necesitan mucho más que antes la tutela del Estado y mayor protección del Derecho, por ser mayores las dificultades y las exigencias de la vida y más compleja la sociedad; por esto mismo los propietarios pequeños y medianos precisan el favor del legislador y requieren, para acogerse a tal favor, una titulación perfecta inscrita, para poder hacer uso del crédito en la construcción, y principalmente los labradores para hacer uso de los grandes beneficios del Crédito Agrícola del Estado, que se facilita al 3,75 por 100 de interés, en un plazo largo y con exención de impuestos. Hoy, por culpa de los autores de la Reforma de 1944, sólo pueden hacer uso de este crédito los propietarios grandes, porque generalmente son los que tienen la propiedad inscrita y que habrían de tenerla también a estas fechas los pequeños y medianos si se hubiese establecido entonces la inscripción forzosa y el ingreso en masa de la propiedad inmueble en

el Registro de la Propiedad. Queremos decir que el Estado tiene que tutelar la propiedad inmueble, sobre todo la pequeña y mediana, que tienen mayor función social. A este respecto decía don JOSÉ CASTÁN en su magnífica conferencia dada en la apertura de los Tribunales de 1955, que de las tres clases de la propiedad inmueble, grande, mediana y pequeña, la más útil, la más social, incluso la de más rendimiento bruto, es la propiedad pequeña, y por esto dice que esta propiedad necesita del favor y ayuda del legislador ; o sea, proporcionándole un régimen perfecto de seguridad, legitimador de su titularidad y confiriéndole ventajas económicas. Además es preciso tener en cuenta que la pequeña propiedad territorial no hay que contemplarla exclusivamente desde el punto de vista material y económico, sino que hay que apreciar en ella, principalmente por parte del Estado, interesantes factores morales y sociales, tanto que, al decir de TOSSINARI, la propiedad sobre los inmuebles es un elemento conservador en cuanto que sobre el alma del campesino propietario hacen escasa presa los principios subversivos del orden constitutivo. Hoy, pues, la propiedad de los inmuebles no puede concebirse con mente capitalista, que materializa el derecho de propiedad, dejándole reducido a mera categoría económica, abstractamente despersonalizado, estimando el derecho por su valor en cambio, sin tener en cuenta lo que importa el valor social de la propiedad inmueble ; por esto mismo el particularismo se injertó en el alma de los individualistas para no dejarles ver más que la utilidad inmediata de la finca, contentándose con la posesión al portador, y es preciso que los adquirentes no pierdan de vista que la propiedad de las tierras debe de estimarse como propiedad nominal, creadora de personalidad, y para ello investida de una buena titulación que especifique el contenido jurídico y social del dominio.

A este respecto de la buena titulación, el señor CASTÁN, en la aludida conferencia, al referirse a la concentración parcelaria (Ley de propósitos económicos solamente), hace constar : «Se ha dicho que esta Ley está llamada a producir una verdadera revolución, no sólo en el campo del Derecho Agrario, sino también en el del Civil y del Inmobiliario registral; temiéndose que llegue a provocar en algunas regiones españolas la huída de una gran parte de la contratación hacia el documento privado.»

Esta es una voz de alerta que nos debe de hacer comprender que es urgente establecer un régimen de inscripción constitutiva, v, por

de pronto, en cuanto a la propiedad que haya sido objeto de concentración parcelaria, imponiendo rigurosidad en la observancia de las formas de valor sustantivo, dejando sin eficacia alguna el documento privado, ni siquiera a efectos fiscales, ni para la usucapión ordinaria, y así no habrá que temer la huída hacia el documento privado y los titulares tendrán real y jurídicamente derechos con acción «erga omnes», y los principios de legitimación y de fe pública registral actuarán o podrán actuar de manera que el Registro coincida con la realidad.

Estamos en un momento propicio para implantar la inscripción constitutiva, porque la propiedad de la tierra rinde económicamente como nunca, y además el ambiente en que vivimos es de disciplina y de organización que nos predispone a seguir dócilmente el procedimiento preceptuado por el ordenamiento, y así la inscripción obligatoria tendrá fácil acatamiento por todos los propietarios, grandes, medianos y pequeños, en cuanto a éstos deben de merecer el favor del Estado, reduciendo los impuestos a la mitad en las transmisiones cuyo importe no exceda de 15.000 pesetas, por ejemplo, siempre que el adquirente sea un propietario pequeño; y lo mismo deben de reducirse a la mitad los honorarios de los Notarios y de los Registradores, percibiendo aquéllos en las herencias solamente los derechos por la escritura de partición, y así no resultará tan oneroso el tracto sucesivo en las mismas y tendrán, en cambio, la compensación en la obligatoriedad de la escritura en toda mutación jurídica sobre inmuebles.

LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA FACILITARÁ AL ESTADO CONOCIMIENTO COMPLETO DE LAS MUTACIONES JURÍDICAS SOBRE INMUEBLES

Puede tener el legislador la completa seguridad de que no fracasará la inscripción constitutiva; pero para ello debe dar, en primer lugar, facilidades para el ingreso de la propiedad en el Registro y conferir ventajas económicas inmediatas a los interesados, y en segundo lugar, debe suprimir categóricamente toda eficacia jurídica a cualquier forma y modo de adquirir la propiedad inmueble que no sea la inscripción. De esta manera la inscripción constitutiva ofrecerá al Estado un registro exacto y completo de todos los actos

y contratos en que se constituya, transmita, declare, modifique o se extinga todo derecho real sobre inmuebles, no siendo así posible ocultación alguna de tales actos y contratos que tengan trascendencia real, porque serán ineficaces si no están inscritos.

Así, pues, el Estado conocerá a través del Registro de la Propiedad todas las mutaciones jurídicas del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, concretados éstos con exactitud en el Catastro unido al Registro, apareciendo así con claridad la especificación descriptiva de la base física, del contenido jurídico y económico y de su titularidad, abriendo a cada finca su hoja registral, desapareciendo la clandestinidad en las mutaciones jurídicas y todos los titulares tendrán, por igual, la protección del Régimen.

Para que ingrese toda la propiedad inmueble en el Registro se deben abrir sus puertas a toda escritura pública legalmente autorizada, cual lo permitía la Ley de 1934, sin el plazo de autenticidad de un año; y para el propietario que actualmente no tenga por título más que un documento privado, se le debe de dar facilidad para que tal documento sea incorporado al acta de notoriedad, según previene el penúltimo párrafo del art. 298 del Reglamento Hipotecario. Y en el supuesto de que el dueño carezca de todo título, debe admitirse la inscripción en virtud de acta de notoriedad, en la que se acredite que es considerado como tal dueño, declarando en el acta los colindantes sobre la certeza de la notoriedad.

Una vez inmatriculada la finca por medio de cualquiera de los tres documentos indicados, se debe dar publicidad de la inscripción mediante edictos; y quizá fuese más práctico y razonable publicar por medio de los edictos no la inscripción practicada, sino la rogación de la misma, y así, si nadie hace reclamación alguna en el plazo de un mes siguiente al plazo del edicto, se procederá a practicar la inscripción solicitada.

Es de observar que el Estado viene indirectamente indicando la conveniencia de la inscripción, haciéndola en muchos casos obligatoria, aunque generalmente sin efectos constitutivos; y así vemos que el Estado manda inscribir sus bienes inmuebles que no estén sujetos a la desamortización. Lo mismo en cuanto a los bienes inmuebles de los Municipios, según el art. 199 de la Ley de Régimen Local, estando incluso los Registradores obligados a requerir a los Ayuntamientos para que los inscriban, según preceptúa el art. 35 del Reglamento de la conservación de los bienes de Entidades Loca-

les de 27 de mayo de 1955, y en su art. 101, número 2, se dice que las concesiones de parcelas a los braceros no tendrán eficacia sin la inscripción de la escritura pública. Y lo mismo preceptúa el Estado, que se inscriban los inmuebles, cuando regula instituciones de carácter social y agrario, como las Colonias Agrícolas, la parcelación de fincas por el Instituto de Colonización, los Patrimonios y Huertos Familiares, la Concentración Parcelaria, y en cuanto a Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, se exige la inscripción en el Registro Mercantil, con carácter constitutivo, de la personalidad.

Pues bien, si el Estado manda inscribir sus bienes y los de otras entidades poderosas, ¿por qué no obliga a inscribir los bienes inmuebles de los pequeños y medianos propietarios, que son los que precisan más tutela del Derecho? Que no haya una titulación perfecta para los ricos y otra raquítica para los pobres (esto es muy del liberalismo), que el Estado obligue a que unos y otros tengan la mejor titulación; así como en el orden sanitario, que antes había médicos buenos para los ricos y médicos no tan buenos, o curanderos, para los pobres, y hoy, por virtud del Seguro de Enfermedad, los humildes o de pequeña fortuna tienen a su alcance los servicios de los médicos más destacados y la medicación que puedan tener los ricos, aplíquese esto a la sanidad jurídica.

Para la implantación de la inscripción constitutiva es preciso reformar varios artículos del Código civil y de la misma Ley Hipotecaria y suprimir, desde luego, el art. 36 de ésta. El art. 609 del Código tendrá que decir: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes, se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada o intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, si se trata de bienes muebles, y *por virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando sean inmuebles*. Puede también adquirirse la propiedad por prescripción, *pero en cuanto a bienes inmuebles, la usucapión «contra tabulas» se subordina a que el usucapiente obtenga una sentencia de caducidad de la inscripción existente a favor del propietario contra el que se ha consumado la usucapión, en un procedimiento judicial intimatorio, y sólo en el caso de que el titular registral haya muerto o desaparecido y hayan transcurrido treinta años de situación registral inalterada.*

El art. 1.095 tendrá que redactarse así: «El acreedor tendrá

derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada, *y en cuanto a inmuebles, hasta que haya sido inscrito el título que cause la adquisición*»

El art. 606 del Código, así como el 32 de la Ley Hipotecaria, deben redactarse al tenor siguiente: «*Para que produzcan efectos los títulos de dominio, o de otros derechos reales, sobre inmuebles, deben de estar debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad*» (así volveremos a recoger el contenido de la célebre base 52 de don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA)

El art. 41 de la Ley Hipotecaria debe decir, en la causa segunda de oposición, lo siguiente: «Segunda: Poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores que tenga eficacia solamente entre partes y no respecto de terceros». Es decir, que en la segunda causa de oposición que establece este art. 41, no se debe de admitir más fundamento al contradictor que el basado en contrato o en relación directa que vincule al titular inscrito, o a su causante con el contradictor, y así no habrá lugar a interpretaciones tan peregrinas como la de una Sentencia de la Audiencia de Valladolid, de fecha de 1955, que desestima la acción real sobreseyendo el pleito, porque el contradictor presentó otro título de compra no inscrito y posterior al de compra del titular inscrito en caso de doble venta.

MANUEL VILLARES PICÓ.

Registrador de la Propiedad

Tres problemas tributarios en tres leyes recientes: Viviendas de renta limitada, Hipoteca Mobiliaria y Urbanismo

I

CONSIDERACION PRELIMINAR

Dictadas recientemente esas disposiciones, su contenido ha hecho nacer grandes problemas y bastantes alteraciones en cuanto al Impuesto de Derechos reales, que nos ha movido a tratar de los mismos en el presente, exponiendo su contenido y aludiendo a sus soluciones, o a sus posibles soluciones, tanto a las que se basan en la misma legislación, como a aquellas otras que necesitan de la urgente publicación de disposiciones complementarias. Lo que vamos a llevar a efecto con la debida separación entre esas dispares disposiciones legislativas.

II

VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA

La Ley de 15 de julio de 1954 («B. O.» del 16) ha creado un grupo especial de viviendas que denomina en su art. 1.º de «viviendas de renta limitada», a las cuales ha concedido una serie de bene-

ficios, entre los que hemos de destacar los que interesan a nuestro estudio, o sean, los referentes al Impuesto de Derechos reales.

Se determinan como tales por el art. 8.º: a) Exenciones y bonificaciones tributarias, las cuales son de aplicación a todos los promotores de esas viviendas a que se refiere el art. 5.º, o sea, a los particulares que construyan su propia vivienda; a estos mismos, a las Empresas constructoras y a las Sociedades inmobiliarias que edifiquen con ánimo de lucro para arrendarlas o venderlas; a los Ayuntamientos, Diputaciones, etc., bien cuando las realicen por sí o por instituciones autónomas; a la Obra Sindical del Hogar; a Ministerios y Organismos oficiales que las lleven a efecto por sí o por intermedio de Patronatos, con destino a sus funcionarios o empleados; Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana; Corporaciones y Colegios profesionales para sus miembros y colegiados; Cooperativas Sindicales de Edificación, Mutualidades y Montepíos libres (no los establecidos por la Reglamentación del Trabajo) con destino a sus asociados; Entidades benéficas de construcción y Cajas de Ahorros; Empresas industriales, agrícolas y comerciales, individuales y colectivas, para alojar a su personal; Diócesis y Parroquias, para los sacerdotes y auxiliares a su servicio, y los que por Decreto puedan ser incorporados a esta relación. Cuyo precepto ha sido transcrito en el apartado f) del art. 15 del Reglamento dictado para la ejecución de esa Ley en 24 de junio de 1955, con la única modificación de añadir a esa relación al Instituto Social de la Marina.

La bonificación que interese a nuestro estudio está recogida por el art. 10 de la Ley, transcrito a su vez en el 25 de su Reglamento, por los que se expresan:

«Exenciones y bonificaciones tributarias.—Gozarán de exención total de los Impuestos de Derechos reales y transmisión de bienes y del Timbre del Estado:

1.º Los contratos de opción, adquisición y permuta de los terrenos comprendidos en los proyectos de «viviendas de renta limitada», aprobados por el Instituto Nacional de la Vivienda, debiendo consignarse en el documento correspondiente esta aprobación

2.º Los contratos de arrendamiento, venta o cesión gratuita por el Estado, Provincia o Municipio, o los particulares, de terrenos de su propiedad con destino a la construcción de «viviendas de renta limitada».

3.º Los contratos de construcción o ejecución de obras consignados en documento público o privado, celebrados por las entidades o los particulares promotores de proyectos de «viviendas de renta limitada», o por los constructores y adjudicatarios de tales obras, así como las declaraciones de obra nueva correspondientes.

4.º Los contratos de préstamo hipotecario que se destinen exclusivamente a la construcción de «viviendas de renta limitada», conforme a proyecto aprobado por el Instituto Nacional de la Vivienda, siempre que el interés concertado no exceda del cuatro y medio por ciento y su plazo sea inferior a diez años. Del mismo beneficio gozará la cancelación, ampliación, posposición y prórroga expresa de estos préstamos.

5.º La constitución de Sociedades inmobiliarias, cuya finalidad exclusiva sea la construcción de «viviendas de renta limitada» y la puesta en circulación de acciones por estas mismas Sociedades, así como la emisión, transformación, amortización o cancelación de Obligaciones, sean o no hipotecarias, realizadas por entidades de cualquier clase, destinadas exclusivamente a la construcción de estas viviendas. Para gozar de este último beneficio se requiere que la emisión de Obligaciones haya sido aprobada previamente por el Instituto Nacional de la Vivienda.

6.º La concesión de anticipos y préstamos por parte del Instituto Nacional de la Vivienda.

7.º Las herencias, legados, donaciones y subvenciones a favor de entidades públicas o benéficas, con destino a la construcción de «viviendas de renta limitada».

8.º La primera transmisión de dominio de estas viviendas, siempre que tengan lugar dentro de los veinte años siguientes a la fecha de su calificación.»

El Reglamento aludido ha venido a precisar los requisitos y trámites de esas exenciones, alterando un poco la interpretación literal del precepto transcrito.

Así vemos, que el párrafo 1.º del artículo 31 dispone que: «Para aplicar las exenciones tributarias señaladas en los números 1.º y 2.º del artículo 25 (contratos de opción, adquisición y permuta de solares, y de arrendamiento, venta o cesión gratuita de éstos por el Estado, Provincia o Municipio), bastará que los respectivos documen-

tos se haga constar que el contrato se celebra con el exclusivo fin de construir viviendas de renta limitada», añadiéndose a continuación por el párrafo 2.º, que: «En virtud de esta declaración se extenderá el contrato sin el Timbre del Estado y la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales consignará la nota de exención, que tendrá carácter provisional. Dentro del plazo de un mes desde la fecha de la calificación definitiva de las viviendas, el propietario vendrá obligado a presentar de nuevo el contrato en la Oficina Liquidadora y a justificar mediante certificación del Instituto Nacional de la Vivienda el otorgamiento de aquella calificación, a fin de que la exención provisionalmente declarada se eleve a definitiva.»

El precepto cumple así el requisito final del párrafo 1.º del artículo 10 de la Ley, pero entendido desde el punto de vista de la tramitación de esos expedientes sobre viviendas de renta limitada, aunque quizá por una redacción apresurada del artículo del Reglamento que hemos transcrito, se ha omitido el desarrollar un procedimiento que permita el que las Oficinas Liquidadoras puedan tener un conocimiento inmediato de los acuerdos sobre calificación que puedan afectar a exenciones declaradas por ellas, que ahora queda casi al arbitrio del presentante, pese a lo dispuesto por el párrafo 2.º, dándose ocasión con ello a posibles evasiones del Impuesto, mediante el recurso de dejar transcurrir los plazos de prescripción. Es cierto que el proceder de esas Oficinas habrá de ser el de redactar la oportuna ficha, que le permitirá determinar un plazo prudencial para la obtención de la calificación de la vivienda, en cuyo caso y ante la falta de la nueva presentación del documento, dirigirse a la Delegación Provincial del Instituto Nacional de la Vivienda a que corresponda el solar de que se trate, con el fin de que se le indique por ese organismo si se obtuvo la calificación o fué denegada; sin embargo, en la generalidad de los casos no resultará eficaz esa actuación, dada la forma en que son tramitados los expedientes por el organismo citado, constituyendo así esa indagación un trabajo casi inútil de la Oficina Liquidadora, que hubiese sido evitado fácilmente, asegurando a la vez el impuesto mediante la oportuna disposición que armonizase la labor de esas dos Oficinas.

Establece, por último, el citado artículo en su párrafo 3.º, que «en los casos en que por cualquier causa no tuviere lugar la realización del proyecto, los propietarios vendrán obligados a presentar el contrato en el plazo de un mes desde la fecha en que por el Insti-

tuto Nacional de la Vivienda se deje sin efecto su aprobación, al objeto de que las Oficinas Liquidadoras del Impuesto de Derechos reales que hubieren declarado la exención provisional practiquen la liquidación correspondiente».

Ante el contenido de ese párrafo tendremos que repetir la tacha de redacción apresurada que hicimos antes y los comentarios que ello nos produjo, pues, ¿qué ocurrirá si el interesado no presenta el documento?; generalmente, nada, salvo que podrá iniciar la prescripción, ya que si bien se dice en el párrafo 3.º del artículo 93 que de la calificación definitiva se tomará razón en el Registro de la Propiedad a fin de asegurar la devolución de las exenciones tributarias, en los casos de descalificación de una vivienda que anteriormente obtuvo la de vivienda de renta limitada, la no aprobación del proyecto no se exige que sea comunicada a la Oficina Liquidadora, ni podría serlo aunque se hubiese ordenado, ya que no existe constancia en el expediente incoado en la Delegación Provincial del Instituto de cuál haya sido la Oficina Liquidadora que declaró la exención, puesto que el artículo 70 del Reglamento sólo exige como justificante de la titularidad dominical sobre el inmueble la certificación del Registro de la Propiedad, la cual, al poder ser «en relación», que será lo más frecuente por su economía y rapidez, no contendrá datos bastantes para averiguar cuál fué la Oficina Liquidadora que efectuó la del documento en cuya virtud se realizó la inscripción de la que se certifica.

El mismo párrafo transcrito motiva otras varias cuestiones interesantes en cuanto a la liquidación. La primera que nos plantea es la de determinar si esa presentación dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha en que se deje sin efecto la aprobación por el Instituto Nacional de la Vivienda, deberá motivar una liquidación sin multa, como si hubiese sido hecha dentro de plazo contado desde la fecha del documento.

Estimamos que del contenido del precepto resulta evidente la práctica de una liquidación sin sanción, pero a mayor abundamiento, al tratar el artículo 98 de la descalificación de las viviendas a instancia del propietario mismo, dentro de los veinte años, contados desde la fecha de la calificación, obliga al mismo a satisfacer el importe de las exenciones y a la vez que ellas, los intereses legales de demora, sin que ordene la liquidación de ninguna clase de multa. Por ello resulta lógico estimar que en el caso de que ahora tratamos y

dado que en él no se ha realizado siquiera esa salvedad en cuanto al pago de los intereses legales, la liquidación que se efectúe será una liquidación normal como si fuese dentro de plazo, sin imposición de multas e intereses.

El segundo problema se refiere al Impuesto del Timbre, y aunque nada dice respecto de él el párrafo de que estamos tratando, hemos de considerar que en el mismo se contiene de una manera implícita la idea de que en ese momento deberá efectuarse el oportuno reintegro del documento con el timbre que corresponda, ya que perdida la exención, ello deberá proceder en cuanto a todos los impuestos a que el beneficio fiscal se refería, y, en consecuencia, deberá serle exigido el del Timbre por el Liquidador del de Derechos reales, dado su carácter de Inspector permanente del Timbre que obstanta al actuar como tal Liquidador del de Derechos reales.

No ocurre lo mismo respecto al timbre que correspondía a la matriz, ya que respecto a ésta no debió alcanzarle el beneficio fiscal, puesto que el obligado a su pago será el transmitente o vendedor, en los casos del párrafo 1.º del artículo 25, y en los que lo fuese el Estado, Provincia o Municipio, al no poder repercutir su cobro contra el otro contratante, se le habrá tenido que aplicar su exención propia, y no la derivada de estos preceptos, sin que a estos efectos se permita, en ninguno de los dos casos, el cambio de la persona del contribuyente en virtud de pacto al efecto. Quedan así las permutas como únicos casos dudosos, pero entendemos que no deberemos apartarnos en cuanto a ellas del régimen expuesto para las compraventas.

El artículo 32 recoge otras normas aclaratorias del contenido del 25 que encabeza el presente, determinando que: «Para gozar de la exención del impuesto en los casos a que hace referencia el número 7.º del artículo 25, las entidades benéficas (que adquieran por herencia, legado, etc.) habrán de garantizar en la forma que a continuación se expresa el empleo de los bienes que reciban con destino a la construcción de viviendas de renta limitada.

»Si lo adquirido consistiera en terrenos edificables, quedará en suspenso el plazo de presentación de documentos a las Oficinas Liquidadoras hasta que se aprueben los proyectos correspondientes, para lo cual el Instituto fijará al beneficiario un plazo en relación con la im-

portancia del proyecto. Aprobado éste, se declarará la exención, haciéndose constar en el documento, por medio de la correspondiente rota, que los terrenos quedan afectos al pago del impuesto no liquidado, para el supuesto de que no se realice la construcción proyectada. De esta afección se tomará razón en el Registro de la Propiedad. La afección cesará y la nota se cancelará cuando a la recepción de las obras se obtenga la calificación definitiva de la construcción correspondiente.»

El precepto hubiera requerido ciertas aclaraciones, que hoy resultan más necesarias dado el que ha sido publicada la Ley de 20 de julio de 1955 («B. O.» del 21) sobre la Liquidación del Impuesto de Derechos reales en cuanto a las adquisiciones que se lleven a efecto por las fundaciones benéfico-docentes: por ello, coordinando ambas normas, podríamos sentar las tres reglas siguientes:

1.^a Cuando la «entidad pública» de que se trate sea el Estado, la Provincia o el Municipio, la amplia exención de este impuesto de que disfrutaban todas ellas hace innecesario la declarada en esta nueva legislación, quedando por ello sin aplicación la regla aclaratoria transcrita, con sus aplazamientos y notas

2.^a Si la entidad fuese un establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, sostenido con fondos del Estado, la Iglesia o Corporaciones locales, de Auxilio Social o del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, la exención general concedida a ellos por el artículo 1.^o de la Ley aludida hace innecesaria también la aplicación del número 7.^o del artículo 25 y del artículo 32 de la que estamos comentando.

3.^a Sólo tendrán aplicación estos preceptos cuando la herencia, legado, donación o subvención se efectúe en favor de establecimientos de beneficencia de carácter privado o de fundación particular, sin que el término «benéfico» que utiliza el número 7.^o del artículo 10 de la Ley y del 25 de su Reglamento pueda ser interpretado en un sentido gramatical y lato, sino el de que ese calificativo de benéficas deberá ser legal, por lo que para ser consideradas como tales se requerirá el que la entidad de que se trate reúna los requisitos exigidos por la legislación para gozar de la calificación oficial de benéfica.

Aunque parece evidente por el contenido del artículo 32, no queremos omitir el hacer constar, que el aplazamiento a que se refiere

se contrae sólo a la liquidación que proceda por los terrenos edificables, objeto de la donación, legado, etc., sin que suponga la concesión de igual beneficio en cuanto al resto de los bienes comprendidos en la misma herencia o donación, caso de que en ella existan más o disposiciones distintas a las que afecta la exención.

Respecto a las exenciones establecidas por los restantes números del artículo que comentamos, no se establecen normas aclaratorias en el Reglamento, pero en todos ellos, salvo en cuanto al número 5.º, su realización supone la aprobación del proyecto, cuya justificación ante la Oficina Liquidadora motivará el que la exención respectiva pueda ser declarada con carácter definitivo.

En cuanto a la exención contenida en el número 5.º, si la Sociedad inmobiliaria ha de tener para ello como finalidad «exclusiva» la construcción de esta clase de viviendas, la exención no podrá ser utilizada con fines distintos a los perseguidos con estas disposiciones, quedando así garantizada la finalidad perseguida por la Ley

Hemos de tratar, por último, de los casos de descalificación y sus efectos en cuanto al Impuesto ; por ello, al terminarse la construcción de la vivienda podrá otorgarse su calificación definitiva por el Instituto Nacional de la Vivienda, según dispone el artículo 93, en cuyo caso procederá el tomar razón de ella en el Registro de la Propiedad, a los fines de garantizar el pago de los impuestos, cuya exención fué oportunamente declarada. Ahora bien, si se denegase la calificación definitiva, como prevé el artículo 94, aunque en el mismo no se diga nada a este respecto, entendemos que deberá procederse como si la descalificación se produjese a instancia del propietario, de la que después trataremos, ya que deberá producir análogos efectos la solicitada por el propietario que la fundada en «que las obras no se hayan ajustado al proyecto en extremos esenciales».

La descalificación voluntaria está recogida por el artículo 98, que autoriza el que si dentro de los veinte años contados desde la fecha de la calificación definitiva, se deseara por el propietario no continuar sometido por más tiempo a las limitaciones que esa califica-

ción entraña, se pueda solicitar la descalificación, que podrá serle concedida siempre que de ella no se deriven perjuicios para tercero. Una vez concedida, dispone el párrafo 2.º del mismo artículo: «La descalificación llevará consigo la obligación de reintegrar en su totalidad los auxilios económicos directos recibidos, incluso las primas, así como la de satisfacer al Estado, Provincia o Municipio el importe de las bonificaciones y exenciones tributarias disfrutadas, con los intereses legales de todo ello.» Aunque no diga nada al respecto, no deberán satisfacerse las que ya estén prescritas, para lo que nos fundamos en que al tratar la Ley de la descalificación como sanción al propietario, más rígida por tratarse de una penalidad, hace precisamente la salvedad de dejar fuera de la obligación de pago a las que estuviesen prescritas y no puede ser de peor condición la descalificación voluntaria de la que se lleva a efecto como sanción.

En cuanto a la descalificación indicada, o sea, a la impuesta por vía de sanción, se dispone en el número 2.º del artículo 125 que ella implicará el abono de todas las exenciones, con sus intereses legales, exceptuándose las que estuviesen prescritas. No se dice nada respecto a si deberán ser satisfechas con multa (por falta de presentación dentro de plazo), lo que induce a sostener que no se ha estimado por el legislador la procedencia de ella, ya que la referencia que realiza respecto a los intereses legales hace que no se pueda sospechar un olvido, ni aún menos una remisión a las normas generales del Impuesto. Aparte de los casos en que la presentación a liquidación se realice fuera del plazo legal, contado desde la descalificación, en que procederá la multa por esta demora y la cual no tenía que ser prevista por la Ley para su aplicación.

III

HIPOTECA MOBILIARIA

La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, ha venido a dar una nueva regulación a estas figuras jurídicas, que a su vez plantean ciertos problemas fiscales que no podían ser recogidos en ella, pese a haber dictado una

disposición de este carácter que constituye una novedad en la materia a que se refiere, aunque esté inspirada en disposiciones similares recogidas ya en la legislación del Impuesto, por lo cual vamos a tratar separadamente de los problemas fiscales referentes a una y otra de esas figuras jurídicas, exponiendo al final el contenido de esa disposición por ser común a ambas

Hipoteca Mobiliaria.—El punto fundamental de que es necesario tratar entre los planteados por esta institución es el de determinar si ésta deberá ser considerada fiscalmente como un acto no sujeto, o como un acto liquidable, y en este caso si lo es por el concepto de Derechos reales, o por el de Fianza, o, finalmente, por el de Hipoteca, estimándola como una hipoteca más.

La primera de esas soluciones apenas requiere comentario para ser desechada, ya que hasta la misma Ley, como después veremos, parte del supuesto de que procede su liquidación al autorizar el afianzamiento del impuesto que corresponda, con el fin de poder proceder a su inscripción antes de que haya sido satisfecho.

Queda así la otra alternativa, con su triple solución como problema a resolver.

En cuanto a la primera de ellas, podríamos estimar que, por ser un derecho real más, debería liquidarse como tal; pero a ello se opone el contenido del artículo 12 del Reglamento del Impuesto, ya que como dijimos en otra ocasión (Repertorio Alfabético del Impuesto, página 272), ese artículo «deja fuera de sus normas a los derechos reales de garantía, ya que aunque de una manera expresa sólo excluye al de hipoteca, no puede entenderse que comprende a los demás, pues sin hacer ninguna afirmación al respecto, trata luego en artículo independiente, como es el 14, de otro derecho real de garantía, como es el de anticresis, que hemos visto que no le excluye especialmente como a la hipoteca de los derechos reales regulados por el artículo 12, «ocurriendo lo mismo con la prenda», siendo «evidente que la legislación del Impuesto quiere dar un trato de favor a los derechos reales de garantía», en cuyo criterio han venido manteniéndose siempre las distintas leyes reguladoras de este tributo, sin que podamos dudar siquiera de que esta modalidad de hipoteca constituya un derecho real de garantía.

La liquidación por el concepto de Fianza sería la solución ecléctica, lo que ya nos hace mirarla con disfavor, pero no a nosotros solo,

ya que en caso similar, como era el de la liquidación de los créditos refaccionarios en época en que estaba permitida por el Reglamento del Impuesto la liquidación **por** conceptos similares o análogos, se determinó por el Tribunal Gubernativo de Hacienda, en Resolución de 28 de mayo de 1923, que éstos debían considerarse como hipotecas a los efectos del Impuesto.

Opónese también a esta solución el que según el número 10 del artículo 5.º y el párrafo 2.º del artículo 17, ambos del Reglamento, las fianzas liquidables como tales sólo serán las que la doctrina civil considera como de garantía personal y en cuanto a las de garantía real, únicamente las de «carácter pignoraticio»; siendo así que la Hipoteca Mobiliaria no es ni jurídica ni históricamente considerada una garantía pignoraticia, habiéndose vuelto con la orientación sustentada en esta Ley al concepto tradicional de la hipoteca en el Derecho romano, que se fijaba para ello en el desplazamiento de la posesión como medio para distinguir la Prenda de la Hipoteca.

Finalmente, es la liquidación por el concepto de hipoteca la que entendemos que deberá serle aplicada, y no porque tengamos que realizar para ello una asimilación, sino por entrar de lleno esta modalidad en las normas dictadas para las hipotecas en general por la legislación del Impuesto.

Evidentemente que el número 3.º del artículo 5.º del Reglamento, determinante de la sujeción al Impuesto de las hipotecas, está situado dentro del grupo dedicado a los actos sujetos «con relación a bienes inmuebles»; pero también lo es, que el número 1.º del artículo 13, que desarrolla al citado, no dice nada sobre que se refiera a inmuebles solamente, sino que sólo habla de hipotecas, y que el párrafo 1.º del artículo 45 del mismo Reglamento considera como «bienes inmuebles a los efectos del Impuesto, además de los calificados como tales por el Derecho civil común o administrativo, las *instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente*, siquiera por la forma de su construcción sean perfectamente transportables y aún cuando el terreno sobre el que se hallan situadas no pertenezca al dueño de las mismas», quedando dentro del concepto subrayado los establecimientos comerciales e industriales y la maquinaria industrial, ambos objetos precisos de la hipoteca mobiliaria, aunque reconocemos que al redactarse el precepto no se pensó en esta posible aplicación, ampliándose ese criterio en cuanto a las aeronaves, pues la Ley de Bases del Código de Navegación Aérea ya efectúa, en cuanto

a ellas, una regulación similar a la vigente en la actualidad respecto a los buques, declarando la hipotecabilidad de éstas (que en aquel momento sólo podría referirse a la hipoteca tradicional) sin necesidad de acudir a la ficción de estimarlas como inmuebles.

Considerando la cuestión desde otro punto de vista, no podemos menos de destacar la Exposición de Motivos de esta Ley, en la que se expresa con gran claridad, que «más que a la instauración de dos figuras jurídicas nuevas se trata de trasplantar ciertos bienes muebles que por su función económica lo merecen y cuya perfección e identificación lo permite, al régimen jurídico de la hipoteca de los inmuebles...», resultando así la creación de una clase intermedia de bienes, que cual los inmuebles, son de fácil identificación y de difícil sustitución, en tanto que como los muebles son susceptibles de traslado de un punto a otro, sin menoscabo del inmueble en que se encontrasen, siguiendo para ello un criterio bastante similar al del artículo 45 del Reglamento antes expuesto

Y si rechazamos esta categoría intermedia de bienes, no prevista de una manera tajante por la legislación del Impuesto, aunque sí bastante esbozada por dicho artículo 45, tendríamos que fijarnos en el otro término de la denominación, o sea, en el de hipoteca, respecto al cual, y como hemos visto en párrafo transcrito de la Exposición de Motivos, se la estima en forma precisa y terminante como una hipoteca análoga en todo a la tradicional sobre inmuebles y no como una hipoteca nueva, bien que dadas las peculiaridades del objeto sobre el que pueda recaer haya sido necesario dictar normas precisas, no sin declarar, tanto la Ley como su Reglamento, que en lo no regulado por ellas se aplicarán las reglas generales de la legislación hipotecaria, para realizar así la asimilación en forma más completa. El Reglamento del Timbre, de 22 de junio de 1956, la incluye entre las hipotecas en el artículo 50 y no en el 45, dedicado a la fianza tanto personal como pignoraticia.

Resumiendo podremos decir que, por tratarse de una hipoteca y recaer sobre bienes que en su mayoría pueden estimarse como inmueble, según el tenor del artículo 45 del Reglamento del Impuesto, procederá el liquidarla como una hipoteca más y, por tanto, como comprendida en el artículo 13 del mismo, siendo tan análogos los principios que informan a ese artículo y a la nueva Ley, que la misma asimilación entre la hipoteca y la venta a plazos sujeta condición resolutoria en el caso de falta de pago de alguno de ellos, que se reali-

za por ese precepto a los efectos del Impuesto, se lleva también a efecto en la nueva legislación de hipotecas mobiliarias, al autorizar en el artículo 13 de su Reglamento (coincidiendo hasta el número de ellos) la inscripción de esas ventas, siendo así que sólo permite la de las hipotecas y las anotaciones sobre los bienes susceptibles de ser hipotecados.

Prenda sin desplazamiento.—Respecto a esta híbrida institución, cuya sola enunciación nos produce ya cierta desazón, casi física, motivada quizá en la disparidad con casi todo el substrato jurídico que la profesión nos ha ido depositando, el razonamiento que hemos expuesto para la Hipoteca Mobiliaria y que huelga repetir, nos llevaría a tenerla que incluir en el concepto liquidable de las fianzas, reforzándose aún más ese criterio por la calificación de garantía prendaria que la misma Ley le atribuye, bien que la cualidad de sin desplazamiento, produzca el efecto de dejar oscilante el concepto entre el de Prenda y el de Hipoteca, lo cual no es ninguna novedad en los tiempos actuales, en los que existen definiciones con términos tan antitéticos como los de corpúsculo-onda, espacios finitos pero ilimitados y tantas otras, que han remozado para la ciencia la antigua y rechazada faz de Jano de la mitología

Reglas comunes a ambas instituciones.—Establece la disposición adicional 2.ª de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que: «Las escrituras públicas previstas en la presente Ley podrán inscribirse sin el previo pago de los Impuestos de Derechos reales y Timbre, siempre que el importe de la liquidación de los mismos que hubieren de practicarse, por todos conceptos, sean afianzadas sin restricciones, mediante carta u otro medio escrito, por un Banco oficial o de la Banca privada inscrita. El Registrador, al practicar así la inscripción, dará cuenta de oficio a la Oficina Liquidadora competente.»

La primera consideración que nos merece el precepto transcrito es la de que el mismo constituye una más de las contadas excepciones a la regla establecida por el párrafo 1.º del artículo 179 del Reglamento del Impuesto, recogido a su vez por el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, de que los Registradores no podrán extender ningún asiento, salvo el de presentación (art. 255), sin que el documento en virtud del cual procedan lleve la oportuna nota de pago o exención del Impuesto.

La forma en que deberá ser aplicada esa norma resulta, en parte, de lo expresado por ella misma, en concordancia con la legislación del Impuesto y la Hipotecaria, y así se requerirá :

1.º Que se justifique el afianzamiento «ante» el Registrador que deba practicar el asiento de que se trate.

2.º Este funcionario deberá comunicar de oficio a la Oficina Liquidadora competente las circunstancias del documento, a cuya inscripción o anotación haya procedido, a fin de que ésta pueda extender la oportuna ficha. A ese mismo efecto entendemos que deberá remitirle copia del escrito en donde conste el afianzamiento, advirtiéndole que la entidad fiadora no podrá ser la misma que figure como contribuyente fiscal del contrato.

3.º En el asiento que se practique y en sustitución de la referencia al pago del Impuesto y a haberse archivado la carta de pago del mismo, se hará constar esta circunstancia del afianzamiento y la de haber sido archivado el escrito en que ella constaba.

4.º Finalmente y por analogía con lo dispuesto por el artículo 209 del Reglamento del Impuesto respecto a la entrega de las cartas de pago archivadas, debemos estimar que si la Oficina Liquidadora necesitase del escrito en que conste la fianza, podrá reclamarlo del Registro donde se encuentre archivado y al serle remitido por el Registrador, dejará éste archivado, en sustitución de él, el oficio de petición con copia del escrito que remite a la Oficina Liquidadora.

Las normas expuestas en cuanto a la actuación del Registrador inscribiente, hemos de completarlas con las aplicables a la Oficina Liquidadora, cuya actuación se inicia con la recepción de la comunicación aludida, de la que es lógico que acuse recibo, procediendo seguidamente a la apertura de la ficha a la que debe unir la copia del escrito de afianzamiento.

Abierta la ficha, queda en suspenso toda actuación hasta que haya vencido el plazo voluntario de presentación, en cuyo momento deberá iniciarse el expediente de investigación en la forma reglamentaria, ya que el precepto transcrito no autoriza a entender que en él se contenga un aplazamiento del plazo de presentación, ni mucho menos una liquidación en virtud de la comunicación recibida del Registrador. Y no era necesario el aplazamiento, puesto que incluso la demora que la registración del documento pueda producir, por ser mayor el plazo que la Ley concede para efectuar la inscripción que

el concedido para la liquidación, será fácilmente obviada por el contribuyente, pues éste podrá iniciar aquélla mediante la presentación de una segunda copia librada a este efecto, e incluso podría admitirse la presentación de una copia simple, por analogía a lo dispuesto en cuanto a los documentos privados por el párrafo 6.º del artículo 106 del Reglamento del Impuesto, pudiéndose declarar después bien la no sujeción al Impuesto de la copia ya inscrita o bien poniendo la nota de pago del mismo en esa copia, si la liquidación se hubiese efectuado en virtud de copia simple. Parece que esta presentación de copia simple anula las ventajas de ganar tiempo para la inscripción, que es la finalidad perseguida por la Ley, pero si se dictan las normas complementarias oportunas, no vemos inconveniente en presentar el documento, acompañado de la copia simple y del escrito de afianzamiento en la Oficina Liquidadora, la cual devolvería la copia fehaciente con nota alusiva que permitiera la inscripción en el Registro; aunque esto comprendemos que es cambiar la letra de esa disposición, si bien conservándose su espíritu con grandes ventajas para la marcha de ambas Oficinas y para el contribuyente mismo, que puede realizar así juntamente ambas actuaciones, sin demoras en ninguna de ellas, que podrían significarle perjuicios evidentes.

Respecto al fiador bancario, deberá ser estimado como fiador solidario, pues el artículo 133 del Reglamento del Impuesto, en su párrafo 4.º, al tratar de la única fianza bancaria recogida por la legislación del Impuesto, le atribuye ese carácter y esa norma hemos de estimarla como supletoria de la que venimos comentando. Siguiendo ese mismo criterio, debemos sostener que el Estado podrá utilizar contra dicho fiador el procedimiento de apremio, ya que así lo dispone el aludido artículo 133, a cuyos efectos necesitará, inexcusablemente, el Liquidador el escrito original de afianzamiento, indispensable para asegurar la cualidad de fiador del Banco contra el que proceda en aplicación de esas normas.

Queda sin precisar si este beneficio podrá obtenerse una vez que haya transcurrido el plazo de presentación voluntaria a liquidación, o sea, si pasado el mismo podrá pedirse en el Registro la inscripción sin el pago del Impuesto, sustituido éste con el documento de fianza. Si lo que ocurre es que en el Registro se hace la presentación fuera de plazo, por ser un segundo o posterior Registro, pero en el primero en que se presentó el documento se hizo dentro de plazo, no vemos inconveniente en ello y forzosamente ha tenido que partir el redactor

del precepto de ese supuesto ; pero si la presentación fuera del plazo para liquidar se efectúa ya en el primero de los Registros en que deba ser inscrito el documento, creemos que no procederá la concesión de ese beneficio y, por tanto, no podrá ser inscrito por el Registrador sino cuando tenga la oportuna nota de pago o exención, para ello nos fundamos en la consideración de que todos los beneficios de orden fiscal sólo se conceden a los contribuyentes que efectúen la presentación dentro de los plazos reglamentarios, entendiendo que la presentación en el Registro con el requisito del escrito de fianza equivale a la realizada en la Oficina Liquidadora y que, si bien existe el beneficio de la condonación de multas en el que no se sigue este criterio, ello se debe a la naturaleza propia de él, que queda así como única excepción al expuesto y para lo cual se requiere disposición determinada, incompatible con el carácter general que tiene la adicional que comentamos.

No dejamos de advertir que nada resulta de la disposición adicional y, por tanto, que podría decirse que nuestra opinión resultaba sólo una interpretación personal ; pero no olvidamos tampoco que al ser una disposición fiscal deberá sujetarse, en lo no previsto por ella, a las normas generales del Impuesto y éste quedaría destruído en su base si permitiese pedir aplazamiento, fraccionamiento, etc., una vez transcurrido el plazo voluntario de presentación, pues quedaría al arbitrio del contribuyente la fijeza del mismo impuesto, aparte de que las reglas sobre el plazo de presentación tienen un carácter ineludible, sin que puedan ser alteradas sino por preceptos precisos que así lo determinen

IV

URBANIZACION

A los efectos de los problemas referentes al Impuesto de Derechos reales, se contienen en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 dos series de normas, cuyo estudio tendremos que efectuar separadamente, ya que unas se refieren a beneficios fiscales expresos, en tanto que las otras si bien se refieren a la regulación del derecho de superficie, la necesidad de un sucinto análisis

del mismo desde el punto de vista fiscal es evidente, ya que dicho derecho y aparte de unas vagas alusiones legislativas sólo estaba construido en nuestra Patria desde el punto de vista doctrinal, por lo que la nueva regulación exige un desarrollo en el orden fiscal, respecto del cual nos limitaremos a unas referencias hasta tanto que se dicten las oportunas disposiciones al efecto. Por esto subdividiremos el presente en dos, dedicados, respectivamente, a : Urbanización y al derecho de superficie.

A) URBANIZACIÓN

Dispone la citada Ley en la segunda de sus disposiciones finales, que quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a ella y, por tanto, la Ley de Ensanche y Extensión de 26 de julio de 1892 y la de Saneamiento y Mejora Interior de 18 de marzo de 1895, como así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos en el párrafo 2.º de su apartado 1.º.

El contenido amplio de la cláusula derogatoria y la interpretación concreta de ella por la Exposición de Motivos hacen que queden sin efecto en el futuro todo el contenido del artículo 38 del Reglamento del Impuesto y el número 3.º del artículo 6.º del mismo cuerpo legal, los cuales vienen a ser sustituidos por las normas dictadas para ese extremo por la presente Ley, cuya entrada en vigor se produjo el 14 de mayo de 1956, ya que según la primera de sus disposiciones finales, su entrada en vigor procedería a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Las disposiciones fiscales contenidas en la presente Ley están recogidas por el artículo 193, cuyo estudio efectuaremos separadamente para cada uno de sus apartados, y en el que se dispone :

«1. Estarán exentos de los Impuestos de Derechos reales y Timbre los siguientes actos y contratos :

a) Parcelaciones y reparcelaciones declaradas obligatorias por los Ayuntamientos, por razón de las agregaciones, segregaciones y enajenaciones a que dieren lugar para la regulación de las parcelas o distribución de los beneficios y cargas de la ordenación.»

Aclarando el contenido del presente apartado con el del Capítulo III del Título II de la misma Ley, podríamos sentar las siguientes premisas

En cuanto a las parcelaciones, la Ley contempla las voluntarias, las a iniciativa del Ayuntamiento y las forzosas. Estas últimas resultan comprendidas evidentemente en la exención de que tratamos. Las primeras, por el contrario, quedarán sujetas al impuesto, conforme a las reglas del mismo. Y en cuanto a las segundas, nos encontraremos en una situación de incertidumbre respecto a su inclusión en uno u otro grupo, que nos obligará a un análisis más detallado de sus preceptos reguladores con el fin de averiguar su posición ante el Impuesto.

Si conforme a lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 80, el Ayuntamiento toma la iniciativa en las parcelaciones y requiere a los propietarios para que presenten un proyecto de ellas, la parcelación en sí resultará obligatoria, según se reconoce por los párrafos 4.º y 5.º del mismo artículo, no quedándole a los propietarios más derecho que el de realizarla según sus intereses, en tanto que ello no vaya en contra del Plan Urbanístico, o de las disposiciones de la misma Ley, pues en esos casos sería denegado el proyecto de parcelación y requeridos de nuevo los propietarios para la presentación de otro nuevo que no adolezca de esos defectos. Con lo expuesto vemos que la parcelación sigue siendo obligatoria y que la iniciativa individual se mueve dentro de unos límites muy precisos, por lo que nos obligará a estimar que esta modalidad en la parcelación deberá estimarse exenta de conformidad con el párrafo transcrito.

Respecto a las reparcelaciones, parece que la Ley sólo tiene en cuenta las que tienen carácter obligatorio, y así se dice por el párrafo 2.º del artículo 77, que procederá el imponerlas para regularizar la configuración de las parcelas y con la finalidad de distribuir justamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación, sin que obste al carácter de obligatorias que les atribuye en los dos únicos casos en que la Ley se ocupa de ellas el que puedan ser intentadas por algunos de los propietarios afectados (párrf. 1.º, artículo 81), ya que la conformidad con su petición ha de traducirse en la oportuna declaración del Ayuntamiento imponiendo la reparcelación.

No obsta a lo que hemos dicho en el párrafo anterior el que mediante agrupaciones, permutas, etc., convenidas por los propietarios, pueda llegarse a una situación similar a la que resultaría de una reparcelación obligatoria, ya que si bien esas operaciones requie-

ren la oportuna licencia para su validez (párrfs. 2.º y 3.º del art. 79), no por ello pierden su carácter de voluntarias, ya que la licencia se les exige por ellas mismas y no por la posibilidad de llegar al través de todas a una reparcelación y, por tanto, estarán sujetas a las normas generales impositivas.

Finalmente y aunque el párrafo que comentamos no es lo preciso que es de desear en todo precepto de excepción, es evidente que los actos que declara exentos serán todos aquéllos que sean motivados en la parcelación o reparcelación obligatoria y no solamente las segregaciones, agregaciones y enajenaciones, entendidas éstas como compraventas, pues del artículo 81 se deduce la existencia de otras operaciones jurídicas necesarias para llevar a efecto la reparcelación obligatoria, como pueden serlo las permutas y las formaciones de comunidades, todas las cuales deben de ser comprendidas en el término enajenaciones que se utiliza por la Ley, entendiéndose el mismo en sentido amplio, dejando solamente fuera de él a las transmisiones a título lucrativo, cuya inclusión sería demasiado forzada y fuera del espíritu y finalidad de la Ley.

«b) Enajenaciones de terrenos urbanizados a favor de los Ayuntamientos o particulares, cuando su propietario no se comprometa a urbanizarlos en régimen de cooperación y el adquirente asumiere los deberes inherentes al mismo; la de terrenos para ser urbanizados bajo los sistemas de expropiación o compensación; la de toda clase de terrenos, para su incorporación al Patrimonio Municipal del Suelo, y las cesiones de las superficies viales y de parques y jardines que se efectuasen en virtud de esta Ley.»

Recoge este apartado tres exenciones de distinto contenido, cuyo estudio es forzoso realizar separadamente, pues apenas tienen puntos de contacto entre sí.

La primera se refiere a las enajenaciones a favor de los Ayuntamientos o particulares, cuando el propietario de los terrenos a que se refiere no se comprometa a urbanizarlos en régimen de cooperación y el adquirente asumiere los deberes inherentes al mismo, y si bien la enajenación en favor de los Ayuntamientos no requiere comentario alguno, ya que éstos disfrutan de una exención más general y amplia, que les había sido concedida por disposiciones an-

teriores a la publicación de la presente, sí lo requiere y mucho la efectuada en favor de particulares.

Requisitos de éstas serán, conforme al apartado expuesto: El que se refieran a terrenos no urbanizados, el cual y según esta Ley, es aquel que no estando enclavado en paraje en que las calzadas estén pavimentadas, encintadas las aceras y dotado de los suministros de aguas, desagües y alumbrado público (párrf. 3.º del art. 63), está comprendido dentro de uno de los polígonos de urbanización a que se refiera el Plan de Urbanización de que se trate en cada caso. Y el de que el propietario no se comprometa a urbanizarlos en régimen de cooperación, aceptando ese compromiso el adquirente; pero este requisito resulta anómalo con el contenido de la Ley, resultando una exigencia del presente apartado b), como pasamos a estudiar.

Efectivamente, ésta, en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título III, que es la que dedica a la ejecución de los Planes de Urbanismo por el sistema de cooperación, no alude siquiera a este supuesto, que si bien está recogido para otros casos por el Título IV, no pueden ampliarse al presente, ya que ellos motivan otra exención concreta de la que trataremos con posterioridad. Ante esta situación, sólo nos queda el tratar de efectuar una interpretación analógica, pues el precepto es lo suficientemente terminante para poder prescindir de este extremo.

Resulta evidente que el compromiso asumido por el adquirente no es, desde el punto de vista jurídico, una estipulación en favor de tercero; pero también lo es, que ese compromiso equivale, como mínimo, a la aceptación individual del sistema de cooperación a que se refiere el párrafo 4.º del artículo 118 de esta Ley. Ahora bien, la aludida aceptación habrá de hacerse a la Corporación municipal respectiva y esto debemos de estimarlo como requisito ineludible del presente supuesto, pues constituirá la única garantía de que la exención tributaria va a ir encaminada a favorecer la urbanización y, por consiguiente, la edificación, y no a eximir de este Impuesto a falsarios que traten de cubrir los requisitos externos de la Ley, pero no de cumplir su finalidad, que es la causa determinante e implícita de la concesión del beneficio fiscal. Concluiremos, por tanto, que para la procedencia de la exención se requerirá el que se justifique ante el Liquidador que la estipulación aludida es conocida

por el Ayuntamiento de que se trate, sin que sea necesario el que esa justificación revista una forma determinada.

La segunda exención se refiere a las enajenaciones de terrenos para ser urbanizados bajo los sistemas de expropiación o compensación, debiéndose de hacer previamente una somera síntesis de ellos, para la mejor comprensión y aplicación en los casos que se planteen.

La ejecución de un Plan de Urbanización por el sistema de expropiación está recogida en la Sección 3.^a del Capítulo II del Título III y conforme a ella, una vez aprobado el proyecto en la forma prevenida por el artículo 32, se procederá a la expropiación de los terrenos, edificaciones, aprovechamientos o servicios de cualquier género existentes en el polígono de que se trate, en favor de los Ayuntamientos y demás Corporaciones públicas o de las personas privadas a quienes se les haya concedido autorización para ello por la Comisión Central de Urbanismo (art. 121) y estas enajenaciones serán las comprendidas en la exención de que tratamos. La justificación de estos extremos, por otra parte fácil de realizar, servirá de base al Liquidador para la declaración de la exención.

En la ejecución del Plan Urbanístico por el sistema de compensación, que está regulado por la Sección 4.^a del Capítulo antes indicado, se requiere la constitución de una Junta de Compensación, «con personalidad propia y plena capacidad jurídica» que le es concedida automáticamente por disposición de la Ley (art. 124, párrafo 1.^o), la cual deberá ser titular de los terrenos comprendidos en los polígonos a que afecte, ya que el párrafo 2.^o del artículo 124 expresa la obligación de los propietarios de incorporar sus terrenos a la gestión común, «sustituyéndose su derecho de propiedad» por el de un valor-participación en el haber de la Junta, sin que pueda ser otra la interpretación que pueda dársele al citado párrafo, cuando dice que «los propietarios, al incorporar sus terrenos a la gestión común, fijarán las bases de su derecho, cuya cuantía estará determinada por el valor de los terrenos de su propiedad y demás aportaciones que en su caso realicen», y más aún si lo relacionamos con el párrafo 1.^o del artículo 127, que autoriza a la Junta de Compensación a concertar créditos para la realización de las obras de urbanización «con la garantía de los terrenos incluidos en el polígono».

Esta interpretación dota de contenido a la exención a que nos estamos refiriendo, ya que esa transmisión a la Junta tenía que ser

favorecida mediante exenciones fiscales, en las cuales deberá incluirse a nuestro juicio, las expropiaciones que pueda efectuar la Junta misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 128, o sea, en el caso de incumplirse por los propietarios las obligaciones que hubiesen contraído con ella. Esta última expropiación no constituye en realidad una expropiación de terrenos, sino del derecho a los solares resultantes, después de que se lleve a efecto la urbanización o, en su caso, del derecho a las edificaciones realizadas, porque la valoración que señala para esas expropiaciones es la del 75 por 100 del valor inicial de los terrenos aportados por el interesado de que se trate, «más el importe de las obras de urbanización abonadas por el interesado», lo cual no constituye otra cosa que una valoración de su participación en el haber de la Junta, puesto que en otro caso hubiese debido expresar que la expropiación se realizaría expropiando el terreno y devolviendo lo que su propietario hubiese abonado para las obras de urbanización. Pese a todo lo expuesto, como la claridad no es la tónica dominante en esta Ley y, sobre todo, al tratar de los conceptos jurídicos habrá base para sostener tanto la interpretación expuesta como la de no considerar incluida esa expropiación en la exención que exponemos, aunque se trate de una adquisición por la Junta, todas las cuales deben ser bonificadas como ya hemos dicho.

Finalmente, la tercera exención, al referirse a las enajenaciones de terrenos para su incorporación al Patrimonio Municipal del Suelo y a las cesiones de las superficies viales y de parques y jardines que se efectúen en virtud de esta Ley, no requiere comentario alguno, ni precisa de determinar qué requisitos se requieren para su aplicación, ya que si la enajenación de que se trate no cayese dentro de su ámbito de aplicación, no por ello estará sujeta al Impuesto, puesto que entonces quedaría comprendida en la exención más amplia concedida a los Ayuntamientos a que antes nos hemos referido al comentar otro apartado del presente.

«c) Enajenaciones de fincas a favor de los Ayuntamientos o particulares, reguladas en las Secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del Capítulo I del Título IV.»

Sin entrar en los supuestos de enajenación en favor de los Ayun-

tamientos, por las razones repetidamente expuestas, tendremos que detenernos en las que puedan realizarse en favor de particulares, dentro de los supuestos previstos por cada una de esas Secciones.

El Capítulo en que están comprendidas las referidas Secciones, lleva como epígrafe el de «Fomento de la Edificación» y en él se contemplan ya a los terrenos como solares aptos para ser edificados, siendo el objeto de ellas el estimular su edificación e incluso el imponerla a los propietarios. Esto obliga a determinar, como primer requisito común a todas estas exenciones, el que la finca de que se trate tenga la cualidad de solar conforme al párrafo 3.º del artículo 63 de la Ley, en el que se considera como tales a las superficies aptas para edificación y urbanización con arreglo a Plan, o como mínimo, a que la parcela dé frente a calzada pavimentada, con las aceras encintadas y disponiendo de los servicios de suministro de aguas, desagües y alumbrado público, o bien que estemos ante las fincas asimiladas al concepto de solares por el párrafo 3.º del artículo 142, o sea, de aquellas en que existan construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas al lugar en que radiquen y que en virtud de expediente hayan sido incluídas en el Registro municipal de solares. No obstante lo expuesto, cuando se trate de alguno de los casos comprendidos en las Secciones 2.ª y 3.ª, entendemos por su contenido que no se requiere el que en el momento de declararse la exención se reúnan ya los requisitos necesarios para su estimación como solares, sino que bastará el que estén incluídos en un Plan de Urbanismo, con la categoría de solares y que este Plan esté aprobado conforme a lo dispuesto por los artículos 32 y siguientes, sin que sea necesario que dicho Plan esté realizado en todo o en parte. Esta exigencia de que se trate de solares, con la salvedad apuntada, era requisito lógico para la aplicación de la presente exención, pues en otro caso no encontraríamos en cualquiera de las contenidas en los apartados a) y b) antes expuestos

La Sección 1.ª está dedicada a los solares de propiedad particular, entendido este último término como contrapuesto a terrenos del «Patrimonio Municipal del Suelo» y, por tanto, sin que sea óbice para su estimación como de propiedad particular el que su titular sea alguna persona jurídica de derecho público.

Los propietarios de esos solares vienen obligados a edificarlos dentro del plazo señalado por la misma Sección y caso de incumplimiento quedarán sujetos a la sanción de serles enajenados forzosa-

mente, siendo precisamente esta enajenación la que nos interesa a los efectos del presente apartado, ya que ellas son las declaradas exentas por el mismo.

Como requisito previo para la imposición de la sanción referida, se establece por el artículo 144 el de que los solares sean incluidos en el Registro municipal de ellos, lo cual deberá ser justificado ante el Liquidador por el que desee acogerse a la presente exención y esta justificación eximirá a ese funcionario de determinar si se han dado o no las causas previstas por la Ley para la enajenación forzosa y, por tanto, para la exención.

Además de ese requisito inicial tendremos como formal el de que la enajenación conste precisamente en documento público, puesto que si se realiza por expropiación y subsiguiente adjudicación al solicitante (art. 146), pese a que a esta enajenación se aplique lo dispuesto por el artículo 209, será la certificación oficial del acuerdo municipal el documento auténtico a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, por tanto, a los de la liquidación del Impuesto; si se llevase a efecto mediante subasta (art. 147), los requisitos de ella serán los «que regulan la contratación de las Corporaciones locales», y, finalmente, si la enajenación se efectúa por el mismo propietario, bien directamente o bien mediante designación en una «escritura de mandato» del concedido a ese efecto al Concejal designado para ese fin por el Ayuntamiento, el artículo 148 exige el que la enajenación conste en escritura pública, sin que el término pueda ser entendido en sentido amplio, dados los requisitos que ineludiblemente deberán constar en ella según se expresa por el mencionado artículo.

La misma Sección recoge otra sanción similar a la expuesta, que procederá imponer al adquirente del solar que lo efectuó en virtud de que al primer propietario le fué impuesta la sanción de que antes tratamos, que no cumpla sus obligaciones en orden a la edificación y siendo indispensable para la procedencia de esta sanción el que se declare ese incumplimiento por el Ayuntamiento de que se trate, bien de oficio o bien a instancia de parte. Pudiendo consistir la sanción en la reversión de la finca al propietario que fué expropiado en virtud de la sanción a que antes nos referimos, o en la enajenación de ella en favor del mismo Ayuntamiento, ambas enajenaciones estarán incluidas en la exención de que tratamos, ya que las dos es-

pecies de enajenaciones están comprendidas en la misma Sección (art. 151).

La Sección 2.^a se refiere a las cesiones de terrenos que formen parte del Patrimonio Municipal del Suelo, realizadas por los Ayuntamientos, bien para ser edificadas o bien para los fines que hayan sido previstos en el Plan de Urbanización respectivo, pudiendo verificarse a su vez estas enajenaciones: bien a título gratuito, en favor de persona o entidad determinada, o sea, directamente del Ayuntamiento a la persona de que se trate bien a título oneroso al través de la correspondiente subasta, o bien a título oneroso también, pero en favor de persona determinada, siempre que sea de las señaladas por esa misma Sección y sin el requisito de la subasta. Resultan así varias modalidades de enajenaciones, a todas las cuales les será aplicable la exención contenida en el presente apartado, siempre que consten en los títulos presentados a la liquidación las circunstancias necesarias para identificarla con una de las antes enunciadas.

Nos queda por tratar del contenido de la Sección 3.^a, la cual se aparta bastante del de las dos precedentes. Se regula en ella la constitución del derecho de superficie sobre suelo propio del Estado, Entidades locales, demás personas públicas o particulares, con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, quedando el dominio de lo construído en poder del superficiario (art. 157), sin perjuicio de que pase al concedente cuando se extinga el derecho de superficie, que se configura por la Ley como eminentemente temporal (art. 161).

Recogiéndose en la misma Sección una sucinta regulación de este derecho, hasta ahora huérfano de toda regulación legal, salvo unas alusiones, tratando la misma de su extinción, gravamen y enajenación; pero todo ello no puede ser comprendido en la exención que comentamos, la cual, pese a la impropiedad de sus términos, sólo puede referirse a la constitución, cuando ella vaya encaminada a conseguir la edificación de solares comprendidos en un Plan Urbanístico.

«d) Primera enajenación de los solares que resultaren de nueva urbanización en sectores de extensión o de reforma interior.»

Hemos de advertir previamente que la presente exención está muy relacionada, en cuanto a su objeto, con la del apartado c), ya

expuesto, resultando así que serán frecuentes las enajenaciones que puedan acogerse a cualquiera de las dos, por reunir los requisitos exigidos para la aplicación de una y otra.

El primer requisito de la presente es el de que se trate de solares, y respecto a él damos por repetido el concepto legal que se contiene en la nueva Ley y que antes expusimos

En segundo lugar tendremos la exigencia de que los mismos radicuen en zonas de extensión o de reforma interior, las cuales son definidas por el art. 12 al tratar de los Planes Urbanísticos y de Ordenación que no abarquen a la totalidad del término municipal, como los concernientes al casco urbano (entendiendo por tal el sector urbanizado en el que las construcciones ocupen dos terceras partes de la superficie edificable) que estén encaminados a sanear barrios insalubres, resolver problemas de circulación o de estética, mejorar servicios públicos o realizar otros fines semejantes, o como los relativos a superficies del suelo exteriores al casco urbano, según se trate de planes de reforma interior o de extensión, respectivamente.

Como último requisito (primero en la enumeración del apartado) tendremos el de que se trate de primera enajenación, y esto habrá que relacionarlo necesariamente con el que hemos expuesto en segundo lugar, en el sentido de que la primera enajenación del solar comprendida en esta exención será la que se produzca a contar de la fecha del Plan de extensión o de reforma interior, pero sin olvidar que por tratarse de solares, si a consecuencia del Plan hubiere de efectuarse el derribo de alguna construcción preexistente, no podremos decir que haya surgido el solar, y por tanto, la posible enajenación sujeta a la exención, hasta que el derribo haya sido llevado a efecto.

La justificación de los dos primeros requisitos a efectos de esta exención creemos que sólo podrá realizarse mediante el correspondiente documento administrativo, que deberá tener por base el Plan que sea aplicable al solar enajenado. En cuanto al tercero, deberá resultar de la oportuna certificación del Registro de la Propiedad o de documento auténtico que sirva para garantizar la propiedad del que figure como transferente en la enajenación cuya exención se pretenda, en fecha anterior a la del proyecto o a la del derribo en su caso, sin que esa titularidad haya dejado de pertenecerle du-

rante el tiempo comprendido entre esa fecha y la de la enajenación que se pretende declarar exenta del Impuesto.

«e) Transmisiones de la propiedad de edificios que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, cuando no se hubiese terminado la construcción o se efectuare dentro de los seis primeros años desde la terminación del edificio.»

Pocos comentarios requiere este apartado, que nos parece claro por sí, sin necesidad de ellos. No obstante, conviene advertir que en él se utiliza el término más amplio de «transmisiones de propiedad», y precisamente en plural, con lo que al parecer no se refiere a una sola, ni a una primera, sino al parecer a todas, siempre que el edificio esté en construcción y sin que pueda estimarse como tal el meramente proyectado. En cuanto a la exención referente a la transmisión del edificio ya construido, dentro de los seis primeros años a contar desde su terminación, el cómputo deberá iniciarse desde la terminación efectiva de las obras, debidamente acreditada.

Esta exención coincidirá a veces con la concedida por la legislación de viviendas de renta limitada, siendo entonces facultativo en el adquirente el acogerse a una u otra, o a una sola cuando no se reúnan todos los requisitos para que la otra pueda ser aplicada; pero sin que haya que advertir que no podrá ser admitido nunca el que, acogiéndose a cualquiera de ellas, se pretenda la aplicación de la otra en posterior enajenación del mismo edificio.

«f) Construcciones (es evidente el error y deberemos leer constitución), modificación y extinción de servidumbres u otras cargas sobre inmuebles, efectuadas con arreglo a la presente Ley.»

Al tratarse de una disposición fiscal, tendremos que entender por cargas las que reúnan los requisitos del párrafo 1.º del art. 100 del vigente Reglamento del Impuesto de Derechos reales, quedando, por tanto, excluidas de este concepto las hipotecas, ya que asimismo lo estima el artículo que comentamos al dedicar a éstas otro apartado de él, referente a la concesión de otros beneficios fiscales que resul-

tarían improcedentes de estimarse que estaban incluidas en la palabra cargas del presente apartado.

La frase más imprecisa del párrafo expuesto es, sin duda, la referente a que esas servidumbres u otras cargas sobre inmuebles sean constituidas, modificadas o extinguidas «con arreglo a la presente Ley», ya que no podemos interpretarla en el sentido de que la constitución, modificación o extinción sea impuesta por disposición de la misma Ley, sino en el sentido de que si bien sea voluntaria, se derive de otras actuaciones declaradas obligatorias por la misma Ley.

Conforme a ese criterio, vemos: Que en los arts. 52 y 55 se declara el que pueden imponerse servidumbres como una parte más de un Plan o proyecto de ordenación urbana, o como operación única en la ejecución del referido Plan.

Que por el art. 70 se dispone la constitución de una servidumbre sobre determinados suelos rústicos, por la que se les limita el volumen mínimo edificable.

Al tratar de las reparcelaciones en el art. 82, se prevé la extinción de las cargas que resultaren incompatibles con la nueva situación y características de la finca, señalándose el procedimiento para esa declaración, y en su caso, para la transformación de ellas en un derecho de crédito.

Finalmente, al referirse el art. 98 a la forma de valorar las cargas que graven la finca que sea objeto de expropiación, prevé, aunque de una manera indirecta, la extinción de las cargas por confusión, al reunirse en el expropiante, mediante el ejercicio de la expropiación, la titularidad de la propiedad del inmueble y la de la carga a que el mismo estaba afecto. Y si bien no se alude a ello al tratar de las parcelaciones, dado el que en éstas será fundamental, y frecuente la extinción de servidumbres, por resultar incompatibles con el destino de la parcela, esa extinción se llevará a efecto por imposición del Ayuntamiento respectivo o por decisión de los propietarios con la aprobación de aquél, y por ello, tanto en uno como en otro caso estaremos dentro de la presente exención.

Por lo dicho vemos que los casos aludidos en la Ley son bastante escasos y no comprenden a todos los que pueden plantearse en el desarrollo de un Plan Urbanístico, que como tal tiene el carácter de obligatorio y fundado precisamente en esta Ley, por lo que en

todos esos casos procederá la aplicación de la exención a que se refiere este apartado.

«g) Adjudicaciones de terrenos en pago de indemnizaciones por expropiación o de la contribución de los propietarios a los gastos de urbanización.»

Como denominador común de estas adjudicaciones, a los efectos de ser comprendidas en la exención, tendremos el de que ellas habrán de proceder siempre en virtud de un acto administrativo, que recogerá la conformidad del Ayuntamiento con la propuesta, o el asentimiento del propietario a esa forma de pago, y, por tanto, en dicho documento constarán los antecedentes necesarios para la procedencia de la exención (párrafo 3.º del art. 114 y concordantes), que resultará así de aplicación casi automática por parte del Liquidador.

«2. Gozarán de la bonificación del 90 por 100 de dichos impuestos (el de Derechos reales y el de Timbre) los siguientes contratos :

a) Enajenaciones y gravámenes a que se refiere el art. 191.»

Como uno de los beneficios concedidos por esta Ley a los que ejecutaren, o sufragaren, a su costa íntegra y anticipadamente, la nueva urbanización, o la de sectores de reforma interior, está el de una participación en las cuotas del Tesoro en la Contribución territorial urbana (arts. 189 y 190), y este derecho se declara susceptible de enajenación y gravamen por parte de sus titulares, e incluso de poder ser admitido como garantía a los efectos de concesión de créditos destinados a realizar las obras de urbanización y edificación (art. 191), siendo precisamente esas enajenaciones y gravámenes los que declara bonificables el apartado expuesto.

La necesidad de efectuar una liquidación, siquiera sea ésta con una base del 10 por 100 de la que normalmente hubiese procedido en el caso de no existir esta bonificación, obligará a su vez a efectuar la comprobación de los valores declarados por los interesados, conforme a las normas generales contenidas en la legislación del Impuesto, por lo cual será necesario para ello el analizar el contenido del derecho de que estamos tratando.

Sin entrar en el estudio de su naturaleza jurídica, sí podemos afirmar que conforme al contenido de los arts. 189 y 190 se concede a su titular el derecho de percibir una prestación periódica durante un plazo determinado (mínimo de diez años y máximo de veinticinco), con facultad de poderlo ceder o gravar, según vemos que reconoce el art. 191, y esto obligará a aplicar como reglas de comprobación las señaladas para las pensiones temporales, o sea, la capitalización al 4 por 100 de una anualidad (párrafo 5.º del art. 15 del Reglamento del Impuesto), tomando de la cantidad resultante un 20 por 100, si la duración fuese de diez años; un 30, si estuviese comprendida entre los diez y los quince años; un 40, si fuese entre los quince y los veinte años, y un 50, si pasase de veinte años (párrafo 1.º del art. 66 del mismo Reglamento).

El problema final de los planteados por el presente apartado es el de determinar si la concesión de ese beneficio estará o no sujeta al Impuesto, para lo que necesitamos distinguir si el beneficiario es o no a su vez el propietario de los solares resultantes de la urbanización.

Si la titularidad de beneficio y la de los terrenos recaen en la misma persona, el beneficio se traduce en una exención fiscal directa de determinados impuestos sobre las fincas, como así se reconoce por el párrafo 2.º del art. 181 de la Ley y por el párrafo 9.º del apartado 6.º de la Exposición de Motivos de la misma, y, por tanto, se tratará de un acto no sujeto al Impuesto, como todos los beneficios tributarios.

Cuando la titularidad de los terrenos y la de beneficiario no recaigan en la misma persona, entendemos que nos encontramos ante un supuesto de subvención, recogida por el párrafo 10 del art. 24 del Reglamento del Impuesto y liquidable al 3 por 100, conforme al número 46 de la Tarifa.

Pudiera objetárse nos que de lo que se trata es de una concesión administrativa, debiendo regirse por las reglas de liquidación que para ellas se señalan, pero esto supondría una institución de doble personalidad, según que su titular fuese o no, a su vez, titular de los terrenos, y ello es anómalo en Derecho, salvo los casos en que expresamente se declara, ya que el contenido de la Ley revela claramente que ese beneficio se concede por ciertas obras y cesiones de bienes, que pueden imponerse como forzosas, según sea el procedimiento de ejecución que se adopte para el Plan de Urbanización, y

ello repugna a su estimación como concesión administrativa, e igualmente el caso antes expuesto y su acertada calificación por la Ley en el articulado y en la Exposición de Motivos va en contra del concepto de concesión, en tanto que la calificación como subvención permite el que pueda ser aplicada a los dos supuestos. De todas formas hemos de reconocer que del contenido de la Ley no resultan normas lo suficientemente claras para que la calificación pueda ser considerada como precisa e indiscutible.

Tanto la liquidación por uno como por otro concepto parece chocar con el espíritu de la Ley, y especialmente con el contenido del art. 193, ya que resulta un poco absurdo el bonificar las enajenaciones y gravámenes y dejar sujeta la constitución, pareciendo que el legislador dió por sentado la no sujeción, o mejor dicho la exención, y que si se hubiese planteado claramente el problema, hubiese declarado otra exención más. Pero esto es ya salirse del campo de la interpretación para pasar al de la indagación de motivos y finalidades que pudo informar al ánimo del legislador, y ante lo poco jurídico de esa postura, tendremos que realizar su liquidación, salvo que en virtud de nuevas disposiciones aclaratorias se ordene otra cosa

«b) Constitución de préstamos, hipotecarios o no, y emisión de Obligaciones cuyo total importe se invierta en la urbanización o construcción de edificios, en polígonos o manzanas de nueva urbanización o reforma interior, así como los actos de cancelación de los mismos.»

La aplicación de esta bonificación sólo tropezará con el escollo de la determinación de cuándo se encontrará cumplido el requisito de que el «total importe se invierta en la urbanización», etc., y hemos de convenir en que la dificultad no será de pequeña monta.

Que el Liquidador «a priori», y según su prudente arbitrio, juzgue cuándo ha sido cumplido ese requisito, si bien es digno de alabanza desde el punto de vista profesional, no lo es desde el jurídico, pues la falta de cauces entre los que deba desenvolverse puede dar lugar a tantas soluciones como Liquidadores. El realizar una liquidación provisional partiendo de reputar cierto lo alegado por el contribuyente, efectuándose la definitiva cuando pueda ser justificada

la inversión, si bien es una solución adoptada en casos similares por la legislación del Impuesto, no podemos seguirla fundándonos en una deducción del precepto, la cual rebasaría ya la órbita de la interpretación para pasar a la de legislador. Estamos, por tanto, atentos a la publicación de normas aclaratorias, pudiéndose, entre tanto, sugerir las siguientes reglas deducidas de la idea que informa al apartado expuesto :

Si el préstamo ha sido concedido por un organismo oficial, o si se tratase de la emisión de Obligaciones, o bien si el deudor es un organismo oficial, la inversión del préstamo en alguno de los fines señalados parece quedar garantizada por otras disposiciones legales, e incluso por algunas de las contenidas en esta misma Ley, y por tanto podrá ser admitida, sin comprobación, la afirmación que en ese sentido se contenga en la escritura.

Si el préstamo fuese hipotecario, podrá incluso ser garantía bastante de la inversión, salvo, supuesto de confabulación, el mismo interés del acreedor, que en el caso de incumplirse la finalidad de él vería disminuída su garantía cuando ésta sea el mismo edificio, urbanización o solar.

Finalmente, si el préstamo fuese simple y el deudor y el acreedor una persona física, la solución que podríamos ofrecer sería puramente personal, y para ello no merece siquiera el aludirla.

«c) Ejecución de obras que se concierten en relación con dichas urbanizaciones o fincas.»

El contenido del presente no requiere comentario alguno, puesto que la determinación de si la finca o la urbanización está comprendida o no en algún Plan de nueva urbanización o de reforma interior (no se olvide que la frase final del presente se remite al anterior), queda dentro del contenido de la certificación administrativa que deberá acompañarse con el documento, como justificación de ese extremo, y, por tanto, sin que en cuanto a ello puedan plantearse dudas al Liquidador.

B) DERECHO DE SUPERFICIE

Consideraciones previas.

Admitido por nuestra doctrina patria como un derecho real similar al de censo; recogido como tal derecho real susceptible de ser hipotecado por el número 5.º del art. 107 de la Ley Hipotecaria; susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, según el mismo precepto y la amplia redacción del art. 7.º del Reglamento Hipotecario, y aludido «de pasada» por el párrafo 3.º del art. 1.611 del Código civil, estaba, a pesar de todo ello, huérfano de toda regulación legal, cuyo vacío ha venido a llenar el contenido de los arts. 157 al 161 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956.

Sin entrar en el estudio de este derecho, sí hemos de destacar ciertos extremos del mismo que nos serán indispensables para poder estudiar su liquidación, que a pesar de ello, y dado lo reciente de su reglamentación legal, habrá de efectuarse mediante la aplicación de normas que no pudieron ser dictadas teniéndolo en cuenta, y menos aún los requisitos y caracteres que la Ley le iba a atribuir.

Seguindo esa tónica, tendremos que manifestar, en cuanto a su naturaleza jurídica, que al determinarse por el art. 157, en su párrafo 1.º, que «el Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán *constituir* el derecho de superficie en *suelo de su pertenencia* con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, el *dominio* de las cuales corresponderá al superficiario», parece que se inclina por la opinión sustentada por tratadistas germanos e italianos, y en nuestra Patria por PUIG PEÑA, de que la relación jurídica del derecho de superficie se desdobra en dos: un derecho real de disfrute sobre cosa ajena y una propiedad limitada respecto a lo edificado o plantado.

Por ello, y de conformidad con el contenido de los arts. 158 y siguientes de esta Ley, podríamos definir el derecho de superficie como «el derecho real otorgado al superficiario para edificar o plantar en suelo ajeno, haciendo de su propiedad lo edificado o plantado

mediante el pago al concedente de una suma alzada, canon periódico o reversión gratuita de la edificación o plantación, que requiriendo para su constitución la inscripción en el Registro es de duración determinada al constituirse».

Resultan así como caracteres del presente derecho los siguientes :

- 1.º Ser un derecho real sobre cosa ajena (art. 161).
- 2.º Que obliga al superficiario a realizar la construcción en la forma y plazo que se hubieren convenido (art. 159). Y cuya inobservancia resulta sancionada con la extinción anticipada del derecho de superficie (art. 159).
- 3.º Susceptible de transmisión y gravamen, salvo pacto en contrario (art. 157), el que constituirá una excepción al principio sentado por el art. 26 de la Ley Hipotecaria de no permitirlos cuando se originen en contratos a título oneroso.
- 4.º Tener una duración determinada en el momento de la constitución, que no podrá exceder de cincuenta años, cuando el concedente sea el Estado o las demás personas públicas (art. 161).
- 5.º Que al extinguirse por el transcurso del tiempo, producirá el efecto de que se abone al superficiario, por el concedente, el valor que tenga la edificación en ese momento, salvo que por pacto se haya dispuesto otra cosa, incluso la reversión sin indemnización (art. 161 en relación con el 158) ; y
- 6.º Que constituyéndose a título oneroso o gratuito, requiere para su validez la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 158).

Estudio fiscal.

De lo expuesto hemos de destacar, a efectos impositivos, que al constituirse se adquiere por el superficiario un derecho real en cosa ajena, que le permite *después* realizar ciertos actos ; en tanto que al extinguirse, recupera el dueño del suelo el pleno y libre dominio sobre él, a la vez que adquiere la propiedad de lo edificado o plantado. Lo cual, si bien nos fuerza a encuadrar el presente derecho dentro del concepto fiscal de «derecho real», da origen a múltiples dudas en cuanto a su liquidación, que sólo podrán ser resueltas satisfactoriamente en virtud de disposiciones fiscales dictadas al efecto.

La primera duda surge al tratar de determinar cuál sea el concepto liquidable que deba de serle aplicado, pues si bien está encuadrado dentro del grupo de los derechos reales, no podemos desconocer el que la doctrina y la jurisprudencia patria lo habían asimilado a los censos, y éstos tienen señalado un concepto liquidable especial; por ello, y conforme al párrafo 6.º del art. 12 del Reglamento del Impuesto, al ser éste constituido por tiempo limitado «satisfará el impuesto por el concepto de arrendamiento». Cuyo criterio queda reforzado si se piensa en la indudable analogía del presente derecho con el establecimiento a primeras cepas.

Reconociendo que esa solución es la más conforme con la legalidad vigente, hemos de discrepar terminantemente de ella, pues la presente Ley no crea, indudablemente, una variedad más de los censos, sino un derecho con naturaleza y características propias, que si tiene analogías con el establecimiento a primeras cepas, deberán ser entendidas en el sentido de que éste pasa a ser una modalidad del derecho de superficie, separándose así de los censos donde no estaba bien encuadrado, y a cuya asimilación había que inclinarse en aquella fecha por la falta de regulación legal del presente, fruto de la malquerencia que se le tenía al derecho de superficie en la época de la codificación.

Por las razones indicadas estimamos que fiscalmente debe ser encuadrado dentro del concepto «Derechos reales», a que se refiere el número 24 de la Tarifa, bien que para ello se necesiten ciertas normas que permitan la fijación de la base y la comprobación de valores, fundándose en preceptos propios, pues las actuales no pueden serle aplicadas sin una interpretación tan forzada de ellas que, más que tal, sería una creación de normas realizada por el Liquidador.

Entendido así, y como ya dijimos en otra ocasión (Repertorio Alfabético del Impuesto de Derechos reales, págs. 306 y siguientes), no debe creerse que el concepto fiscal de Derechos reales es un concepto liquidable preciso, sino que el mismo está dictado para una aplicación supletoria; por tanto, si el derecho de superficie, como cualquier otro real, es el objeto de una herencia, donación, compraventa, permuta, etc., o en general de cualquier acto o contrato que tenga determinado en la Tarifa un concepto liquidable propio, su liquidación deberá efectuarse por él y acudir sólo al número 24 para los casos en que esto no sea posible. Sin que deban

olvidarse las posibles exenciones, algunas de las cuales han sido dictadas por la misma Ley que comentamos y precisamente para el derecho de que estamos tratando.

Según las reglas generales para la determinación de la persona obligada al pago por el art. 59 del citado Reglamento, lo será al constituirse el superficiario y al extinguirse el concedente.

Nos queda por tratar en este breve estudio lo referente a la comprobación de valores y a la determinación de la base liquidable, y es precisamente aquí donde son más necesarias unas nuevas normas que eviten en aquélla la caída en ese «cajo de sastre» que es la tasación pericial; impuesto de impuestos, agravación de la carga fiscal y escarnio del contribuyente que presentó a liquidación su adquisición y no discutió siquiera la valoración del objeto sobre la que recaía. Pues si bien no se nos alcanza el por qué deberán satisfacerse por el contribuyente los honorarios de los peritos en la tasación, en general más gravosos que el impuesto mismo, y hasta en algún caso concreto, como respecto a los vehículos de motor, no hemos podido encontrar precepto en que pueda basarse el cobro de ellos, es práctica que calificaríamos de viciosa la de obligarle a ese pago, convirtiendo a la vez al perito en un árbitro del tributo, que percibe sus honorarios sin relación alguna con el importe del tributo mismo, pero los cuales le son abonados por el presunto contribuyente. Todo ello sería fácil de evitar dictando normas precisas de comprobación en los supuestos en que ahora no existen, dejando así confinada la tasación pericial al ámbito de medio extraordinario de comprobación, aplicable sólo en caso de disconformidad con los resultados obtenidos por los medios ordinarios.

Concretándonos a la materia del presente, hemos de repetir que el derecho que se adquiere por el superficiario tiene como contraprestación en favor del concedente la de que se abone a éste una suma alzada, canon anual o el derecho de reversión sin indemnización al finalizar el de superficie de lo edificado o plantado, o varias de estas modalidades a la vez, todo ello en los casos en que el contrato de constitución sea a título oneroso, y si bien cuando consista en un canon tendremos en los censos el precedente necesario para poder determinar la base y realizar la comprobación, siempre que para ello hagamos intervenir los preceptos contenidos en el art. 66, por ser un derecho absolutamente temporal y no liquidable por arrendamiento. cual los censos temporales; en los demás supuestos de

Así, si el derecho real constituido sobre el de superficie fuese uno de los de garantía y el superficiario tuviese derecho a indemnización por parte del concedente, apenas tendremos problema tributario, ya que si bien se extingue el derecho real, no así la garantía, sino que sólo se efectúa una modificación, y esta modificación se opera por disposición de la Ley, lo cual constituye un acto de análogo contenido al de prórroga legal, que declara no sujeto el párrafo 1.º del art. 13 del Reglamento y más justificado que él, e incluso que el de la distribución de la hipoteca constituida sobre todo el edificio, entre los diferentes pisos en que éste ha sido dividido, reconocido como no sujeto por la Dirección General de lo Contencioso del Estado en Circular de 5 de octubre de 1949; pero además, y en último término, estaríamos en el caso de que a continuación vamos a tratar.

Si el superficiario no tuviese derecho a indemnización, nos parece que estaremos ante un acto exento, conforme al número 15 del artículo 6.º del Reglamento, por el que se declara como exentas las cancelaciones de hipotecas, manifestado que lo están en cuanto a «... su extinción en los casos y en la parte que por insuficiencia del inmueble hipotecado no haya alcanzado el valor de éste a satisfacer el importe de los créditos garantizados». Pero con mayor propiedad debemos estimarlo como no sujeto, por haber considerado la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en 19 de febrero de 1952, en contestación a una consulta, que lo estarían las cancelaciones de hipoteca por caducidad, y aquí nos encontramos con otra caducidad y también como ella fundada en la Ley; por tanto, para hacerla constar en el Registro no se requerirá el consentimiento del titular del derecho caducado, bastando el que así se solicite por el que tenga interés en ella, como disponen el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y los artículos 174 y 175 de su Reglamento, no pudiendo por ello existir «el contrato, acto judicial o administrativo» que exige como requisito previo para poder liquidar el impuesto, respecto a los derechos reales, el párrafo 1.º del artículo 12 del Reglamento, reitera para los censos el párrafo 2.º y parte de su esencia para la determinación de la no sujeción de la extinción de éstos por destrucción de la finca el párrafo 9.º del mismo. Por tanto, la no sujeción por caducidad será la de aplicación general y las otras normas expuestas servirán, a lo sumo, para el segundo caso de extinción que antes expresamos, si por su peculiaridad pudiera estimarse que no constituye una caducidad propiamente dicha como el general, res-

pecto a los titulares de las cargas, ya que entre las partes es una resolución.

Finalmente, la extinción del derecho de superficie por confusión, no dará lugar al problema tributario expuesto, ya que se dispone por esta Ley en el párrafo 4.º del artículo 161, que «si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente». El problema que este artículo plantea no es de orden fiscal, sino civil, ya que deja sin precisar si el vencimiento posterior del término producirá la extinción y aunque en algún supuesto, como la consolidación fundada en título lucrativo, la ética nos obligaría a estimar que deberán subsistir las cargas pese a la expiración del término, la esencia de la institución, en la cual el titular de la carga no puede alegar ignorancia, ni mala fe, obligaran a seguir el mismo criterio que se establece por el número 1.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria respecto a la hipoteca sobre un usufructo y, por tanto, las cargas quedarán subsistentes en la consolidación hasta su cumplimiento, o hasta que llegue el tiempo en que normalmente se hubiese extinguido el derecho de superficie sin mediar esa consolidación, lo cual está conforme, además, con la frase inicial del precepto transcrito.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad

Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario

1.—El derecho de crédito es de naturaleza personal, por lo que no puede ser registrado. La hipoteca es un derecho real de inscripción expresamente admitida. Pero la titularidad de la misma no es abstracta, independiente de toda otra relación, sino al contrario, unida de manera tan íntima con la del derecho que garantiza, que no puede vivir sin ella. En nuestro Derecho, la hipoteca es un derecho real *accesorio*. Este carácter le ha sido negado por algún sector de la doctrina moderna, manteniéndose su sustantividad o su posición principal y predominante en base de ciertos supuestos y determinados preceptos (1).

Pero a los efectos que hoy perseguimos no interesa dilucidar la relación que hay entre ambos planos—el obligatorio y el hipotecario—o cuál es de superior entidad. Nos basta con saber que la hipoteca es accesoria por lo menos en cuanto a su nacimiento; sin crédito cuya efectividad se garantice, que es tanto como asegurar el cumplimiento del débito sito en el otro extremo de la relación, no hay hipoteca. Carácter que se muestra en proyección pretérita—hipoteca por un crédito existente con antelación—, en simultaneidad presente—el préstamo hipotecario en su modalidad ordinaria—, o en perspectiva futura—hipoteca por obligación no nacida—. Pero siempre porque es, o tiene posibilidad de ser, el

(1) En nuestra doctrina: DE LA RICA, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipotecas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, págs. 287 a 327; LACAL, «El mito de la accesoriidad de la hipoteca», *Revista de Derecho Privado*, 1949, páginas 925 a 936.

nacimiento de la hipoteca precisa una previa relación obligatoria, aunque la misma en tal tiempo sea sólo contingente.

En consecuencia, la titularidad del derecho real va adscrita a la del personal: *el crédito simple pasa a ser crédito hipotecario*, y esta voz compuesta, de la que el propio legislador se vale, embebe en sus partes ambas facetas, la personal y la real, que confluyen, con mutuas y recíprocas influencias, en su ser y vida.

2.—La transmisibilidad de los créditos es cuestión clara para el Derecho moderno, habiéndose zanjado las dudas teóricas y abandonado los remedios procesales del Derecho romano probablemente a partir de la interpolación en sendas constituciones de Alejandro Severo y Gordiano concediendo a la *denuntiatio* del cesionario al deudor el efecto de ligar éste al nuevo acreedor (2). La consagra expresamente nuestro Código civil, que al regularla acepta el concepto unitario del crédito hipotecario en su art. 1.528.

El crédito es un derecho eminentemente personal, no ya por lo que a su naturaleza jurídica se refiere, sino, desde el extremo opuesto al de los efectos que la misma atiende, por el juego que en su creación tiene la voluntad del deudor en cuanto contempla las condiciones personales de su acreedor. Derecho relativo por excelencia, no le repugna una reducción en su campo potencial de desenvolvimiento, en su transmisibilidad. Esta configuración personalísima, que prácticamente se alcanza prohibiendo la cesión, es posible gracias al principio de libertad contractual imperante en el Derecho de obligaciones. El pacto que la prohibición contenga no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, ni la renuncia que el acreedor hace de su poder de disposición atenta al interés público, o perjudica a tercero, *ergo* su amparo encuentra en los artículos 4.º y 1.255 de nuestro primer cuerpo legal, que además expresamente lo admite en el 1.112: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario» (3).

La prohibición de ceder el crédito puede ser absoluta o relativa,

(2) V. JÖRS-KUNKEL. *Derecho Privado romano*, § 127, 2, b).

(3) Más explícito es el Código civil alemán: «Un crédito no puede ser cedido..., si la cesión está excluida por pacto con el deudor» (§ 399). También el italiano, aunque con restricciones: «Las partes pueden excluir la cesibilidad del crédito; pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que lo conocía al tiempo de la cesión» (art. 1.260, 2.º).

referida a determinados actos, tiempo o personas, o sujeta a cualquier modalidad. Y, por otra parte, obedecer a un motivo puramente personal o traer su causa de la propia esencia de la prestación. Así, la prohibición de ceder el crédito del usufructuario para que el deudor mejore o repare la finca que disfruta aquél, nacido de la relación personal entre ambos y no por causa de la cosa, se fundamenta en el ser del mismo, por lo que el veto en este caso extenderá sus efectos hasta las transmisiones *mortis causa*.

3.—Pero en el campo del préstamo, salvo algún supuesto excepcional, la prohibición se basa en motivos estrictamente personales, independientemente de la naturaleza especial de la relación: en que al deudor no le es igual tener uno que otro acreedor. Por lo que de la misma sólo se podrán deducir los efectos que no sobrepasen los límites de la libertad contractual. Luego:

a) Las transmisiones voluntarias *inter vivos* están sujetas al veto.

b) No afecta a las transmisiones *mortis causa*. No puede esgrimirse frente al heredero, continuador de la personalidad del causante o sucesor universal del mismo, pues no se trata de un derecho personalísimo; el carácter que al mismo se le atribuye por pacto no puede alterar las normas de la sucesión por causa de muerte. Ni tampoco contra el legatario, ya que con ello se atentaría a la libertad de testar impidiendo la transmisión de un bien cuando toda la herencia se defiende a título particular; sin que se encuentre razón práctica alguna que imponga diferencias en este punto: para el deudor es indiferente que el crédito se transmita por herencia o por legado.

c) Los acreedores del titular del crédito con cesión prohibida podrán, cumplidos los requisitos legales, ejercitar éste para realizar lo que se les debe, dada su aptitud para ser objeto de la acción subrogatoria por no encontrarse entre los exceptuados expresamente por el art. 1.111 del Código civil, entre los *derechos inherentes a la persona de su deudor*, acreedor en el crédito discutido, pues tal expresión sólo abarca los personalísimos por su propia naturaleza (4), no los que adquieren carácter parecido por pacto: de no ser

(4) V. LACRUZ BERDEJO, «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *Anuario de Derecho civil*, III, págs. 1.100 a 1.132.

así se pondría en manos del insolvente un medio fácil para burlar a sus acreedores. La prohibición contractual de ceder el crédito deja sin efecto el natural poder de disposición del acreedor, pero no lo surte frente al poder de apropiación especial que la Ley concede a los que de él lo sean. Estamos ante una regla de carácter imperativo fuera de la órbita de la voluntad.

4.—Trasplantar lo sentado respecto al crédito en general al campo del crédito hipotecario es, a primera vista, sencillo. La Ley Hipotecaria admite la disposición del mismo por su titular, de forma plena, cediéndolo (art. 149), o limitada, gravándolo con hipoteca (art. 107, 4.º), desarrollando así los preceptos del Derecho Civil. Pero, igual que en el Código, ninguna norma impide que se prive o limite al acreedor de su poder de disposición, sin que la haya tampoco de este tipo con referencia a la hipoteca como tal. Y como el crédito personal puede limitarse en este sentido y el derecho real que lo garantiza sigue sus vicisitudes, forzosamente se ha de estimar posible la intransmisibilidad por pacto del crédito hipotecario.

Ahora bien, en el terreno de la hipoteca interesan tanto las normas substantivas como las formales, pues tratándose de un derecho que precisa una forma legal para su existencia, las reglas de este tipo a su propia esencia afectan. Y en nuestro punto, aun admitida su posibilidad civil, mucho importa saber si podrá o no ingresar en el Registro, que es casi tanto como decir si surtirá o no efectos reales (5).

5.—Un precepto puede ofrecerse como obstáculo insoslayable si en nuestro camino estuviera: la *prohibición de prohibiciones* que formula el art. 27 de la Ley Hipotecaria por lo que a las voluntariamente establecidas en actos a título oneroso atañe. El lugar que ocupa—en el capítulo dedicado a la inscripción en general—y el amplio enunciado que contiene, parecen imponer una ilimitada extensión, abarcando incluso al pacto que se estudia, que no es otra cosa que la prohibición de disponer del crédito hipotecario, que la traba impuesta al poder de disposición de un derecho inscrito. Mas no lo estimo así.

(5) *Casi tanto*. Pues no se olvide que fuera de aquellos supuestos raros en que se reconoce a la inscripción eficacia constitutiva y de los más generales en los que aparece un tercero protegido, los derechos reales nacen y producen sus efectos fuera del Registro. Ahora bien, son tantos estos últimos casos, que el todo sólo se queda en *casi*.

Desde un amplio punto de vista, prohibición de disponer es, como ROCA SASTRE define, «la restricción o limitación impuesta al ejercicio de la facultad dispositiva (*ius disponendi*), que normalmente integra el contenido de un derecho subjetivo, y en cuya virtud el titular del mismo puede válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él» (6). Pero con relación al Registro de la Propiedad sólo nos interesan las que afectan a los derechos inscribibles, esto es, según SANZ, la «limitación impuesta al poder dispositivo derivado del dominio y de los derechos reales que impide la realización de actos de disposición del mismo» (7).

Necesariamente la Ley contempla las prohibiciones de disponer refiriéndolas a los derechos absolutos, al derecho real por excelencia, a la propiedad, pero no a los que son susceptibles de una titularidad individualizada hasta el extremo, a un sólo sujeto restringida. Así no puede discutirse la inscripción de una servidumbre personal o de un derecho de preferente adquisición atribuidos exclusivamente a determinada persona (8), pues no contraría la naturaleza de estas figuras, aunque en la práctica se traduzca en la concesión de un derecho con prohibición absoluta de disponer. Por lo cual, aun configurándola así, en buena hermenéutica no podrá entenderse vedado su ingreso en los libros registrales por el citado artículo 27; éste no es extensivo a aquellos derechos cuya titularidad limitada es conforme a su propia esencia.

Por otra parte, que no estamos ante pactos ilícitos lo prueba la Ley Hipotecaria al permitir la inscripción de los que se ordenen en actos *mortis causa*, a título gratuito o capítulos matrimoniales. La razón de esta diferencia de trato estriba en querer impedir que se limite la comercialidad de un derecho que, cual el dominio, es de existencia necesaria desde el momento que su objeto exista; es un derecho de nacimiento natural, forzoso, ya que la sociedad no puede prescindir de él, a menos que prescinda de la *res*, nacida con o sin la voluntad humana. Y si bien en los actos gratuitos al dador debe reconocérsele ese mínimo derecho de contraprestación que es imponer su voluntad respecto a las negociaciones futuras, en los one-

(6) *Derecho Hipotecario*, II, pág. 359.

(7) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, pág. 442

(8) Lo mismo cabe decir del usufructo, derecho por esencia personalísimo, como lo prueban los mismos preceptos que parecen permitir su enajenación: artículos 480 v 498 del Código civil.

rosos no cabe esta razón. Pero los derechos de crédito, aunque sean también precisos para el desarrollo de la sociedad, en concreto nacen por la voluntad de los interesados, pues el objeto de los mismos, la obligación del deudor de cumplir su prestación, no puede existir con independencia de aquélla—regla general que pasa a ser absoluta en lo que a los préstamos se refiere—. Luego a quienes se les permite crearlos o no, dejarlos para siempre en el limbo jurídico de lo potencial, no cabe negarles la facultad de limitar su vida de alguna manera.

Lo expuesto concuerda con la génesis histórica del actual artículo 27, pues las varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en esta materia sentaron doctrina refiérense a la prohibición de disponer del dominio (9), como también hacen los autores que niegan efectos reales a tales limitaciones (10); y se acuerda también con quienes consideran exagerada la posición legal y justifican en cierto casos a la prohibición de disponer (11).

Tampoco debe olvidarse que la causa del veto registral a tales prohibiciones estriba en que las mismas entrañan una limitación de la libertad contractual. Pues el legislador entiende que ésta no puede ser permitida con relación a un derecho perpetuo y de existencia imperativa cual el de propiedad, ya que negar la comerciabilidad del mismo es tanto como suprimir aquélla por lo que a él se refiere, lo cual, en definitiva, se traduce en apartar del comercio de los hombres lo que está naturalmente destinado al mismo: las cosas. Mas esta razón falta cuando el objeto del derecho es precisamente una creación de tal libertad; impedir el pacto que vede su transmisión es tanto como restringir, disminuir o limitar el campo de la voluntad.

(9) Alguna hubo (29 de noviembre dt 1907) que distinguía y permitía la prohibición de no arrendar por referirse a un derecho personal, distinción equivocada a mi entender, pues si se veda la limitación no es por el derecho que pueda o no constituirse sino por la entidad absoluta de aquél —el dominio— cuya disposición se minorara.

(10) Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Prohibiciones de disponer», *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, págs. 480 y sigs.; SANZ, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», págs. 205 y sigs.; VENTURA-TRAVESER, «La prohibición de disponer en la práctica jurídica» (Cuaderno número 14 de los publicados por la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación).

(11) Como ROCA SASTRE, ob. y vol. cit., págs. 395 a 397.

6.—Pasando de nuevo al crédito hipotecario, hemos de recordar que si bien la hipoteca separadamente considerada es un derecho real con vida propia, este concepto abstracto no tiene cabida en nuestro Derecho, pues su titularidad está unida a la del crédito que garantiza, potencial o actual, de forma indisoluble; si no hay crédito no hay hipoteca, y hasta dónde llegue el crédito, y no más, puede alcanzar la hipoteca. Que el derecho de crédito, precisamente por consecuencia de esa indisolubilidad, trueque su separada naturaleza personal en la real del conjunto *crédito hipotecario*, no afecta a la configuración personalísima que a su titularidad pueda habersele dado. La garantía se ha creado para reforzarlo, pero no para reformarlo. Si el crédito sólo puede ser atribuido a determinado acreedor, la hipoteca no es transferible a tercero. De otra forma se alcanzaría aquello que nuestro ordenamiento rechaza: la hipoteca independiente.

Puede alegarse que con la tesis contraria no se altera el crédito. Que al rechazar la inscripción del pacto que prohíbe ceder el crédito hipotecario sólo se le niegan efectos reales, sin alterar los obligatorios que pueda producir; como en toda prohibición de disponer, ésta despliega su efectividad *inter partes* únicamente, y por su distinta naturaleza, es lógico que la prohibición de ceder el crédito surta efectos adecuadamente a la personal del mismo y no los despliegue en el terreno real de su garantía. Con ello se incidirá en lo que hemos refutado, en la consideración abstracta de la hipoteca independientemente del crédito que garantiza, cuando la propia inscripción recoge su íntima trabazón con éste. Por esta unión precisamente, califíquese la o no de accesoriedad, hay que aceptar para el conjunto los límites o restricciones de una de sus partes, con tal que no sean incompatibles con la naturaleza de la otra o estén prohibidas por las normas que la regulan. Más aún, de considerarse impedida la registración del debatido pacto, lo que procedería es negar la inscripción de la hipoteca, pues lo contrario equivale a imponer una separación entre el crédito y la hipoteca de tal forma que ésta aseguraría un derecho más extenso que aquél por el que se constituyó, y esto sí que atenta a la esencia de la figura.

Si se inscribiese la hipoteca sin el referido pacto, como consecuencia del criterio opuesto del calificador, al surgir el tercero protegido, el crédito hipotecario se habría independizado del creado en

la obligación, por seguir en su vida una trayectoria en ésta prohibida. Pero así nos trasladamos a un plano posterior sometido al imperio de un principio hipotecario distinto: el de la fe pública. No nos interesa si el tercero podrá o no escudarse en la inscripción que tal pacto silencia—que sí que puede—; lo que importa aclarar es si el Registrador debe o no omitirlo en la inscripción de la hipoteca—que es lo que formalmente se registra, aunque en sustancia se inscribe el crédito hipotecario—. Y en vista de lo expuesto, no estando vedada la admisión registral de esta prohibición por norma alguna, no desvirtuando ni alterando la naturaleza del derecho a que afecta, se la ha de estimar inscribible, pues se trata de un límite de las facultades del adquirente de expresión obligatoria conforme al art. 51, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario. Variando los términos, es tanto como decir que el Registrador no puede inscribir omitiendo el repetido pacto.

7.—Un refuerzo de este criterio se encuentra con una interpretación lata del art. 107 de la Ley Hipotecaria. Dice el mismo que «podrán también hipotecarse: ...Cuarto. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho». Se trata de la hipoteca sobre hipoteca, de la llamada subhipoteca, supuesto distinto del de la transmisión del crédito hipotecario, pero que guarda relación íntima con él, pues ambos son manifestaciones del poder de disposición que al titular del crédito de la hipoteca corresponde. En este caso, la palabra *podrán* no implica una posibilidad ilimitada ante a que no caben restricciones voluntariamente impuestas, pues cuando se quiere conferir tales efectos, el legislador cuida de determinarlo, como hace en el número 3.º del propio artículo, negándolos a la prohibición de constituir hipotecas posteriores. ¿Por qué este detalle y aquel silencio? Pues porque aquí es razonable este veto legal y allí no, porque la prohibición de constituir otras hipotecas es una prohibición de disponer del dominio, contraria al criterio legal, y la de subhipotecar afecta a un derecho relativo sujeto a normas distintas y en el que es mayor la libertad contractual. En el número 3.º no se hace otra cosa que aplicar al caso concreto el art. 27; en el 4.º, el silencio de la Ley, en contraste con la clara expresión del párrafo anterior, impone una solución distinta.

8.—Supuesto que el pacto prohibitivo de la cesión es válido e

inscribible, hay que aceptar todas sus consecuencias, entre ellas la admisión de aquél que ordene la caducidad de la hipoteca si se contraviniera dicha prohibición, pues no es más que sujetar el derecho real a una condición resolutoria dependiente de la exclusiva voluntad del acreedor, lícita, por lo tanto, según el art. 1.115 del Código civil, *sensu contrario*. Si bien partiendo de la efectividad de la cláusula prohibitiva parece inútil tratar de estas especiales consecuencias, no se olvide que: 1.º Aunque el acreedor no pueda ceder su crédito, podría otorgar el negocio que normalmente produce la cesión, y esto es lo que se sanciona; 2.º Para ingresar en el Registro de la Propiedad, salvando el escollo que el calificador, frente a nuestra tesis, pudiera encontrar en el art. 27 de la Ley Hipotecaria, convendría configurar así la prohibición, pues si la vetada por la Ley dispone de un portillo abierto en la constitución de hipoteca en su garantía, a la referida a una hipoteca en su nacimiento no debe negársele la posibilidad de asegurarla similarmente en sentido inverso: con la extinción de la propia garantía a que afecta.

En resumen:

1.º El pacto prohibiendo la cesión del crédito hipotecario es válido e inscribible porque:

a) Se ampara en la libertad contractual imperante en el Derecho de obligaciones.

b) Su registración la impone el art. 51 del Reglamento Hipotecario, sin que esté comprendido en la prohibición del art. 27 de la Ley.

2.º Los mismos efectos sustantivos y formales se han de reconocer al pacto que ordene la caducidad de la hipoteca para el caso de contravenir la prohibición de ceder.

JOAQUÍN SAPENA

Notario

Temas hipotecarios:

La legitimación del derecho inscrito *

CAPITULO XII

CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL.—EXAMEN DEL ART. 41 DE LA LEY.—EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO Y DERECHOS REALES INSCRITOS

I

CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL

Como decíamos en el capítulo anterior, la legitimación del titular registral equivale a un reconocimiento legal de su aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos de tráfico sobre los bienes y derechos inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad. Y gcza, por ello, de dos fuertes presunciones legales a su favor: la de exactitud e integridad del contenido del Registro y la del goce posesorio del inmueble o derecho real inscrito.

En el orden sustantivo, pues, la inscripción es promulgación, pro-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

banza y credencial de su derecho subjetivo. Y mientras no se cancela aquélla, en tanto no se declara la inexactitud del contenido registral en los términos establecidos en la propia ley», *el titular viene legitimado, activa y pasivamente, para el ejercicio pleno del derecho inscrito.*

La legitimación registral alcanza, por tanto, a las facultades de conservación y defensa de los derechos subjetivos inscritos. Que al exigir de su titular el ejercicio de acciones y pretensiones ante Organismos y Tribunales, le colocan en una evidente posición procesal de privilegio. De ahí el valor substantivo de las llamadas consecuencias procesales de la legitimación registral.

Las consecuencias o efectos procesales de la legitimación registral se establecen en la propia Ley Hipotecaria cuando no vienen deducidos de la formulación general del principio legitimador. Y son de señalar al efecto como esenciales:

- a) Una específica fuerza probante de la presunción de exactitud registral.
- b) Procedimiento especial para el ejercicio de acciones reales derivadas de los derechos inscritos.
- c) Garantías especiales para el ejercicio de acciones contradictorias del dominio o derecho real inscrito.

Estudiaremos por separado los efectos que producen cada una de estas consecuencias procesales de la legitimación registral.

A) *Fuerza probante de la presunción de exactitud registral.*

La presunción legitimadora, como todas las presunciones, se valora en nuestro Código civil, a tenor de sus arts. 1.215 y 1.249, como un medio de prueba indirecta. Pues su eficacia probatoria es resultado lógico de un razonamiento, que tiene su base deductiva en un hecho jurídico que la Ley admite como cierto y que le sirve de antecedente.

La presunción legitimadora es una específica presunción legal cuya finalidad no es otra que liberar al titular registral de la carga procesal que supone *alegar y probar el hecho presumido, este es, la vigencia y titularidad del derecho inscrito o la inexistencia del cancelado.*

Y aun cuando el art. 1.º de la Ley Hipotecaria—de acuerdo con

el art. 1.251 del Código civil—condicionan el valor sustantivo de la presunción legitimadora a la prueba en contrario de la inexactitud registral, el art. 38, párrafo 1º, de la propia Ley Hipotecaria concretamente establece el alcance probatorio de la presunción, a saber: «que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». Añadiendo el art. 97 de la propia Ley que, «cancelado un asiento», se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».

En consecuencia, en tanto no se demuestre de contrario que el Registro es inexacto, el asiento registral proclama una verdad legal cuyos efectos jurídicos son de obligatoria observancia, incluso para el juzgador. Por consiguiente, siempre que en cualquier juicio, proceso o expediente el titular registral tenga que hacer valer—como actor o demandado—la existencia del derecho inscrito, su extensión y límites según la inscripción, la titularidad del mismo o la extinción del derecho cancelado, por ministerio de la ley viene dispensado de toda prueba conducente a acreditar tales extremos (art. 1.250 del Código civil).

En estos casos, como dice ROCA SASTRE, bastará afirmar tales hechos o circunstancias y aportar al juicio, proceso o expediente la oportuna certificación registral, sin necesidad de presentar más títulos, pruebas o justificantes, para que la presunción despliegue toda su fuerza probante. Si bien ello sea sin perjuicio de que la prueba en contrario enerve o destruya la eficacia de la presunción (47). De ahí que su eficacia probatoria deba graduarse siempre teniendo en cuenta las posibilidades más o menos contradictorias del procedimiento en que opera. «Demandante o demandado—afirma J. GONZÁLEZ—, el titular emplea como arma ofensiva o medio de defensa la inscripción, y a su contrario compete la tarea de destruir los fundamentos del derecho subjetivo en que se apoya el ataque o la contestación» (48).

La fuerza probante de la presunción legitimadora no había sido objeto de formulación técnica hasta la última reforma hipotecaria de 1944. De ahí la acusada reserva con que nuestro Tribunal Supremo de Justicia se venía produciendo a este respecto. A lo que contribuía en gran parte la equivocada doctrina que, estimando nuestro

(47) Obra citada, tomo I, pág. 281.

(48) *Principios...*, pág. 144.

Registro de la Propiedad un simple registro de títulos, pretendía valorar la inscripción registral como elemento probatorio de la existencia del título formal que la produce, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.222 del Código civil.

Mas el art. 38 de la nueva Ley Hipotecaria es bien terminante y explícito. Y no permite interpretaciones dubitativas, como así ha reconocido recientemente el Tribunal Supremo en la conocida y alabada Sentencia de 21 de marzo de 1953 al declarar que *«por estar encomendado a los Tribunales el amparo o salvaguardia de los asientos del Registro y a la vez la facultad de declarar su inexactitud o discordancia con la realidad extrahipotecaria, los mismos deben atenderse en este doble cometido a una razonable valoración de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción juris tantum de veracidad registral...»*. Pues *«por virtud del principio de legitimación registral... lo que diga el asiento se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular «secundum tabulas» de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada...»*, por lo que *al no entenderlo así la Sala sentenciadora, que actúa tan sólo en la esfera estricta del Derecho Civil, sin considerar este aspecto hipotecario del litigio, ha infringido el art. 38 de la Ley Hipotecaria»*.

B) Consecuente la propia Ley Hipotecaria con la sustantiva fuerza probante que atribuye la legitimación registral, establece al respecto, en el propio art. 38, párrafo 3.º, un importantísimo efecto que revaloriza el principio y su eficacia procesal. Nos referimos a la llamada—y con tanto acierto—por ROCA SASTRE (49) *tercería registral*; esto es, al obligado sobreseimiento de todo procedimiento de apremio cuando los bienes perseguidos figurasen inscritos a nombre de persona distinta de la apremiada (50).

A tenor del referido precepto:

(49) Ob. cit. Tomo I, pág. 280.

(50) El párrafo 3.º del art. 38 de la L. H.—párrafo 2.º del art. 24 de la Ley de 1909 que introdujo el precepto en nuestra legislación—dispone que *«en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o*

a) El acuerdo de sobreseimiento se producirá *«en todo procedimiento de apremio»* provocado por *«embargo preventivo, juicio ejecutivo u otra cualquiera vía de apremio, contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, inscritos en el Registro, o contra sus frutos, productos o rentas»*.

La amplitud con que se manifiesta el legislador evidencia que el sobreseimiento se producirá en cualquiera clase de procedimiento de apremio civil, criminal o administrativo. Incluso, como entiende ROCA SASTRE siguiendo a GAYOSO (51), «en trámite cautelar de juicios universales de testamentaría o abintestato, concurso y quiebra.

b) La circunstancia determinante del sobreseimiento es *que los bienes o derechos apremiados estén inscritos en el Registro*. Y a tal respecto es de entender que el concepto de inscripción debe apreciarse en amplio sentido. Opinamos con ROCA que el precepto debe ser aplicable al caso de anotaciones de embargo de legado de cosa inmueble específica propia del testador y al de anotaciones de suspensión en general, supuestos en los cuales opera el principio de legitimación.

c) El proveído de sobreseimiento habrá de producirse *de oficio y «en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes y derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento»*. La determinación de *cuál deba de ser este instante procesal* exige distinguir al respecto:

1) Si los bienes objeto del apremio figurasen inscritos a nombre de persona distinta del deudor ejecutado *con anterioridad* a la iniciación del procedimiento, al interesarse del Registro la anotación

rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes, respecto de los cuales se suspende el procedimiento».

El art. 9.º, párrafo 1.º, de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, de 1 de julio de 1911, inspirándose sin duda en la L. H. de 1909, se produce en términos análogos al disponer que «Si en el procedimiento administrativo se hubieren embargado bienes inmuebles que estuvieren inscritos con anterioridad a la fecha de origen del débito a favor de persona distinta del deudor, se sobreseerá desde luego en cuantos a tales bienes.»

(51) Ob. cit. Tomo I, págs., 273 y 274.

preventiva del embargo, ésta habría de ser denegada por aplicación automática del art. 20 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, el *mandamiento* conteniendo la nota denegatoria de anotación, *una vez incorporado a los autos, deberá ser la circunstancia determinante del sobreseimiento*. Sin embargo, el precepto legal exige—según hemos visto—se acredite tal extremo por certificación del Registro.

2) Si los bienes embargados pertenecieran a persona distinta del ejecutado *con anterioridad* a la fecha de su embargo, aunque figurasen inscritos en el Registro a nombre del apremiado, su verdadero dueño puede lograr que se sobresea el procedimiento inscribiendo los bienes a su favor y acreditando tal extremo con la oportuna certificación registral *«en cualquier instante»*, con tal de que el procedimiento no estuviera concluso.

3) Cuestión distinta es la que puede producirse por causa de la transferencia a tercera persona de los bienes ya anotados preventivamente. Pues en tal supuesto, y por efecto de la fe pública registral, el tercer adquirente deberá ser perjudicado, siempre, por el resultado del procedimiento de apremio (art. 32 de la Ley Hipotecaria). No obstante, el párrafo último del propio art. 38, en términos análogos a los que establece el art. 134 de la Ley Hipotecaria para el tercer poseedor de finca hipotecada, le reconoce la facultad de personarse en el procedimiento y subrogarse en el lugar del deudor ejecutado. Siempre, claro está, «antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca», esto es, antes de que el procedimiento hubiera terminado.

d) Establece asimismo el párrafo 3.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria una excepción al riguroso precepto del sobreseimiento. Tal es el supuesto de que, aun acreditándose que los bienes embargados figurasen a nombre de persona distinta del ejecutado, el procedimiento se siguiera contra éste «en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro».

e) Reconoce por último el párrafo 3.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria las facultades que asisten al acreedor en los supuestos de sobreseimiento del procedimiento iniciado a su instancia. Y que son, lógicamente :

- 1) Perseguir en el mismo juicio o proceso otros bienes del deudor.
- 2) Ventilar en el juicio correspondiente el derecho que cre-

vera asistirle en cuanto a los bienes que provocan el sobreseimiento. Y de triunfar en tal juicio, continuar el procedimiento de apremio sobreseído que, a tales efectos, considera en «*suspense*» el citado artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

II

EXAMEN DEL ART. 41 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria—complementado con los artículos 137 y 138 del Reglamento Hipotecario—desenvuelve los trámites de un «procedimiento» especial para el ejercicio de acciones reales por el titular registral. Y antepone a dicha normativa procesal una previa y concreta enunciación de los requisitos o circunstancias, subjetivos u objetivos, exigidos para la viabilidad del procedimiento. Así dispone en su párrafo primero:

«Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificado del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.»

La instauración de este procedimiento especial de ejecución es una técnica consecuencia procesal de la legitimación registral. Y se apoya, lógicamente, en las sustantivas presunciones de exactitud del contenido del Registro. Así lo proclama la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944: «Los principios de legitimación y fe pública registral—dice—sufrirían considerable agravio de no ser aplicados hasta sus últimas *consecuencias*. Si los asientos registrales se presumen exactos e íntegros y al tercero a título oneroso sólo le afectan las cargas y condiciones que consten en el Registro, *no puede darse a la inscripción, prima facie, un valor inferior al de cosa juzgada.*»

Y en términos de elocuente precisión y evidente autoridad, añade: «en el ejercicio de acciones reales dimanantes de derechos inscritos, el principio de contradicción... no puede entrar en juego con tal

premura o latitud que equivalga a poner en entredicho o a tratar con injustificado recelo declaraciones oficialmente tamizadas, dignas de equipararse a los títulos ejecutivos y de otorgarles la confianza que estos merecen. En eventos semejantes, *no es preciso formar la convicción del juez*. La naturaleza, condiciones y efectos de los *derachos que sirven de base al procedimiento, aparecen tan claramente definidos en los asientos registrales, que, por ministerio de la Ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario.*»

No se pretende, pues, a través del nuevo procedimiento de ejecución, el simple restablecimiento de un disfrute posesorio interrumpido como en la Ley Hipotecaria de 1909. Ni el reconocimiento judicial de un mejor derecho a poseer, como en la reforma del artículo 41 por el R. D.-Ley de 1927. La nueva redacción del art. 41 en la Ley Hipotecaria de 1946 responde a conclusiones técnicas más perfectas y acabadas. Pues el «procedimiento» que instaura constituye un *típico ejemplo de amparo judicial al legitimado ejercicio de los derechos inscritos*. Si la inscripción registral «tiene un valor no inferior al de la cosa juzgada», lógico resulta—mientras no se demuestre su inexactitud—atribuir al titular inscrito el disfrute de un *amparo especial prestado ejecutivamente y por autoridad judicial*, cuando algún acto obstructivo contrario impide la realidad del goce o posesión de su derecho, para el que viene legitimado por el art. 38 de la propia Ley Hipotecaria. La finalidad del precepto justifica, pues, la técnica procesal de su desenvolvimiento. Y en ella conviene subrayar *dos puntos* muy esenciales antes de estudiar la sustanciación y efectos del «procedimiento». Nos referimos a su discutida *naturaleza jurídica* y a sus *presupuestos procesales*.

A) *Naturaleza jurídica del proceso.*

Ha sido objeto de fuerte polémica por un gran sector de la doctrina. Y hasta de inseguridades y vacilaciones en el campo legislativo.

Entre los *hipotecaristas*, CIMIANO califica este nuevo procedimiento de *similar a los interdictos* (52). MARTÍNEZ CORBALÁN destaca

(52) «Breves consideraciones acerca de la reciente e importantísima reforma de la L. H.», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Año 1945, página 23.

su carácter ejecutivo, pero le califica de procedimiento híbrido y *sui generis*, que no permite ser encuadrado en los tipos clásicamente conocidos (53); criterio en parte coincidente con el de VALLE FUENTES, para quien su *carácter especial* le configura como un típico proceso provocatorio (54).

Para SANZ, «no es posible dar una calificación exacta al procedimiento del artículo 41 si se le quiere encuadrar en alguno de los tipos admitidos por la doctrina o por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, ya que ninguno de ellos conviene en la plenitud de sus caracteres». No obstante, aprecia en el mismo algunas características de los clásicos procesos ejecutivos, del proceso de cognición y hasta de la jurisdicción voluntaria. Y le califica de *procedimiento especial* (55). Para AZPIAZU, se trata de un *proceso ejecutivo especial*, que se produce con carácter puro cuando no surge oposición (56). Según LA RICA (57), el nuevo artículo 41 de la Ley Hipotecaria concede fuerza ejecutiva provisional a los pronunciamientos registrales, equivalentes a un previo juicio declarativo y cuya resolución produce efectos ejecutivos en un *proceso especial*. ROCA SASTRE, en fin, destaca sobre todas sus notas características su fuerza ejecutiva, en el estricto sentido de ejecución de sentencia (58).

Entre los *procesalistas* tampoco se ha logrado una coincidencia de opiniones. Y así vemos que PLAZA advierte un proceso de cognición *inertado* en otro de ejecución—proceso montado a dos vertientes—como en los típicos procesos de intimación (59). Para HERCE QUEMADA se trata de un *proceso especial* de conocimiento *sumario* (60). LOIS ESTEVEZ configura este procedimiento como un *proceso autónomo provocatorio y de naturaleza formal*, compuesto de dos fases: la *provocatoria*, iniciada con la demanda, y una *segunda fase* que puede ser *contradictoria* si se produce reconvencción, o ejecutiva si

(53) «Más sobre los arts. 38 y 41 de la vigente L. H.», en la citada REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1946, pág. 530.

(54) «Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la L. H.», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1946, págs. 12 y ss.

(55) «Instituciones...» Tomo I, págs. 340 y 341.

(56) «Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de perfiles del proceso establecido en el art. 41 de la L. H.». Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios; 1953, pág. 10.

(57) «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria», pág. 116.

(58) Ob. cit. Tomo I, pág. 321.

(59) «Derecho Procesal civil», Tomo II, págs. 302 y ss.

(60) GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: «Lecciones de Derecho Procesal», Tomo I, pág. 435.

no la hay (61). Para PRIETO CASTRO, según el propio LOÍS (62), el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria *no es un procedimiento de ejecución* por más que pueda tener o tenga, como otros procesos, su correspondiente fase ejecutiva. Para GUASP, en cambio, *la teoría de la ejecución es en definitiva la preferible* y sin que la existencia de oposición la contradiga, pues tal oposición, por su carácter estrecho y limitado y necesitada de caución, puede concebirse como una fase anormal y de excepción en el procedimiento (63).

En el terreno legislativo puede apreciarse también la indecisión y la inseguridad. Y así vemos cómo en el Anteproyecto de Reforma del Código civil y de la Ley Hipotecaria—previo al Proyecto de Reforma Hipotecaria de 1944—y bajo la rúbrica de «Acción Real» se decía: que «*Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios podrán ejercitarse mediante los trámites de ejecución de sentencia*». El artículo 41 de la Ley de Reforma Hipotecaria de 14 de diciembre de 1944, dijo que «*Las acciones reales, etc.... podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución*». Y el citado artículo, en el texto refundido de la nueva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946—rectificando el texto aprobado en Cortes—, concluyó diciendo que «*Las acciones reales... podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes*». Más tarde, sin embargo, y como hace resaltar ASPIAZU (64), el Código de la Propiedad del Africa Occidental Española de 1949 vuelve a destacar el *carácter ejecutivo del proceso*, al proclamar que «*Las acciones reales... podrán ejercitarse por el procedimiento especial de carácter ejecutivo que señalan los párrafos siguientes*».

Algo existe de común, sin embargo, en las abundantes y más o menos dispares opiniones doctrinales que quedan reseñadas. Pues todas reconocen en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, de una parte, el *carácter ejecutivo de la actuación del Juez*, cuya conducta va encaminada a dar entrega material del inmueble o a poner en el goce actual del derecho inscrito al titular registral que demanda, y, de otra parte, *sus notas de sumariidad en el trámite y de provisionalidad o limitación de efectos de la cosa juzgada*, circuns-

(61) «Una reaparición del proceso provocatorio», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año 1949, págs. 74 y ss.

(62) Trabajo citado, pág. 61.

(63) «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», pág. 57, nota.

(64) Trabajo citado últimamente, pág. 8.

tancias que, en definitiva, le cualifican como *un proceso especial de ejecución*, en armonía con la naturaleza de la tutela jurídica solicitada.

Como dice ROCA (65), el procedimiento establecido en el art. 41 se inicia o plantea como proceso directamente encaminado a la efectividad del derecho real inscrito, exige que las personas contra las cuales se sigue el procedimiento sean «emplazadas» a la manera de una *citación* de remate en el procedimiento ejecutivo ordinario y las enfrenta con el dilema de sufrir la ejecución en marcha o demandar, reconviniendo en forma tasada y mediante caución, al titular registral que pretende la efectuación del derecho inscrito. La fase de cognición, por tanto, es eventual y en todo caso va dirigida no a discutir la legitimidad del derecho inscrito—premisa indiscutible del proceso—sino a oponerse a la ejecución o efectividad del mismo. De ahí que, fracasada la oposición o transcurrido el plazo sin ser ejercitada, «la ejecución sigue adelante» hasta hacer efectiva realidad la situación jurídica inscrita en el Registro, por fuerza de un *imperativo legal* «y no porque el Juez esté convencido de la existencia del derecho del titular registral».

B) *Presupuestos procesales del procedimiento.*

El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria también exige *requisitos previos o presupuestos* que garanticen la validez y eficacia de su sustanciación. Afectan tales presupuestos procesales al órgano judicial, a las personas intervinientes en el proceso, al objeto del mismo y a sus causas instrumentales de iniciación.

a) *En cuanto al órgano judicial*, los artículos 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento Hipotecario definen la competencia para conocer y decidir esta clase de procesos en favor de la jurisdicción ordinaria civil. Concretamente a los Jueces de Primera Instancia, cualquiera que fuese la cuantía de los bienes, y con apelación ante las Audiencias Territoriales.

La competencia judicial queda sometida, no obstante, al *forum rei sitae* o lugar de radicación de las fincas y a la total prohibición de acumular los autos de este procedimiento (art. 137, Reglas primera y novena del Reglamento Hipotecario).

(65) Ob. cit., Tomo I, págs. 326 a 328. Véase también a RODRÍGUEZ SOLANO en «El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1945, págs. 141 y ss.

Aunque ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario hablan de ello, ROCA SASTRE (66) y también ASPIAZU (67), consideran irrelevante la excepción de *litis pendencia* en este procedimiento en razón a que, al no producir excepción de cosa juzgada sus resoluciones, no provocan la excluyente incompatibilidad de sentencias, consustancial a la *litis pendencia*.

b) *En cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso*, los citados preceptos legales definen su condición de partes, *activa y pasivamente*.

La *legitimación activa* tan sólo se reconoce al *efectivo titular registral*. En términos tan concretos y precisos que, aun cuando por una cuestión de principio pudiera reconocerse legitimación activa para iniciar este procedimiento a los herederos del titular registral, la regla segunda del artículo 137 del Reglamento Hipotecario se produce en forma que no da lugar a dudas (68). En cambio, sí es de admitir personalidad para promover el procedimiento a cualquiera de los condueños (69).

Están *legitimados pasivamente* para ser demandados, «la persona o personas designadas por el propio titular demandante como *causantes del despojo o perturbación de su derecho*» (art. 41, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Y exige el citado artículo—párrafo primero—, que los actos que impidan o perturben el ejercicio del derecho inscrito no podrán estar amparados en un título jurídico igualmente inscrito. Y aun en este último supuesto, que «el título no fuese bastante para legitimar los actos en que la perturbación consista» (art. 138, Reglamento Hipotecario).

c) *El objeto del proceso ha de concretarse necesariamente en un derecho inscrito* (70). Pues a tenor del párrafo 1.º del citado artícu-

(66) Ob. cit. Tomo I, pág. 311, nota 2.

(67) «*Duplica...*» en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año de 1949, pág. 361.

(68) Para WOLF, la presunción de existencia del derecho inscrito alcanza en su legitimación a los herederos y demás sucesores universales del titular registral. (Obra citada, T. III V. I., pág. 240, nota 3.) También PARRA JIMÉNEZ defiende que los herederos del titular registral pueden accionar el procedimiento del art. 41. («Los asientos del Registro y la legitimación del titular para el procedimiento del art. 41 de la L. H.», en R. C. DE D. I. Año 1951, pág. 760.)

(69) ROCA SASTRE, obra cit. T. I, pág., 212.

(70) En opinión de ASPIAZU y de ROCA, deben entenderse comprendidos en el concepto de derechos inscritos, a los efectos de este procedimiento,

lo 41 de la Ley Hipotecaria, tan sólo «pueden ejercitarse por este procedimiento las acciones reales procedentes de los *derechos inscritos*». Y es de advertir, al respecto, que en opinión casi unánime de la doctrina, resulta indiferente que el dominio inscrito lo esté en virtud de asiento de *inmatriculación*. Y hasta que haya transcurrido o no el plazo de dos años que exige el artículo 207 de la Ley Hipotecaria para los supuestos inmatriculadores por título público de adquisición (71). Pues como es sabido, la legitimación registral no exige más requisito técnico que la presunta exactitud de los asientos del Registro para desarrollar toda su fuerza operante.

El propio art. 41 exige, asimismo, que el asiento registral reúna dos requisitos esenciales para que el procedimiento pueda sustanciarse, a saber: *que se halle vigente y que no figure contradicho*. Requisitos legales cuya apreciación no deja de ofrecer complicaciones.

De una parte, porque al exigir dicho precepto que *se acredite* la «vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente *por certificación del Registro*», atribuye al Registrador la concreta facultad y específico deber de prejuzgar los conceptos contradictorios del derecho inscrito y declarar la existencia o inexistencia registral de los mismos a través de su certificado. Aunque más tarde haya de ser el Juez quien, dentro del procedimiento, aprecie y decida en definitiva si existe o no tal contradicción.

De otro lado, porque apreciar «la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente» es extremo difícil de calificar. Pues si a tenor del principio cancelatorio proclamado en el art. 76 de la Ley Hipotecaria la simple vigencia o extinción del asiento es fácil acreditar, el concepto de *contradicción* ya no es tan claro. Lo prueba el hecho de haber provocado intrincadas discusiones doctrinales la delimitación de su alcance.

Y así vemos cómo para ASPIAZU, en el concepto de *contradicción* deben comprenderse tan sólo los casos de *doble inmatriculación*, de *inscripción caducada pero no cancelada* y de simple *presentación en el Diario* de una sentencia de *nulidad o rectificación de la inscrip-*

los derechos constatados en anotaciones preventivas de suspensión, siempre que sean relativas al dominio de derechos reales inmobiliarios. (Obra citada, tomo I, pág. 308.)

(71) En contra de esta opinión, SANZ FERNÁNDEZ («Instituciones...» Tomo I, pág. 345.) Y también VALLÉ DE GOYTISOLO («Los arts. 28 y 207 de la L. H. y el principio de legitimación registral», en R. C. DE D. I., año de 1947, pág. 476.)

ción (72). Según CABELLO, la contradicción puede, además, surgir del propio asiento, en cuanto constate una *condición*, plazo, etc., que impida al titular el ejercicio de acciones reales (73).

Para ROCA SASTRE, la contradicción *abarca la anotación preventiva de demanda, la nota marginal acusando la doble inmatriculación, la anotación preventiva de suspensión de una transmisión del derecho inscrito y la presentación en el Libro Diario de un título que una vez registrado hubiera de producir la extinción del asiento vigente* (74). Y LA RICA entiende que en el concepto de anotación de demanda habrán de incluirse las *anotaciones en que se pida la nulidad o cancelación de la inscripción*, a las cuales se refiere el art. 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, las *anotaciones de demanda reivindicatoria* comprendidas en el número 1.º del art. 42 de la Ley, y las *anotaciones preventivas de demanda en favor de quienes se crean con derecho a los bienes inmatriculados* y a las cuales hace referencia el art. 298, párrafo último, del Reglamento Hipotecario (75). Y DOMÍNGUEZ DE MOLINA, por el contrario, sostiene que la anotación preventiva de demanda no puede estimarse como causa de contradicción que impida, suspenda o entorpezca en modo alguno el procedimiento del artículo 41 (76).

En realidad y como acertadamente concluye ROCA, *a la letra del precepto* contenido en el párrafo 1.º del art. 41, las anotaciones preventivas de demanda de propiedad han de considerarse incluidas en la expresión legal de «*sin contradicción alguna*». Aun cuando por naturaleza tales anotaciones resulten extrañas a los efectos jurídicos de la legitimación registral. Pues si ellas tienen por finalidad el *advertir a terceros* adquirentes de posibles causas de nulidad, resolución, rescisión, revocación, etc., lógico resulta deslindar su esfera de acción—el campo de la fe pública registral—del más concreto y limitado de la legitimación registral, que opera inter partes. Y por

(72) «Criterio de autoridad», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1948, pág. 707. Y en «Dúplica. Las anotaciones de demanda y el art. 41 de la L. H. Final de una polémica», en la misma Revista, año 1949, página 361.

(73) Notas a un estudio de ASPIAZU, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1948, pág. 713.

(74) Ob. cit., t. I, pág. 309.

(75) «Las anotaciones de demanda y el art. 41 de la Ley Hipotecaria», en «Revista de Derecho Privado», año 1949, pág. 95.

(76) «La anotación preventiva de demanda como elemento de contradicción en el procedimiento del art. 41 de la L. H.», «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1953, pág. 147.

ende, reconocer al titular inscrito, por el solo hecho de serlo, el específico amparo judicial que regula el art. 41, «aunque el Registro acuse la existencia de una anotación de demanda de propiedad» (77).

Tal vez como una reacción frente a esta denunciada incongruencia entre la letra de la Ley y la naturaleza del principio que desarrolla se ha abierto paso, últimamente, una posición de tipo ecléctico o transaccional que concreta la *contradicción* operada por anotaciones preventivas de demanda de propiedad tan sólo en las provenientes de procedimientos iniciados anteriormente por el sujeto contra el cual se provoca el proceso de ejecución (78). Así lo proclama ASPIAZU, quien aprecia un cierto propósito legislativo de mitigar el rigorismo del precepto hipotecario contenido en el art. 41 de la Ley Hipotecaria, al redactar su gemelo, el art. 81 del vigente Código de la Propiedad Territorial del A. O. E., de 1949, en cuyo texto ya no se incluye la frase «sin contradicción alguna» a la vez que se introduce una nueva causa de oposición en el referido proceso ejecutivo, cual es la *litis pendencia* provocada con anterioridad a la iniciación del mismo por el propio demandado (79).

d) *Causas de originación del «procedimiento».*

A tenor del párrafo 1.º del art. 41, provoca u origina el proceso especial de ejecución «el ejercicio de las acciones reales procedentes de los derechos inscritos». Denominación civilista que, sin duda alguna, comprende toda pretensión procesal de amparo en la *posesión y disfrute* de los mismos. Y que la doctrina concreta en las llamadas acciones *reivindicatoria, confesoria, negatoria, de precario, u otra análoga de carácter real* dirigida a lograr el restablecimiento de un orden jurídico perturbado *por actos impeditivos o inquietadores* de la posesión o disfrute *del derecho inscrito*. Y en opinión de ROCA (80), debe considerarse incluida, también, la *acción rescisoria de dominio* admitida en Cataluña y Navarra y dirigida a dejar sin efecto la prescripción consumada contra un ausente o persona imposibilitada de evitar la prescripción.

Habrà que tener, pues, por excluidas de la esfera ejecutiva de este procedimiento a las acciones *declarativas universales y publi-*

(77) Ob. cit., tomo I, págs. 310 y 311.

(78) ASPIAZU atribuye a CABELLO la paternidad de esta posición doctrinal en «Algunas ideas en torno...» C. E. H., págs. 26 y 27.

(79) Trabajo últimamente citado, pág. 27.

(80) Ob. cit., tomo I, pág. 316.

ciana, así como las simplemente petitorias del *jus possessionis*. Pues, como bien dice este último autor (81), en el proceso de ejecución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el actor no es un vulgar poseedor que pide al Juez ser mantenido o reintegrado en su posesión, sino un propietario inscrito no poseedor, que hace valer su *ius possidendi* para lograr la plena efectividad de su derecho. Y que por estar inscrito, precisamente, la Ley presume que existe y le pertenece «a todos los efectos legales».

Así lo confirman diferentes Decretos de la Presidencia del Gobierno que, con ocasión de resolver cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales, han coincidido en declarar que las presuntas situaciones posesorias derivadas de la mera inmatriculación de fincas en Catálogos o Censos administrativos no pueden prevalecer al enfrentarse con los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad. Y mucho menos, interrumpir un procedimiento normal de actuación de pretensiones fundadas en un derecho inscrito, que exigiría su apoyo en un precepto legal expreso que así lo excepcionase, el cual no existe (82).

Digamos, por último, que el ejercicio de las acciones reales a través del proceso de ejecución del art. 41 de la Ley Hipotecaria no tiene más limitación en el tiempo que el que pueda derivar de la usucapción consumada en favor del demandado. En tanto éste no hubiese usucapido la finca, las acciones reales derivadas de los derechos inscritos pueden ser ejercitados en este «procedimiento». Y sin que pueda aceptarse la contraria opinión de GARCÍA VALDECASAS (83), que la limita al año y día, como en los interdictos de recobrar (artículo 1.653, L. E. C.), ya que la diferente naturaleza de la *possessio*

(81) Ob. cit., tomo I, págs. 318 y 319.

(82) Véase a J. GONZÁLEZ PÉREZ en «El proceso del art. 41 de la L. H. y los montes públicos catalogados», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1950, pág. 30.

(83) «La posesión incorporal del despojado y la posesión de año», en Revista de Derecho Privado. Año 1946, pág. 425. Y también SANZ FERNÁNDEZ viene a coincidir con esta opinión en sus conocidas «Instituciones de Derecho Hipotecario», tomo I, pág. 355. En contra, entre otros: ROCA SASTRE (Obra cit., tomo I, pág. 320); VILLARES PICO («La posesión y el Registro», en R. C. DE D. I., año 1947, pág. 442); GIMENO GAMARRA («La oposición del poseedor en el proceso del art. 41 de la L. H.», en la misma Revista, año 1947, pág. 678); GONZÁLEZ PÉREZ («Los problemas de admisibilidad en el proceso del art. 41 de la L. H.», en Revista citada, año 1951, página 127), y ASPIAZU («Algunas ideas en torno...», C. E. H., año 1953, páginas 14 y 19).

ad interdicta y la que deriva de la legitimación registral impone técnicas distintas en la organización procesal de su respectiva tutela jurídica.

C) *Sustanciación del procedimiento.*

Según hemos explicado, en la sustanciación del procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria hay que distinguir dos fases: *provocatoria y decisoria.*

Primera fase: Provocatoria.

Pueden distinguirse en esta fase primera tres momentos procesales bien diferenciados, a saber: *La postulación, la admisión y emplazamiento y la adopción de garantías.*

a) *Postulación.*

A tenor de la regla segunda del art. 137 del Reglamento Hipotecario, se iniciará el procedimiento por *un escrito (84) del titular registral* en el cual se expresará:

1.º Reseña del título adquisitivo y de su inscripción en el Registro.

2.º Exposición de los hechos obstativos del derecho inscrito o que perturben su ejercicio.

3.º Nombre, apellidos y domicilio del opositor o perturbador.

4.º Para el supuesto de ser necesaria, cuantía de la caución exigible al demandado para responder de la devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas.

5.º Indicación de las medidas precautorias que el titular estime adecuadas para asegurar en todo caso la resolución que recayere en el procedimiento.

6.º La súplica, con las peticiones correspondientes.

Con el escrito inicial también deberán presentarse los siguientes documentos acompañatorios:

1) Certificación literal del Registro de la Propiedad, que acre-

(84) Según LOIS ESTEVEZ, el escrito iniciador de este proceso «es una verdadera demanda documental», pues contiene todos los requisitos esenciales para otorgarle esta calificación.

dite expresamente la vigencia sin contradicción alguna del asiento que faculta al titular para incoar el procedimiento.

2) El título adquisitivo, del cual, en realidad, lo *único que interesa es su nota al pie; acreditativa de la inscripción del mismo* en el Registro de la Propiedad. Pues, como el propio art. 137 del Reglamento Hipotecario—párrafo 2.º de la regla segunda—reconoce, es «*el asiento vigente y sin contradicción el que faculta al titular para incoar el procedimiento*» (85).

3) Poder bastante del procurador que representa al titular demandante.

b) Admisión y emplazamiento.

Como advierte ROCA (86), aunque ni los artículos 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento Hipotecario lo digan, debe entenderse que el Juez examinará los documentos presentados y si los encuentra bastantes para provocar la iniciación del procedimiento lo acordará así y mandará sustanciarlo. Si bien es de advertir que contra el auto que admita o deniegue el procedimiento cabrá el recurso de reposición y el subsiguiente de apelación, en un solo efecto, a tenor de la regla 10 del art. 137 del Reglamento Hipotecario.

El emplazamiento del demandado o demandados se verificará según lo dispuesto en el art. 270 y siguientes de la Ley de E. C. para que en término de seis días (87) se personen en autos. Y cuando el emplazamiento se hubiese practicado por edictos y en el término señalado no compareciere el demandado, se le volverá a emplazar por doce días más, bajo el apercibimiento, si no comparece, de practicar cuantas diligencias fuesen necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito, incluso el lanzamiento de la finca si procediera.

c) Adopción de garantías.

Un tercer momento puede apreciarse en esta primera fase provocatoria, cual es el de adopción de adecuadas *medidas precautorias*

(85) En contra, SANZ FERNÁNDEZ (Ob. cit., tomo I, pág. 339), a quien combate ROCA SASTRE, para el que la equivocada posición de SANZ se funda en el error de concebir la legitimación registral como un simple refuerzo del título inscrito (Ob. cit., tomo I, pág. 342, nota 1).

(86) Ob. cit., tomo I, pág. 343.

(87) El Decreto de 10 de diciembre de 1949, regulando el régimen de la Propiedad Territorial en el A. O. E., fija este plazo en veinte días.

para garantizar el resultado del procedimiento. Medidas que, a tenor de la regla tercera del artículo 137 del Reglamento Hipotecario, pueden ser adoptadas en cualquier momento. Al admitirse la demanda o después. Y que habían de acomodarse a las señaladas en la Ley de E. C. ; art. 1.419 (intervención judicial en la administración de la finca), art. 1.663 (suspensión de obras en ejecución) y art. 1.428 (otras medidas que decida el Juez según la circunstancia del caso o a cualquiera otra que fuera procedente.

Segunda fase : Decisoria.

Como ya tenemos dicho, el escrito inicial del procedimiento coloca al demandado ante la alternativa de consentir y soportar la ejecución o de oponerse a ella. De ahí las dos direcciones en que puede desembocar la fase decisoria del proceso : *la puramente ejecutiva o la contradictoria.*

a) Supuesto de ejecución pura.

A tenor de la regla quinta del citado artículo 137 del Reglamento Hipotecario ante la pasividad del demandado frente a la provocación procesal, es decir, si el emplazado o emplazados no comparecieren en el término o términos señalados, o si compareciendo se allanaren a la demanda, o no formularsen la de contradicción, o formulándola no prestaren la caución señalada por el Juez, éste dictará *auto* acordando la práctica de *cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito*, conforme a lo pedido y a lo dispuesto en los arts. 926 y 1.596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativos a la ejecución de sentencias en general y a las de desahucio en particular. Y si los emplazamientos se hubieran hecho por edictos y el emplazado no hubiese comparecido, el Juez, antes de dictar el auto de ejecución, podrá acordar, de oficio y para mejor proveer, «la práctica de las diligencias que estime necesarias—en plazo que no podrá exceder de un mes—para comprobar si se han cumplido los *requisitos de la ejecución*».

Los pronunciamientos que debe contener el auto decisorio de la ejecución habrán de ser, en definitiva, los siguientes :

1.º Apercibir de lanzamiento al ejecutado si no desaloja voluntariamente la finca en los plazos que fijan los arts. 1.596 y 1.597, y

acuerdo de proceder al lanzamiento efectivo una vez transcurridos dichos plazos, sin prórroga ni consideración de ningún género y a costa del ejecutado (art. 1.599).

2.º Orden de demolición, en su caso, de obras o edificaciones en los términos que autoriza el art. 1.675 de la propia Ley de Enjuiciamiento civil.

3.º Cuando fuese procedente y así se hubiera solicitado, la forma y plazo para la entrega o devolución de frutos, impensas, etc., así como la indemnización de daños y perjuicios.

4.º Cualquiera otra diligencia que fuese necesaria para lograr la plena efectividad del derecho inscrito.

5.º La oportuna condena en costas.

b) *Supuesto de oposición.*

La oposición del demandado interrumpe el trámite ejecutivo del procedimiento. Sin embargo, esta interrupción no rompe la unidad del proceso, ni hace cambiar en nada su especial naturaleza jurídica. Pues aún en el supuesto de que la oposición estuviera fundada y fuese estimada por el Juez, los pronunciamientos decisorios del procedimiento habrían de concretarse a denegar la ejecución instada por el demandante y absolver al demandado y opositor. Ello revela, como dice LA CONCHA (88), que este proceso ejecutivo forma un todo unitario y que la oposición al mismo no es más que una *incidencia*, que obliga al demandado a actuar a modo de reconviniente (89).

El citado art. 41 de la Ley Hipotecaria, en sus párrafos cuarto y sexto, exige para que pueda sustanciarse cualquiera oposición, dos requisitos esenciales, a saber: la previa y suficiente *caución* y la formalización de *demanda contradictoria* con apoyo legal, tan sólo, en las causas señaladas en el propio art. 41.

a' En cuanto a la *caución*, establece el art. 137 del Reglamento Hipotecario en su regla sexta, que en el mismo acto de la compare-

(88) «Cuestiones procesales que plantea el art. 41 de la L. H.», en «Revista General de Derecho», año 1949, pág. 477.

(89) ROCA y también DE LA CONCHA, PÉREZ VICENTE y RODRÍGUEZ SOLANO, admiten que el demandado y reconviniente puede utilizar el beneficio de pobreza en términos que autoriza el art. 23 de la Ley de E. C. (Ob. cit., tomo I, págs. 350 y 351, nota 1). Asimismo, un auto de la Audiencia Territorial de Valencia, de 11 de febrero de 1949, admite el beneficio de pobreza en este procedimiento.

cencia se requerirá al demandado para que preste la caución adecuada que exige la Ley, en la cuantía solicitada por el titular registral demandante, si el Juez la encontrara justa. Pudiendo reducirla a su prudente arbitrio si la estimase excesiva. Y añade el citado precepto, que dicha caución cuyo plazo para constituirla nunca podrá exceder de quince días, no se exigirá cuando el titular registral renunciase a ella expresamente.

Aunque ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario determinan la clase o tipo de la caución, parece indudable que puedan admitirse cualquiera de las formas hipotecarias, pignoraticia y personal. Mas no la llamada «caución juratoria», aunque el demandado hubiese solicitado el beneficio de pobreza (90).

b' Una vez prestada la caución, disponen el párrafo cuarto del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la regla séptima del Reglamento Hipotecario que se concederá al demandado un plazo de diez días para formular *demanda de contradicción*, cuyos requisitos formales habrán de acomodarse, naturalmente, a la norma general del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

c' *Causas de la oposición*.—Dispone de modo expreso el párrafo sexto del art. 41 que la demanda de contradicción *tan sólo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes*:

1.^a *Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada.*

2.^a *Poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito, según el art. 36.*

3.^a *Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del contradictor.* En este caso, el opositor deberá presentar, a su vez, certificación del Registro que acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento que constate su derecho (regla octava del artículo 137 del Reglamento Hipotecario).

(90) Rechaza la «caución juratoria» un auto de la Audiencia Territorial de Valencia, de 24 de diciembre de 1941, por entender que el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil solamente la permite a los efectos de interposición de recursos.

4.ª *No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el contradictor.*

Como reconoce ASPIAZU (91), las causas primera, tercera y cuarta son de estricto valor registral y su técnico encaje en la sustanciación del incidente de oposición no ha suscitado problemas. La que «cobija todos los posibles derechos del contradictor y tiene marcado sabor procesal es la causa segunda, de tan nebulosos contornos». Por ello, precisamente, nos detendremos a considerarlo. Y a tal efecto, distingamos en primer término las dos causas que pueden justificar la posesión del demandado y contradictor, a saber: *el contrato u otra directa relación jurídica* del opositor con el último titular o titulares anteriores, y *la prescripción a su favor contra el Registro*, en los términos que admite el art. 36 de la Ley Hipotecaria.

1) *En la posesión con título*, que es el supuesto más frecuente, han de comprenderse, como advierte ROCA, los casos en que se ejerce el *ius possidendi* (92), como una facultad integrante del dominio o derecho real y aquellos otros en que el poseedor apoya su situación jurídica en el *ius detinendi* anejo a las relaciones provenientes del arrendamiento, comodato, precario, sequestro u otra relación jurídica análoga. En unos y otros supuestos, la posesión del demandado siempre se reputará fundada en *título, causa o razón jurídica* que justifica su oposición a las pretensiones del titular registral demandante.

Asimismo es de entender que el título posesorio que alega en contradictor y que habrá de apoyarse, según el precepto legal, el contrato u otra cualquiera relación jurídica *directa* con el último titular o con titulares anteriores, debe ser valorado con amplio criterio. Y estimar como *causas originadoras de la posesión tanto los actos y negocios voluntarios como las atribuciones legales para poseer* (usufructos legales, v. g.), siempre que las relaciones jurídicas legitimadoras de los actos posesorios del contradictor unan a éste *directamente* con el demandante o con otro titular anterior, inscrito o no, de quien el último traiga causa.

Sin embargo, *en ningún caso la posesión proveniente de título no inscrito podrá prevalecer contra una titularidad inscrita y amparada en el art. 34 de la Ley Hipotecaria*. Aunque tal situación posesoria conecte directamente con un titular anterior al demandante. Así

(91) «Algunas ideas en torno...». Publicación del C. E. H., pág. 11.

(92) Ob. cit., tomo I, pág. 358.

lo impone el art. 32 de la propia Ley Hipotecaria, orientado a la defensa del tercero y cuya inmunidad declara de modo categórico frente a títulos no inscritos.

2) La pretensión ejecutiva del titular registral también puede ser contradicha con base en la *posesión* de la finca o disfrute del derecho real «ejecutado» *por título de prescripción*, siempre que ésta deba perjudicarle y a tenor de lo dispuesto en el art. 36 de la propia Ley Hipotecaria puede perjudicar al titular registral, cuando éste no reúna las tres circunstancias inmunizantes siguientes :

- 1.^a Tener la condición de tercero protegido por el artículo 34.
- 2.^a No haber podido conocer antes de adquirir que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por el oponente.
- 3.^a Consentir, expresa o tácitamente, tal posesión de hecho durante todo el año siguiente a su adquisición.

En consecuencia, cuando el contradictor funde su demanda en la usucapción de la finca o derecho objeto del proceso de ejecución, deberá probar no sólo el haberse consumado aquélla en su favor, sino también que se cumplieron las tres circunstancias expresadas y exigidas por el art. 36 de la Ley Hipotecaria para usucapir contra el Registro.

AZPIAZU entiende al respecto que la prescripción alegada en este supuesto de oposición debe estar declarada previamente en sentencia judicial (93). Y para LA RICA no se ve tan claro el incluir la prescripción como causa de oposición en este procedimiento, ya que la prescripción, para ser título eficaz, requiere ser reconocida judicialmente (94). ROCA SASTRE, por el contrario, estima que en este proceso no hay que declarar la usucapción, sino tan sólo a los exclusivos efectos de rechazar la ejecución pedida (95). De todas suertes, *reconocer* en este especial proceso una posesión legitimada *por título de usucapción*, parece desorbitado y peligroso. Pues, como dice ENRÍQUEZ LÓPEZ, en la práctica resultaría que en un procedimiento sumario de protección al dueño inscrito, contra la fe pública registral y la presunción legitimadora del art. 38 de la Ley Hipotecaria podría prevalecer una simple

(93) «Algunas ideas en torno...». C. E. H., págs. 20 a 24.

(94) «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria», págs. 119 y 120.

(95) Ob. cit., tomo I, pág. 374.

prueba testifical—tan desacreditada—, única posible por parte del usucapiente (96)

d' También discute la doctrina la *posibilidad* de oponerse al proceso de ejecución por *causas distintas a las enumeradas* en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Y parece la tesis mayormente aceptada la de que, siendo los presupuestos procesales de derecho necesario y su observancia inexcusable para la validez del procedimiento, puede alegar y probar el demandado la falta de alguno de ellos como causa que motive el posible sobreseimiento del proceso. Así lo entiende, entre otros, ROCA SASTRE, DE LA CONCHA y GONZÁLEZ PÉREZ, para quien el art. 41 no ha derogado las normas procesales de común aplicación, sino que solamente ha tasado las causas de oposición en cuanto al fondo del asunto (97).

Sin embargo, no existe acuerdo respecto al momento procesal adecuado para alegar la inobservancia de los presupuestos procesales, verdaderos «requisitos de la ejecución», a los que se alude en la regla 5.ª del art. 137 del Reglamento Hipotecario en supuestos de actuación de oficio por el Juez. Pues para ROCA y PÉREZ VICENTE, v. gr., es en el oportuno recurso de reposición interpuesto por el demandado, una vez personado, donde debe alegarse, inclinándose la mayoría por aceptar la demanda de contradicción como el vehículo procesal oportuno para alegar tales motivos de oposición.

e' *Trámites de la oposición.*—Una vez personado el demandado, prestada la oportuna caución y contestada su demanda convencional, a tenor del párrafo 6.º del art. 41 de la Ley Hipotecaria, se sustanciará el procedimiento por el trámite que los arts. 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil establecen para los incidentes. Por tanto, de la demanda de contradicción se dará traslado al titular registral para que, en término de seis días, la conteste. Y recibido a prueba el incidente y practicada la que se hubiere propuesto o acordado para mejor proveer por el Juez, se dictará sentencia en término de cinco días, previa celebración de vista si se hubiere pedido.

El propio art. 41 de la Ley Hipotecaria dispone que si el titular

(96) «El proceso de ejecución de las acciones reales», en R. C. DE D. I., año 1946, pág. 250.

(97) Ob. cit., tomo I, pág.... En contra, COSSIO («Lecciones de Derecho Hipotecario», pág. 109) y ASPIAZU («Algunas ideas en torno...», pág. 10).

registral no contesta la demanda reconvenzional de contradicción se dictará auto teniéndole por *desistido del procedimiento y por renunciante a la acción ejercitada*, sin perjuicio de poderla deducir en el juicio declarativo correspondiente.

f° La sentencia decisoria del incidente y sus efectos.—Con la sentencia que decide el incidente de oposición se pone fin al proceso de ejecución iniciado por el titular registral. Y sus pronunciamientos son distintos, según prospere o no la oposición del demandado-contradictor, a saber :

a'' Si la sentencia estima alguna de las causas de oposición alegadas por el contradictor, sus pronunciamientos deberán concretarse a *denegar la ejecución* pedida por el titular registral, disponer se cancele y devuelva la caución exigida al demandado y *la condena en costas*, a su libre arbitrio.

b'' Si, por el contrario, el Juez no estimare ninguna de las causas alegadas como fundamento de la contradicción, la sentencia decisoria del incidente deberá disponer :

1.° Que continúe la *ejecución pedida* por el titular registral, mandando practicar cuantas diligencias fueran necesarias para la efectividad del derecho inscrito.

2.° Pago de daños y perjuicios y devolución de frutos, en los términos que el titular registral lo hubiere solicitado.

3.° Condena en costas.

Las referidas sentencias son recurribles en *apelación* ante la Audiencia Territorial. Y a tenor de la regla 10 del art. 137 del Reglamento Hipotecario, habrá que entender que tales recursos son admisibles en ambos efectos, con suspensión de toda ejecución provisional, por aplicación del art. 388 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y contra las sentencias de las Audiencias Territoriales no cabe recurso de casación (98).

Digamos, por último, que el art. 41 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo final, dispone que las sentencias dictadas en este procedimiento no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre

(98) Para SANZ FERNÁNDEZ cabe el recurso de casación con apoyo en el contenido del art. 1.689, núm. 1, de la L. de E. C.

la misma cuestión. Sin embargo, esta limitación de efectos de la cosa juzgada, característica de los procedimientos sumarios y especiales, se reduce a la situación de hecho conocida y decidida por el Juez en la sentencia, la cual habrá de producir siempre los efectos de cosa juzgada que le son inherentes, como a cualquiera otra decisión judicial (99). De ahí que, como advierte ROCA SASTRE, el propio titular registral no pueda promover otra vez el procedimiento del art. 41 contra la misma persona y por los mismos hechos, motivos o circunstancias (100).

III

EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DERECHO INSCRITO

La sustantividad de la legitimación registral, que se apoya, según es sabido, en la presunción legal de exactitud del contenido del Registro, ofrece una tercera consecuencia procesal cuando la relación jurídica inscrita fuera contradicha judicialmente. Pues si el amparo legal y judicial que la inscripción proporciona a la titularidad inscrita es una verdadera pertenencia del derecho registrado, lógico y esencial parece que toda contradicción del mismo *exija necesariamente* la simultánea contradicción de la cobertura registral que ampara su legitimación y los típicos efectos legales que de la misma derivan.

De ahí la fórmula con que el párrafo 2.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria (101) garantiza la vigencia del asiento registral, y, consecuentemente, el disfrute de los beneficios que son inherentes a la legitimación del titular por la inscripción. Dice así el citado precepto: «*Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente—la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo—no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio o derechos reales*

(99) Véase a PRIETO CASTRO en «Exposición del Derecho Procesal Civil de España», tomo I, pág. 7.

(100) Ob. cit., tomo I, pág. 307.

(101) Se corresponde con el art. 24 de la L. H. de 1909 que introdujo el precepto como un complemento del art. 41 de la propia Ley.

inscritos a nombre de persona o entidad determinada, *sin que*, previamente o a la vez, *se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente*. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero.»

El ejercicio de acciones contradictorias de los derechos inscritos está *condicionado*, pues, a la necesidad de accionar, también, de nulidad o cancelación los asientos registrales que constatan los derechos contra los cuales se acciona de contradicción. Debiendo entenderse, como dice SANZ FERNÁNDEZ (102), que la acción de nulidad o cancelación de los asientos registrales cabe contra todo asiento definitivo que se oponga a la acción que se ejercita contra el derecho inscrito.

La doctrina, con apoyo en abundante jurisprudencia, admite que las acciones contradictorias del dominio o derechos reales inscritos, condicionadas en su ejercicio a la simultánea rectificación registral, son la *reivindicatoria*, la *declarativa de dominio*, la *confesoria* y la *negatoria*. Y también, como entiende ROCA (103), la *acción rescisoria por lesión en la compra-venta*. Ya se ejerciten tales acciones directamente o por vía reconvenzional.

El citado requisito, exigido por el párrafo 2.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria, para la eficaz accionabilidad contra los derechos inscritos, constituye, sin duda alguna, un verdadero presupuesto procesal. Y por ende, su observancia resulta inexcusable para el Juez, quien no debe admitir demanda inicial o de reconvencción sin que se cumpla tal requisito. De ahí que la infracción de tal precepto legal implique un motivo de casación a tenor de lo que dispone el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Pues totalmente absurda sería la contraria conclusión de que los Tribunales declaren la extinción o pérdida de un derecho y se vean compelidos a ampararlo al mismo tiempo por el imperativo legal que coloca a la inscripción que lo constata bajo la salvaguardia de los propios Tribunales (104).

Si la inscripción es la apariencia del derecho, no puede atacarse ni destruirse éste sin atacar o destruir, previamente o a la

(102) Ob. cit., tomo I, pág. 361.

(103) Ob. cit., tomo I, pág. 370.

(104) Véase a MORELL, obra citada, tomo II, pág. 560.

vez, la apariencia del mismo. Pues surgida una inexactitud registral, surge en favor del perjudicado por ella un derecho a rectificarla. Por ello, precisamente, destaca la imperfección técnica con que aparece formulada esta consecuencia procesal de la legitimación, que no debiera haberse expuesto en el art. 38 de la nueva Ley Hipotecaria reproduciendo el art. 24 de la Ley Hipotecaria de 1909. Sobre todo después de haber quedado proclamado en el art. 1.º de la Ley vigente que los asientos registrales producen todos sus efectos mientras no se declare una inexactitud. Y regulado en el artículo 40 el ejercicio de la acción de rectificación del Registro, que es la exactamente aplicable a los supuestos de contradicción de un derecho inscrito.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA.

Registrador de la Propiedad

Hay que rehacer el modelo XIII

Los aprovechamientos de aguas públicas—cuyos cauces desembo-
can ahora con frecuencia en los Registros gallegos—pueden inscri-
birse en dos Registros: el Administrativo de Aprovechamientos de
Aguas Públicas y el de la Propiedad. Mas así como en el Adminis-
trativo la inscripción es obligatoria, en el de la Propiedad es volun-
taria, siguiendo la regla general del sistema.

Sin embargo, hay una figura hipotecaria de obligatorio cumpli-
miento para los aprovechamientos: la anotación preventiva. Nos re-
ferimos, en los aprovechamientos adquiridos por prescripción, a la
anotación preventiva exigida por la regla 7.^a del art. 70 del Regla-
mento Hipotecario.

No obstante, ha sido negada la necesidad de esta anotación, esti-
mando que no responde a ninguna finalidad.

Creemos que es totalmente necesaria y suficientemente útil la
práctica de esta anotación por las siguientes consideraciones, entre
otras muchas: 1.^a Aunque no se quiera inscribir el aprovechamiento
en el Registro de la Propiedad, sino tan sólo en el Administrativo
(cuya inscripción, repetimos, es obligatoria), es preciso seguir el
trámite completo del art. 3.^o del Decreto-ley de 7 de enero de 1927.
Este trámite completo, llamado expediente, se inicia con una solici-
tud—que actúa a modo de requisito previo—, en la que el solicitante
define el aprovechamiento (definición física) y justifica su derecho al
uso de las aguas (justificación de hechos que fecundan derechos).

La definición física es cosa sencilla. Más complicaciones plantea

la justificación de los hechos. Dicho art. 3.º determinaba el medio de lograr la justificación: «mediante una información posesoria con todos los requisitos de la Ley Hipotecaria cuando aquél se funde en la prescripción».

Hoy el Reglamento Hipotecario dice que «se suplirá la información posesoria requerida por el art. 3.º del Real decreto-ley de 7 de enero de 1927, por un acta notarial, que se tramitará con sujeción a las reglas establecidas en la legislación notarial y en el mismo artículo 70».

En este punto está derogado, pues, el art. 3.º. Además, la disposición final del Reglamento Hipotecario establece «que se entenderán derogados los Decretos, Ordenes y demás disposiciones administrativas que desenvuelvan materias hipotecarias en cuanto se opongán a lo establecido en el Reglamento».

Así, en la actualidad, rige el art. 70. Mas en definitiva, tanto antes (ya lo establecía la R. O. de 2 de enero de 1906), como ahora, es la legislación hipotecaria la que proporciona el medio para justificar «la comprobación de los hechos».

Y seguido este medio—el adecuado en general—, no es lícito hurtar la aplicación de ninguna de sus prescripciones. Como se haría rechazando la anotación, según vamos a ver.

2.ª La solicitud previa al expediente para que esté en condiciones de ser presentada, más bien de ser admitida, debe contener los dos extremos antes indicados. Y ello exige que el Notario autorice el acta del art. 70; que haga constar que, a su juicio, están suficientemente acreditados los hechos; que la copia de dicho acta se presente en el Registro y que en éste se extienda la anotación preventiva. Sólo así se podrá iniciar el expediente, pues la regla 7.ª dice «y se pueda iniciar, después de practicada la anotación, el expediente que regula el citado Real decreto».

La regla es tan concluyente que, en su afán de dejar sentada la obligatoriedad de la práctica de la anotación, llega casi a ser redundante, pues primero manda «que se extienda anotación preventiva», y en el renglón siguiente insiste: «y se pueda iniciar, después de practicada ésta, el expediente...».

De esta regla se sacan dos consecuencias: a) Que la copia del acta es el título suficiente, pero insuficiente para iniciar el expediente si no lleva la nota de haberse tomado la anotación preventiva, y b) Que el momento de tomarse la anotación es anterior a la inicia-

ción del expediente, puesto que precisamente sólo después de tomada aquélla puede iniciarse éste.

3.ª El titular del aprovechamiento anotado goza de todas las ventajas derivadas del principio de legitimación.

El art. 38 de la Ley Hipotecaria, encargado de definir en su párrafo 1.º, en unión de otros de la Ley, este principio, sólo habla de derechos inscritos, pero no cabe duda que emplea la frase «derechos inscritos» en su acepción lata y albergando en ella anotaciones y notas marginales, que implican inscripciones o posibles futuras inscripciones, pero que razones de sistema y lógica obligan a vestir el disfraz de otros asientos.

Esta anotación, la de los aprovechamientos, está incluída en las favorecidas por la amplitud del art. 38, toda vez que es una inscripción anticipada susceptible de conversión.

Goza, por tanto, del principio de legitimación, principio que se entiende y se extiende «a todos los efectos legales». ROCA, en el tomo I de su *Derecho Hipotecario*, afirma que «esta frase obliga a entender que la legitimación registral tiene aplicación en todos los órdenes y sentidos jurídicos, no sólo en el civil y en el mismo registral, sino también en el orden *administrativo*, fiscal y, por supuesto, en el *procesal*». Del mismo ROCA recogemos la cita de HEDEMAN: «la presunción de exactitud del Registro ofrece al titular inscrito su apoyo en todo género de litigios (reivindicación, demanda de indemnización de daños causados por actos ilícitos o supresión de instalaciones molestas, en las acciones derivadas de las relaciones de vecindad, del derecho de caza, del *derecho relativo a las aguas*, fundadas en el reconocimiento injusto, etc.)».

4.ª Esta anotación, al ser de las convertibles, hace que la posterior inscripción surta sus efectos desde la fecha de aquélla. Es el típico fenómeno de la conversión registral de ciertas anotaciones, recogido para ésta en el art. 70 del Reglamento, cuya regla 7.ª fija: «La anotación se convertirá en inscripción así que se presente el certificado prevenido en el artículo anterior». (Claro que, como se verá después, de seguir teniendo esta anotación sesenta días de vigencia, la conversión al azar de una prórroga que no se pide, y además es insuficiente, no llegará a producirse.)

5.ª El dueño de un aprovechamiento, a quien lentamente le están reconociendo su derecho de una manera definitiva, puede, en tan largo plazo, usar de sus facultades dispositivas, bien por venir

a peor fortuna (según expresión de la Ley de Arrendamientos), bien por una oportuna operación que le haga llegar a mejor fortuna, bien por conveniencias particulares, y no cabe duda que esta enajenación puede reflejarse en el Registro por una nueva anotación de transferencia, siempre que la anotación A no haya caducado. Y es muy probable que se plantee una situación similar, en el supuesto, nada difícil, del fallecimiento del titular del aprovechamiento.

Se ha discutido este punto de la posibilidad de las anotaciones de transferencia. Si esa transferencia se da en la realidad, ¿por qué no ha de darse en el Registro?

6.^a Al presentarse el acta en el Registro y practicarse la anotación, desaparece cualquier posible roce a que pudiera dar lugar la prohibición del art. 313 de la Ley Hipotecaria. Y obtiene, con su paso por el Registro—esta anotación tiene cierto valor inmatriculador—, la importante ventaja consignada en ese mismo art. 313: «si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá, cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlos valer ante los Tribunales, Consejos y oficinas expresados».

En fin, esta anotación será más o menos útil, pero como es necesaria, hay que practicarla. Y practicada, ¿qué duración tiene?

En la doctrina parece haber acuerdo en fijarle sesenta días de vida por tratarse de anotación por defectos subsanables. Así SANZ, tomo II de sus *Instituciones*, pág. 292; ROCA, tomo II de *Derecho Hipotecario*, pág. 135.

En la Ley, sólo el modelo XIII reglamentario fija la duración de la anotación (sesenta días) y su clase (por defecto subsanable). El art. 70 nada dice, ni de duración ni de clase de anotación. El artículo 69 del mismo Reglamento suele también traerse a colación cuando de resolver estos puntos se trata. (El art. 69 se ocupa de las inscripciones de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos mediante concesión administrativa y permite que a la hora de inscribir se tome anotación preventiva por defecto subsanable, si no se acompaña el certificado de figurar inscrito el aprovechamiento en el Registro Administrativo). Esta remisión al art. 69 para solucionar el problema del art. 70 nos parece desacertada, ya que ambas situaciones son diferentes: la anotación del art. 69 es voluntaria, la del 70 es forzosa; la del 69 no es necesaria para que el titular del aprovechamiento obtenga la inscripción en el Registro Administrativo,

Nosotros creemos que si se quiere de verdad que esta anotación sea útil, hay que ser más generoso con ella y darle mayor vida de esos sesenta días.

En sesenta días es imposible que se presente el certificado del Registro Administrativo, pues uno—sólo uno—de los muchos trámites para conseguir la inscripción en tal Registro tiene un plazo de tres meses de duración.

Se pensará que la anotación puede prolongar su existencia hasta ciento ochenta días, porque hay justa causa, pero también tendrá que haber providencia judicial. Y como la prórroga ocasiona molestias y gastos, tememos que esa prórroga apenas—léase jamás—se solicite.

Esta opinión derrotista sobre estas prórrogas es reflejo de la observación: nadie las solicita. Y ya dijimos que ahora desembocan con frecuencia los aprovechamientos en el Registro.

Esta abstención es fruto de la ignorancia, pero si ésta no existiese, lo sería de la economía. (Es conveniente detenerse un momento a pensar lo mucho que cuesta al dueño de un modesto aprovechamiento justificar su derecho al mismo.)

Pero es que aun con prórroga y todo, los ciento ochenta días son insuficientes—la lentitud agotadora y desesperante del art. 3.º—. Y fatalmente la anotación, que hemos obligado a nacer, se nos muere.

Es necesario arbitrar un medio que armonice la coexistencia del expediente que camina con la anotación que, pacientemente, le espera. En otras palabras, que la duración de la anotación sea ligeramente superior, por sí y sin prórroga, al tiempo que el expediente emplee en fructificar una inscripción administrativa. Ligeramente superior, para que en ese breve período se consiga el certificado de inscripción en el Registro Administrativo y se presente en el de la Propiedad. Esta duración de la anotación nos parece la más consecuente y lógica.

Para admitirla no hay más inconveniente legal que el mencionado modelo XIII. Es bastante, pues... «Los Registradores se ajustarán para la redacción de los asientos a... los modelos oficiales» (art. 374, Reglamento Hipotecario; y en este mismo sentido las Advertencias a los modelos).

El modelo no da margen a la duda. Es categórico. Afirma «Anotación preventiva por defecto subsanable». «Solicitada la inscripción

ción, pero observando el defecto subsanable... tomo anotación por sesenta días».

Pero ¿es indiscutiblemente esta anotación una anotación por defecto subsanable?

Si inscribimos como sentimos, sentimos que no. Francamente, el defecto no lo vemos por ninguna parte. Ni subsanable, ni insubsanable. No vemos defecto. Porque aunque el modelo diga «Solicitada la inscripción...», no hay tal solicitud en ese sentido. Se solicita que se haga lo único que el Registrador puede hacer en ese momento: la anotación. Lo único, y sin embargo lo absolutamente necesario, para que después puedan existir la inscripción administrativa y la hipotecaria.

Parece como si el Registrador tuviera que hacer la inscripción y le forzaran, por la ausencia de un documento, a que sólo hiciese la anotación. Y lo cierto es que quiere practicar una anotación, y el modelo XIII le obliga a realizar una inscripción frustrada.

El Registrador sólo tiene que practicar la anotación. Y esperar. La hora de la prórroga, que no llegará; la de la conversión, que actualmente no será posible, y la de la inscripción que tal vez llegue.

En el Registro no sólo se practican inscripciones, sino todos aquellos asientos que en cada caso la Ley exige y aquí ordena una anotación.

No es nuestra intención precisar ahora lo que se entiende por defecto subsanable, pero creemos que su existencia requiere una nota de voluntariedad e inminencia en su subsanación (normalmente de realización anterior) que no vemos aquí.

Lo que sí es defecto subsanable es la falta de la anotación, pero no la de la imposible certificación administrativa.

Esta anotación es un obligado requisito a cumplir para conseguir la inscripción administrativa, proporcionando al mismo tiempo las ventajas de las inscripciones hipotecarias anticipadas.

Y si no es una anotación por defectos subsanables, ¿qué clase de anotación es?

Estimamos que se trata de una anotación acogida al núm. 10 del art. 42, que es exigida obligatoriamente por la regla 7.ª del 70 del Reglamento, que no tiene normas específicas por qué regirse, que debe ser equiparada y surtir los mismos efectos que las por defectos subsanables, a excepción de su duración, que ésta debe ser la expuesta en este trabajo. (Hay una anotación en el Reglamento que

ante un caso similar a éste reacciona, sin embargo, en cuanto a su duración, de la manera más acertada. Se trata de la del art. 274, relativo al expediente de dominio, cuyo último párrafo establece: «El iniciador del expediente podrá solicitar... que se libre mandamiento para la extensión de la anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento». Su duración es la del 283: «Declarado justificado dominio... si se tomó anotación... ésta se convertirá en inscripción definitiva.)

En cambio, el art. 70 acaba así: «Si el certificado fuere presentado después de la vigencia de la anotación, se extenderá la inscripción correspondiente.»

Razones de lógica, utilidad, desinterés y colaboración (no siempre merecidas) hacen más consecuente este final del art. 70: «Si el certificado fuese presentado quince días después de la inscripción del aprovechamiento en el Registro Administrativo se extenderá la inscripción correspondiente.»

Pero si en este sentido se modificase el modelo XIII, con una nueva redacción del mismo, el art. 70 no supondría nunca ningún obstáculo.

Y así la anotación viviría paralelamente con el expediente. Cuando éste se convirtiese en inscripción administrativa, aquélla ascendería a inscripción ¡No es admirable tal armonía!

PEDRO SÁNCHEZ MARÍN

Registrador de la Propiedad de Viana del Bollo

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RECTIFICADA UNA ESCRITURA DE HIPOTECA POR OTRA POSTERIOR, DEBE CONSIGNAR EN AQUÉLLA EL NOTARIO LA NOTA QUE LO ACREDITE, DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL ART. 178 DEL REGLAMENTO NOTARIAL, PARA QUE PUEDAN INSCRIBIRSE AMBOS DOCUMENTOS.

Resolución de 30 de octubre de 1956. («B. O.» de 19 de noviem.)

En 6 de octubre de 1954 don M. R. F., de una parte, y los consortes doña D. L. C. y don C. P. R., de otra, otorgaron ante el Notario de Valencia don Enrique Molina Ravello una escritura en la que reconociéndose éstos deudores solidarios de aquél constituyeron hipoteca sobre tres fincas propiedad de la señora compareciente; y en 14 de octubre siguiente, las mismas personas ante igual funcionario otorgaron otra escritura de rectificación de la anterior, por la que excluyeron de la hipoteca una de las fincas gravadas, que manifestaron había sido enajenada con anterioridad y distribuyeron la responsabilidad hipotecaria entre las dos restantes.

Presentadas en el Registro primera copia de los anteriores documentos fueron calificados con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el día 5 de abril de 1955, bajo el número 942 del diario 17, el precedente documento, juntamente con escritura de rectificación, de fecha 14 de octubre de 1954, ante el mismo Notario, ha sido suspendida la inscripción de la primera copia que precede, porque sien-

do título ejecutivo con arreglo al artículo 1.429, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento civil, no reúne el requisito del artículo 34 del Reglamento Hipotecario, de hacer fe por sí solo, ya que habiendo sido objeto de rectificación sustancial en los bienes hipotecados y en la responsabilidad debe reflejarse el contenido de tal rectificación en la precedente copia, por lo que deberá ser presentada por el interesado al señor Notario autorizante, para que extienda en ella la nota del párrafo final del artículo 178 del Reglamento Notarial, que, de acuerdo con el artículo 1.219 del Código civil, establece que el contenido de la escritura hecha para desvirtuar otra anterior, deberá ser anotado en la copia para que produzca efectos contra tercero; y al solicitarse la inscripción no sólo es con efecto constitutivo, sino también para que surta el expresado efecto contra tercero. No se ha extendido anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado.» Y en la escritura autorizada el 14 de octubre de 1954 se puso nota de referencia a la transcrita calificación.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente, ratificatorio de la nota del Registrador, por la doctrina siguiente :

Que la escritura de 6 de octubre de 1954, por la que se constituyó hipoteca en garantía de un préstamo, fué modificada por otra de 14 del mismo mes y año y presentadas las copias de ambas simultáneamente en el Registro de la Propiedad, sin que en la primera se hubiese reflejado por nota el contenido de la rectificación realizada, se suscitó la cuestión de si es necesaria o no la constancia de la nota prescrita en el artículo 178 del Reglamento Notarial para que pueda practicarse la inscripción de tales documentos.

Que los contratantes pueden modificar las obligaciones establecidas en la forma que tengan por conveniente dentro de los límites legales, si bien para que produzcan efectos contra tercero las escrituras que se autoricen con el fin de desvirtuar otra anterior se requiere, conforme al artículo 1.219 del Código civil, anotar su contenido en Registro público competente o hacer constar el mismo al margen de la escritura matriz y de la copia, en cuya virtud se proceda.

Que por ser evidente el deber del Notario de velar por la pureza y eficacia del documento notarial, ha de prevenir cualquier confusión que pudiese producir en el tráfico jurídico una copia no ajustada a la

realidad ; que no puede entenderse cumplido el artículo 1.219 del Código civil por la publicidad que frente a terceros hubiera proporcionado a la escritura su inscripción en el Registro, desde el momento que el Registrador se opone a practicar el asiento solicitado, todo lo cual unido a la circunstancia de haber sido expedida la copia por el fedatario en fecha posterior al otorgamiento de la escritura de modificación, hacen inexcusable que se cumpla lo dispuesto en el artículo 178 del Reglamento Notarial y se extienda al margen de la escritura matriz la referida nota, que se transcribirá en cuantas copias de cualquier clase se libren en lo sucesivo.

* * *

Para el Notario, presentadas al mismo tiempo en el Registro las dos escrituras, se cumple del modo más eficaz el art. 1.219 del Código civil, fundamental en la cuestión, que exige «*alternativamente*» (véase) asiento en el Registro o nota en la escritura, sin que sea, por consiguiente, necesaria ésta (la nota).

Según el Registrador (titular de Liria), modificada la primitiva escritura por otra, ya no hace fe por sí sola a efectos de inscripción, según el art. 34 del Reglamento Hipotecario, si no constan en ella las modificaciones efectuadas, sin que baste acompañar la escritura modificativa.

La Dirección, aparte ser evidente el deber del Notario de «velar por la pureza y eficacia del documento notarial», entiende incumplido el art. 1.219 del Código fundamental «por la oposición del Registrador a inscribir», lo que nos parece una manera—sin duda hábil—no sabemos si de resolver o soslayar la cuestión, pues si el Registrador hubiera inscrito, habría entrado en juego la primera parte del art. 1.219 del Código civil al haber sido «anotado» el documento (ambos documentos) en el *Registro público competente*.

¿No será más bien la cometida por el Notario una falta *reglamentaria* que sin el rigorismo calificador no debiera impedir la inscripción?

Por otra parte, ¿cómo interpretar las últimas palabras del considerando final «de que la circunstancia de haber sido expedida la copia por el fedatario en fecha posterior al otorgamiento de la escri-

tura de modificación hacen inexcusable que se cumpla lo dispuesto en el art. 178 del Reglamento Notarial?

Luego—parece deducirse—que si dicha copia se hubiera expedido «antes» de otorgarse la escritura de modificación, el problema se habría desvanecido. Y, sin embargo, en el fondo todo sería lo mismo.

REGISTRO MERCANTIL.—OBJETO SOCIAL : LA EXPRESIÓN DEL MISMO EN LOS ESTATUTOS CON MAYOR O MENOR AMPLITUD, CON INCLUSIÓN O NO DE POSIBLES ACTIVIDADES SUBORDINADAS, ES INEXCUSABLE, PERO SIEMPRE EN FORMA QUE PRECISE Y DETERMINE, DIFERENCIÁNDOLAS, LA NATURALEZA DE TALES ACTIVIDADES.

VOTO DE CALIDAD EN CASO DE EMPATE A LOS PRESIDENTES DE LA JUNTA GENERAL Y DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN : CONFORME A LA RESOLUCIÓN DE 17 DE JULIO DE 1956, NO CABE EN CUANTO AL PRIMERO, PERO SÍ POR LO QUE RESPECTA AL SEGUNDO, DADA LA FLEXIBILIDAD QUE HA DE REGIR LA VIDA ORDINARIA DE LA SOCIEDAD.

NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN : TALES NOMBRAMIENTOS SON PRIVATIVOS DE LA JUNTA GENERAL, SIN QUE QUEPA DELEGAR LAS FACULTADES AL RESPECTO EN OTRO ÓRGANO JERARQUIZADO, DADO EL PODER INDIRECTO DE GESTIÓN QUE SUPONE EL NOMBRAMIENTO, FISCALIZACIÓN Y REVOCACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

Resolución de 5 de noviembre de 1956. («B. O. del E.» de 28 del mismo mes.)

En 6 de mayo de 1952, ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal se otorgó una escritura de adaptación de Estatutos a la nueva Ley de Asociaciones Anónimas por la representación de la «Sociedad Anónima de Intercambio y Crédito», en la que se refleja el acuerdo de la Junta general de adaptar sus Estatutos sin modificar el capital, el objeto y la duración de la Sociedad ; en la nueva redacción de los Estatutos, el artículo 2.º señala que la «Sociedad tiene por objeto dedicarse a toda clase de operaciones mercantiles o industriales, tanto en España como en el extranjero» ; en su artículo 13 confiere al Presidente de la Junta general voto de calidad decisoria del empate e

igual voto de calidad en el Consejo de Administración al que lo presida por el artículo 17 de los Estatutos, y en el artículo 14 se faculta al Consejo, compuesto de cinco miembros, para ampliar hasta siete el número de sus componentes.

Presentado este documento en el Registro Mercantil de Bilbao, se puso nota al pie con la siguiente calificación: «Los Estatutos que preceden no están adaptados a la Ley de 17 de julio de 1951: A) Por no determinar claramente el objeto social. Artículo 11, B), de la Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 2.º de los Estatutos. B) Por no respetar el régimen de mayoría de intereses para adoptar acuerdos en la Junta general y en las reuniones del Consejo de Administración. Artículos 48, 58 y 78 de la Ley, 13 y 17 de los Estatutos. C) No ajustarse a la legislación vigente el párrafo 1.º del art. 14 de los Estatutos al conceder al Consejo de Administración la facultad de ampliar el número de Vocales del Consejo de Administración, facultad definida en el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas. Contra esta calificación pueden interponer los interesados el recurso gubernativo que determinan el Decreto de 29 de febrero de 1952 y los artículos 66 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección declara no inscribible la escritura por ratificar la nota del Registrador en cuanto a los defectos A) y C) y primera parte del B), o sea no atribuir voto de calidad al presidente de la Junta general en caso de empate, mediante la ponderada doctrina siguiente:

En cuanto al primer defecto, que por imperio de la Ley de 17 de julio de 1951 debe expresarse en los Estatutos el objeto social de toda Sociedad Anónima, y esta expresión debe hacerse con mayor o menor amplitud, con inclusión o no de posibles actividades subordinadas, pero siempre en forma que precise y determine, diferenciándola, la naturaleza de aquella actividad primera que constituye el objeto, tanto por ser éste elemento esencial, aunque mediato, del contrato de sociedad, determinante cohesivo entre el elemento personal y el patrimonio, cuanto porque, además de llegar a someter a la Sociedad a una legislación especial, de seguros, bancaria, etc., en las Sociedades Anónimas, sirve para fijar el límite de las facultades de representación de los Administradores (art. 76), fija los casos de prohibición de competencia ilícita (art. 83), permite la separación del

socio disidente ante cualquier acuerdo que suponga cambio del objeto social (art. 84), y su conclusión o consecución es causa de disolución de la Sociedad (art. 150); todo lo cual resultaría ilusorio si se admitiera la fórmula imprecisa, no ya genérica, sino omnicomprendensiva y, por tanto, como inexistente, adoptada en el artículo 2.º de los Estatutos, cuya calificación es objeto del presente recurso.

Que dicha «Sociedad de Intercambio y Crédito», cualquiera que fuera la primera redacción del artículo 2.º de sus Estatutos, de hecho ha de realizar unos fines y dedica su capital y sus actividades a concretar operaciones mercantiles, cuya expresión en la nueva redacción de los Estatutos no supondría transformación de la Sociedad ni modificación de su objeto, sino más bien adaptación de aquéllos a una realidad social determinada e incluída dentro de la amplísima fórmula general con que se constituyó.

Que el hecho de figurar inscrita en el Registro Mercantil con idéntica expresión general de su objeto—lo cual tampoco consentía la legislación anterior—, no puede impedir la nueva calificación registral—nunca vinculada a anteriores criterios—, por la razón de no haber variado la norma en este punto, ya que la disposición transitoria 21 obliga a adaptar los Estatutos de toda Sociedad «si estuvieren en contradicción con sus preceptos», sin limitación alguna.

En cuanto al segundo defecto, o sea a la atribución de voto de calidad en caso de empate al Presidente de la Junta general en segunda convocatoria y al del Consejo de Administración; que la doctrina de la Resolución de 17 de julio del corriente año se ha pronunciado en contra del voto decisorio del Presidente en la Junta de accionistas, entre otras razones, por ser contrario al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones (pues de no ser accionista no podría siquiera participar en la votación) y el derecho de voto; manteniendo, en cambio, como válida la previsión de tal voto en los Consejos de Administración, ya que si bien no faltan argumentos en contrario derivados del propio sistema de designar el Consejo, son todavía más poderosas las razones que autorizan el pacto que concede aquella prerrogativa al Presidente de un órgano que puede ser unipersonal, necesitando de flexibilidad, por regir la vida ordinaria de la Sociedad.

En cuanto al tercer defecto, que tanto la determinación del número de Consejeros, cuando los Estatutos señalan un máximo y un mínimo, como su nombramiento, fijación de garantías y revocación, son facultades que corresponden privativamente a la Junta general,

y que, en su doble consideración de derecho y deber, no cabe delegar en otro órgano jerarquizado, precisamente por ese poder indirecto de gestión que supone el nombramiento, fiscalización y revocación de los Administradores, y si bien se pueden señalar como excepciones a este principio el nombramiento por los fundadores de la Sociedad (art. 15) y el nombramiento interino, en caso de vacante, por el propio Consejo (artículo 73), tales excepciones están reconocidas expresamente por la Ley, y son nombramientos que se hacen a reserva, en todo caso, de su aprobación o revocación por la primera o inmediata Junta general.

REGISTRO MERCANTIL.—INFRINGE EL ARTÍCULO 71 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. EXPRESIVO DE QUE, CASO DE QUE NO SE PRECISE EL NÚMERO EXACTO DE ADMINISTRADORES, DEBE CONSIGNARSE EL MÁXIMO Y EL MÍNIMO DE ELLOS, EL PRECEPTO ESTATUTARIO QUE ESTABLECE QUE LA SOCIEDAD ESTARÁ REGIDA POR «UN CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN COMPUESTO DE TRES O MÁS ACCIONISTAS».

ESTABLECIENDO EL ARTÍCULO 56 DE LA EXPRESADA LEY QUE SE CITARÁ A JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA CUANDO LO SOLICITE UN NÚMERO DE SOCIOS QUE REPRESENTA, AL MENOS, LA DÉCIMA PARTE DEL CAPITAL DESEMBOLSADO, EL PRECEPTO ESTATUTARIO QUE ELEVA DICHO «QUORUM» (TERCERA PARTE DEL CAPITAL NOMINAL EN CIRCULACIÓN), E IMPONE ADEMÁS UNA OBLIGACIÓN DE CARÁCTER PECUNIARIO A LOS ACCIONISTAS, BURLA EL DERECHO DE ÉSTOS EN LA FORMA EN QUE, PARA SOLICITAR DICHA CONVOCATORIA, SE LO TIENE RECONOCIDO EL RESEÑADO ARTÍCULO 56 LEGAL.

SI BIEN NO PUEDE HABER OBSTÁCULO PARA QUE EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SE CONVIERTA EN COMISIÓN LIQUIDADORA, ELLO HA DE SER SIEMPRE QUE SE RESPETE LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 156 DE LA LEY ACERCA DEL NÚMERO IMPAR DE LIQUIDADORES, QUE CONTIENE UNA DESIGNACIÓN COMO LIQUIDADORES A FAVOR DE «LOS MISMOS INDIVIDUOS QUE COMPONEN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN», POR LO QUE EL ARTÍCULO PERTINENTE DE LOS ESTATUTOS AL NO CONTENER IGUALMENTE LOS SUPUESTOS O CLÁUSULAS PREVISORAS PARA EL CASO DE QUE EL NÚMERO DE AQUÉLLOS FUESE PAR, DEBE RECHAZARSE POR LAS DIFICULTADES GRAVES QUE HABRÍA

DE PONER A LA JUNTA GENERAL DE OCURRIR TAL EVENTO EN MOMENTO TAN CRÍTICO COMO EL DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.

LA LEY, TENIENDO EN CUENTA LAS EXIGENCIAS CONCRETAS DE LA ESTRUCTURA DE CADA SOCIEDAD, NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE REQUISITOS ESPECIALES DE «QUORUM», PARA SEGUNDAS CONVOCATORIAS; SIN QUE, POR OTRA PARTE, POR EL HECHO DE QUE EN EL ARTÍCULO 21 DE LOS ESTATUTOS SE ESTABLEZCA UN «QUORUM» DE VOTACIÓN SUPERIOR AL QUE PARA LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA ORDENA EL ARTÍCULO 17 DE LOS MISMOS, HAYA DE ENTENDERSE QUE EXISTA IRREDUCTIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE AMBOS PRECEPTOS, YA QUE EN REALIDAD EL ARTÍCULO 21, AL FIJAR EL «QUORUM» DE VOTACIÓN, VIENE A ESTABLECER EL DE ASISTENCIA.

FINALMENTE, DEBE ENTENDERSE CUMPLIDO EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY CUANDO, COMO APARECE EN EL PRESENTE CASO, EL PRESIDENTE DIÓ «POR LEGAL Y VÁLIDAMENTE CONSTITUÍDA LA JUNTA» Y PUSO SU VISTO BUENO EN LA CERTIFICACIÓN EN QUE EL SECRETARIO HACE CONSTAR EL NÚMERO DE ACCIONES QUE CADA ACCIONISTA REPRESENTA.

Resolución de 15 de noviembre de 1956. («B. O. del E.» de 15 de diciembre.)

En 7 de mayo de 1914, mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Luis Rufasta, se constituyó por tiempo indefinido la Compañía Mercantil «Royal Hotel Meublé», con domicilio en Barcelona, y cuyos Estatutos fueron modificados por el mismo Notario en escritura de 4 de diciembre de 1918, en la que se aumentó el capital social; posteriormente, en escritura autorizada por el Notario, también de Barcelona, don Guillermo Alcover Sureda, en 5 de noviembre de 1940, cambió la primitiva denominación por la de «Hotel Viena, S. A.», y se modificaron algunos artículos estatutarios, así como por otra escritura autorizada por el propio Notario señor Alcover, en 2 de septiembre de 1942, se volvió a aumentar el capital social y se modificaron diferentes artículos de los Estatutos, escrituras que fueron debidamente inscritas en el Registro Mercantil. En 25 de enero de 1954 comparece ante don Francisco Virgili Sorribes, Notario de Barcelona, doña Carmen Nivelá Barrio, actuando como Presidente del Consejo de Administración, y en nombre y representación de la Compañía Mercantil «Hotel Viena, S. A.»,

y manifiesta que en la Junta general de accionistas celebrada el día 15 de mayo de 1953 se tomó por unanimidad el acuerdo de adaptar los Estatutos al régimen jurídico instaurado por la Ley de 17 de julio de 1951, aprobando asimismo por unanimidad la nueva redacción de los Estatutos en los términos que resulten de las certificaciones protocolizadas con la escritura matriz que otorga.

En la mencionada escritura de adaptación se contienen los siguientes artículos: Artículo 5. «La Sociedad estará regida y administrada por un Consejo de Administración compuesto de tres o más accionistas, que serán nombrados por la Junta general ordinaria y, en su caso, por la extraordinaria.» Artículo 15. «Los accionistas podrán exigir que se convoque la Junta general extraordinaria mediante que se cumplan las condiciones siguientes: Depositar en la Sociedad o acreditar tenerlas depositadas en poder de un Banco, acciones que representen la tercera parte del capital nominal en circulación. Pedirlo por escrito al Consejo de Administración, expresando el objeto de la Junta y depositando en la Caja social la cantidad de cien pesetas.» Artículo 17. «La Junta general ordinaria se considerará válidamente constituida media hora después de la señalada para su celebración, siempre que en dicho momento se hallen presentes accionistas que posean, por lo menos, el noventa por ciento de las acciones emitidas. En el caso de no reunirse dicho número de acciones se procederá a nueva Junta general de segunda convocatoria, que habrá de celebrarse antes de quince días, a cuyo efecto se publicará nuevamente un anuncio en los mismos periódicos que en el primero. Transcurrida media hora después de la señalada en la convocatoria se constituirá la Junta, sea cual fuere el número de accionistas presentes y el número de acciones que posean, sin perjuicio de lo estatuido en el artículo 58 de la Ley. Para que en Junta general extraordinaria puedan tomarse los acuerdos a que hace referencia el precitado artículo 58 de la Ley, debe darse el «quórum» en el mismo estatuido.» Artículo 21. «Para que haya acuerdo en una Junta general ordinaria será preciso que voten a favor del mismo el setenta por ciento de las acciones emitidas. En toda votación de Junta general, cada acción da derecho a un voto.» Artículo 28. «Acordada debidamente la disolución de la Sociedad por una Junta general extraordinaria convocada al efecto, se procederá por una Comisión Liquidadora, formada por los mismos individuos del Consejo de Administración, a liquidar la Sociedad.»

Presentada en el Registro Mercantil la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota : «Suspendida la adaptación de Estatutos a la Ley de 17 de julio de 1951, a que se refiere el precedente documento, por cuanto el artículo 5.º de los mismos no se ajusta al 71 de la Ley en cuanto a la determinación del número de Administradores ; el 15 está en contradicción con el 56 de la Ley, y el 14 de los mismos Estatutos, aparte de la improcedencia del depósito de efectivo metálico para reclamar la celebración de cualquier Junta ; el artículo 21 de los Estatutos, en cuanto al quórum de votos favorables, está en contradicción con referencia a la asistencia a la segunda convocatoria para la validez de las Juntas generales que preceptúa el artículo 51 de la Ley para tratar de los asuntos del artículo 50 de la misma, y asimismo contradice las asistencias establecidas en el artículo 17 de los propios Estatutos para las citadas Juntas generales ordinarias de segunda convocatoria ; el artículo 28 puede resultar contrario a lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, referente a la obligatoriedad de número impar de liquidadores. Del acta de la Junta no resulta haberse cumplido lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma la nota del Registrador en cuanto a los defectos 1.º, 2.º y 4.º, declarando en consecuencia no inscribible la escritura, mediante la ajustada doctrina siguiente :

Que las cuestiones a resolver en este recurso hacen referencia a : primero, si los Estatutos de la Sociedad Anónima Hotel Viena determinan o no el número máximo de Administradores, circunstancia que se precisa, conforme al artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, para que la Junta general pueda proceder a su designación ; segundo, si el quórum establecido en el artículo 15 de los Estatutos, para la convocatoria de Junta general extraordinaria, está en contradicción con el ordenado en el 56 de la Ley, reproducido en el 14 de los Estatutos ; tercero, si la posibilidad que la Ley establece de reforzar los quórums de las Juntas es aplicable cuando se trata de una segunda convocatoria, y si el quórum de votación requerido para adoptar acuerdos válidos puede ser superior al de convocatoria de la Junta, como ocurre en el artículo 21 ; cuarto, si el hecho de que en el momento de disolverse la Sociedad el número de liquida-

dores pueda resultar par se opone a lo establecido en el artículo 156 de la Ley , y quinto, si en el acta de la Junta general debe acreditarse el cumplimiento de lo ordenado en el párrafo primero del artículo 59 de la Ley.

Respecto de la primera cuestión, que el artículo 5.º de los Estatutos, al establecer que la Sociedad estará regida por «un Consejo de Administración compuesto de tres o más accionistas», infringe lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley, que caso de que no se precise el número exacto de Administradores obliga, al menos, a establecer el máximo y mínimo, ya que aparte de que el artículo 11 exige en los Estatutos como requisito indispensable la designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la Administración, de los propios términos del artículo 71 se deriva esta fijación con carácter inexcusable, sin que quepa alegar —como hace el recurrente— que el número de Administradores vendría indirectamente precisado, a tenor de lo ordenado en el artículo séptimo de los Estatutos, cuando exige la propiedad de diez acciones para poder desempeñar dicho cargo, por lo que conocido el número de éstos podría determinarse el número máximo de aquéllos, pues tal afirmación involucra la fijación numérica de los cargos con la del número de las personas elegibles, limitación esta última derivada de la exigencia de determinadas condiciones habilitantes.

Que si bien las condiciones que se contienen en el artículo 15 de los Estatutos para la convocatoria de la Junta general extraordinaria, más que contradictorias con las exigidas en los artículos 14 de los mismos Estatutos y 56 de la Ley, pudieran resultar en realidad inoperantes en cuanto constituyen requisitos de quórum superiores a las que los propios Estatutos y la Ley en los artículos mencionados declaran suficientes ; sin embargo, es lo cierto que por ser el artículo 15 precepto estatutario de carácter más especial podría estimarse prevalente en el caso que contempla frente al artículo 14 de los propios Estatutos, con lo que al elevar el quórum legal e imponer además una obligación de carácter pecuniario a los accionistas resultaría burlado el derecho de éstos a pedir la convocatoria de la Junta en la forma del artículo 56 de la Ley.

Que aunque el legislador, sirviendo al dinamismo de las relaciones mercantiles, al dar la configuración normal de la Sociedad Anónima en su arquetipo haya creído oportuno facilitar en general la celebración de las Juntas en segunda convocatoria, disponiendo que serán vá-

lidas, cualquiera que sea el número de socios que concurran; no obstante, no ha querido extremar esta rigidez y excluir la posibilidad de que los Estatutos, teniendo en cuenta las exigencias concretas de la estructura de la Sociedad, establezcan requisitos especiales de quórum, según expresamente autoriza el párrafo segundo del artículo 51 de la Ley, que no distingue entre primera y segunda convocatoria, como ocurre en el párrafo anterior; sin que por otra parte, por el hecho de que en el artículo 21 de los Estatutos se establezca un quórum de votación superior al que para la convocatoria de la Junta ordena el artículo 17 de los mismos, haya de entenderse que exista irreductible contradicción entre ambos preceptos, ya que en realidad el artículo 21, al fijar el quórum de votación, viene a establecer el de asistencia.

Respecto a la cuarta cuestión, que no hay ningún obstáculo para que el Consejo de Administración se convierta en Comisión Liquidadora, siempre que se respete lo ordenado en el artículo 156 de la Ley acerca del número impar de liquidadores, por lo que en todos los supuestos de cláusulas previsoras de esta contingencia se habrán de ofrecer soluciones para cuando de hecho o de derecho el número de los designados sea par, y en este sentido el artículo 28 de los Estatutos calificados, que contiene una designación como liquidadores a favor de «los mismos individuos que componen el Consejo de Administración», habría de presentar en su día dificultades graves, puesto que el haber omitido aquellas soluciones pone a la Junta general si el número de Administradores no resultare impar—en momento tan crítico como es el de la liquidación de Sociedad—en trance, o bien de revocar un nombramiento estatutario en favor de uno o varios de aquéllos, o bien de completar el número con individuos extraños a dicho Consejo, soluciones que ofrecen, sin duda, dificultades jurídicas y prácticas, con la consiguiente inseguridad en la Comisión Liquidadora.

Que si bien la Resolución de este Centro de 26 de febrero de 1953 declaró que debe reflejarse en el acta extendida el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 59 de la Ley en cuanto preceptúa que podrán asistir a la Junta general los tenedores de acciones al portador que con la antelación de cinco días hayan efectuado el depósito de sus acciones en la forma prevista por los Estatutos o por la convocatoria, ello no puede entenderse en un sentido tan rígido y estricto que determine no se ha llenado tal requisito cuando, como sucede en el

presente caso, aparece que el Presidente dió por «legal y válidamente constituída la Junta», y puso su visto bueno en la certificación en que el Secretario hace constar el número de acciones que cada accionista representa.

* * *

Como dice la Sentencia de 15 de octubre de 1956, la Ley de Sociedades Anónimas es aplicable a todas las Sociedades de esta clase y los Estatutos o Reglamentos sociales que se opongan a ella se reputarán sin efecto, ya que—como afirma igualmente—la generalidad de los preceptos de dicha Ley son de derecho necesario por el carácter público y social que la informa.

CALIFICACIÓN.—ADEMÁS DE LA LEY, SE TENDRÁN EN CUENTA LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS Y EL CONTENIDO DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO QUE SE HALLEN VIGENTES, PERO NO LOS QUE HUBIESEN SIDO CANCELADOS.

INMATRICULACIÓN.—CUANDO SE TRATE DE FINCAS QUE HUBIERAN FORMADO PARTE DE OTRAS, NO SE REQUIERE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE ESTAS ÚLTIMAS, NO OBSTANTE QUE AMBAS—LA PRINCIPAL Y LA SEGREGADA—DEBAN DESCRIBIRSE EN EL TÍTULO PARA QUE EL REGISTRADOR PUEDA DETERMINAR SI CONSTAN O NO YA INSCRITAS.

POR ÚLTIMO, NO PARECE CORRECTO QUE SE ATRIBUYA EN EL MISMO TÍTULO MAYOR CABIDA A LA FINCA SEGREGADA QUE A LA PRINCIPAL, LO QUE NO HA DE SER OBSTÁCULO PARA QUE PUEDA RECTIFICARSE DICHA CABIDA, ACOGIÉNDOSE A LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS AL EFECTO POR LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.

Resolución de 16 de noviembre de 1956. («B. O. del E.» de 22 de diciembre.)

Los cónyuges doña Vicenta San Felfu Giner y don Cristóbal Aguilar Monsorín fallecieron, respectivamente, el 2 de abril de 1930 y el 22 de enero de 1934. Doña Vicenta San Felfu Giner dispuso en la cláusula quinta de su testamento que quedase su herencia indivisa hasta que ocurriera el fallecimiento de su esposo, continuando éste en la comunidad familiar que le permite el art. 1.056 del Código

civil en relación con la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de agosto de 1910; en la cláusula cuarta del testamento de don Cristóbal Aguilar Monsorín dice literalmente el testador: «Haciendo uso del derecho que le confiere el art. 1.057 del Código civil, y en relación con el art. 1.066, los albaceas contadores nombrados por su difunta esposa, Vicenta San Felú Giner, el 30 de mayo de 1923, pueden considerarse nombrados por el testador, y especialmente el señor Cura propio Ecónomo a que regente la iglesia de Alboraya, para la práctica de las operaciones de su testamentaria y por todo el tiempo que necesite, y previa formación de un solo inventario o acervo común de los bienes de ambos consortes, se hará la siguiente distribución: «... A su nieta, hija de su difunto hijo Vicente Aguilar San Felú, llamada María Aguilar Sancho..., se le adjudicará: A) La casa de la calle del Cabañal, en este pueblo de Alboraya, núm. 30, por su justo precio; B) Las seis hanegadas, poco más o menos, de este término, partida de los Desamparados. Estas dos fincas, por su haber legítimo, y si tiene exceso, que se le impute en el tercio destinado a mejora o parte de dicho tercio». Por escritura de 3 de mayo de 1940, ante el Notario de Valencia don Francisco García Martínez, se protocolizó la división de bienes de las herencias de doña Vicenta San Felú Giner y don Cristóbal Aguilar Monsorín, en la que se adjudicó a doña María Aguilar Sancho, entre otras, la siguiente finca: «2.ª Cinco hanegadas, dos cuarterones y siete brazas, equivalentes a cuarenta y seis áreas, once decímetros cuadrados de tierra huerta, en el mismo término de Alboraya, partida de los Desamparados, lindante: Por Norte, con tierras de don Cristóbal Gimeno; por Sur, con otra finca de esta herencia, que se adjudica a don José, doña Desamparados y don Enrique Gimeno Aguilar; por Este, las de Bruno Dorda, y por Oeste, las de Domingo Andrés. Es parte que se segrega de un campo de cinco hanegadas y un cuartón, o sean cuarenta y tres áreas setenta y tres centiáreas, veintiocho centímetros cuadrados, pero de medición practicada recientemente resulta tener cinco hanegadas, tres cuarterones y diecinueve brazas, equivalentes a cuarenta y ocho áreas cincuenta y siete centiáreas setenta y cinco decímetros cuadrados de tierra huerta, situada en término de Alboraya, partida de los Desamparados, lindante: Por Norte, con tierras de Cristóbal Gimeno; Sur, Cristóbal Aguilar; por Este, Bruno Dorda, y por Oeste, Domingo Andrés. Se adquirió esta finca por compra a doña Josefa Mercedes, don Fernando y

don Vicente Aguilar Sorni, mediante escritura autorizada por el Notario que fué de Valencia don Domingo García Tramoyeres, en 5 de septiembre de 1907, primera copia de la cual fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Oriente, de Valencia, al tomo 721, folio 207, libro 31, de Alboraya, finca número 1.605, inscripción segunda y tercera.» Destruído el Registro de la Propiedad, la citada finca no fué reinscrita.

Presentada en el Registro copia de la anterior escritura de partición, junto con otros documentos complementarios, fueron inscritas las fincas números 1 y 3 de la hijuela de doña María Aguilar Sancho, según se solicitó, y presentada de nuevo para que fuese inscrita la finca señalada con el número 2, puso el Registrador la siguiente nota: «Presentado el precedente documento a las doce horas y treinta minutos del día 1.º del corriente mes, según el asiento número 1.716 al folio 256 del tomo 24 del Diario, se suspende su inscripción en cuanto a la finca descrita bajo el número 2 de la hijuela formada a doña María Aguilar Sancho, objeto de la nueva presentación de este documento, por observarse los siguientes defectos: Primero. No aparecer inscrita a nombre de ninguno de los consortes la finca matriz, no siendo, por tanto, posible practicar la segregación que se interesa. Segundo. Tener la finca que se segrega mayor cabida que la que, según el título que se invoca, tenía la finca matriz. Tercero. No estimar posible la inscripción de la finca segregada y adjudicada al amparo del art. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento. Dichos defectos pueden subsanarse con la previa inscripción de la finca matriz y del exceso de cabida que ahora se le atribuye a favor de alguno de los causantes, inscripción previa que no será posible con la sola presentación de la escritura de compraventa que en el precedente documento se cita, otorgada en Valencia ante el Notario don Domingo García Tramoyeres en 5 de septiembre de 1907, porque dicha escritura de compraventa fué ya presentada en este Registro y retirada por su presentante, según el asiento 1.003 del tomo 24 del Diario, que lleva fecha 4 de diciembre de 1950, y del que resulta que doña Josefa Mercedes, don Fernando y doña Vicenta Aguilar Sorni venden a don Cristóbal Aguilar Monsoríu, causante de esta partición de bienes, en la fecha indicada y ante dicho Notario, tres cuartas partes indivisas de un campo-huerta de cinco hanegadas y un cuartón en término de Alboraya, partida de Los Desamparados, que es de presumir, dada la identidad de

tales circunstancias, que sea la finca matriz que nos ocupa. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.

Interpuesto recurso por doña María Aguilar Sancho, la Dirección, con revocación parcial del auto presidencial, que rechazó la nota del Registrador, confirma el segundo de los defectos señalados por éste, mediante la doctrina siguiente :

Que la negativa del Registrador plantea las siguientes cuestiones : Primera, si se pueden tener en cuenta para calificar los datos que el Registrador conozca por aparecer en un asiento de presentación ya cancelado ; segunda, si es posible la inmatriculación de una finca segregada de otra no inscrita sin inscribir previamente la de procedencia, y tercera, si, en caso afirmativo, puede inmatricularse la finca segregada con mayor cabida que aquella que tiene en el título de adquisición la finca de que procede.

Que en la calificación registral se tendrán en cuenta, además de la Ley, los documentos presentados y el contenido de los asientos del Registro que se hallen vigentes, pero no los que hubieren sido cancelados, conforme declaró la Resolución de 12 de julio de este año, aparte de que el asiento de presentación discutido no debe impedir la inmatriculación : a), porque los datos que contiene no permiten identificar la finca ; b), porque el título de adquisición alegado, aun siendo el mismo que figura en tal asiento, pudo completarse, ser modificado o convalidado por otro igual o posterior fecha, y c), porque al tratarse de un título anterior a 1 de enero de 1945, el derecho del transmitente no requiere justificación ni aun constancia en el documento presentado, en virtud de lo dispuesto por el párrafo primero del art. 298 del Reglamento.

Que los preceptos del Reglamento Hipotecario que regulan la segregación, división y agrupación de fincas, así como los excesos de cabida, se refieren a las modificaciones de hecho y de derecho de las que se hallan inscritas, y no son de aplicación a las fincas que se encuentren al margen de la institución registral, las cuales, cuando deban ser inmatriculadas, si hubieran formado parte de otras, no se requiere la previa inscripción de estas últimas porque el asiento inmatriculador versa sobre fincas formadas fuera del Registro, y que sólo a partir de su ingreso quedan sometidas a los principios hipotecarios de tracto sucesivo y especialidad.

Que la referida inmatriculación de fincas segregadas de otras no inscritas exige que ambas se describan en el título, a fin de que el Registrador pueda determinar si constan o no ya inscritas, conforme dispone el art. 205 de la Ley Hipotecaria, y que en este caso la descripción ha sido hecha no sólo con arreglo al título de adquisición de la finca originaria, cuyo asiento registral fué destruído con motivo de la guerra, sino también según una nueva y reciente medición, por lo que comprende datos suficientes para poder efectuar las comprobaciones necesarias a fin de realizar la busca pertinente.

Que como en la escritura calificada se atribuye a la finca una superficie de 46 áreas 11 decímetros cuadrados, no parece correcto que en el mismo título aparezca segregada de otra de menor extensión, lo que no ha de ser obstáculo para que posteriormente pueda rectificarse dicha cabida acogiéndose a los procedimientos establecidos al efecto por la legislación hipotecaria.

* * *

Alegó el recurrente—con razón—que al Registrador no deben interesarle las segregaciones cuando tienen lugar fuera del Registro. Hay que atenerse a los artículos 45 al 50 del vigente Reglamento Hipotecario, que al regular las segregaciones lo hacen sólo refiriéndose a fincas inscritas; y partiendo de ello todos los tratadistas dan como presupuesto del problema la previa inscripción de la finca matriz (ver SANZ, ROCA, etc.).

Tan sólo uno—VENTURA-TRAVERSET, «Temas de inmatriculación», en esta Revista, año 1947, pág. 155—, y como «de orden interno de los Registros», se ocupa de la cuestión que pueda originarse al tratar de coordinar la nueva entidad hipotecaria con las relaciones jurídicas que puedan *rozarse* (?) con la de su procedencia.

No es baldío—expresa—que conste en el Registro la descripción de la finca matriz, para que pueda establecerse, con posterioridad, el enlace debido si se pretendiera por un tercero inscribir después dicha finca matriz como algo distinto de la que ya constaba registrada. La cuestión—dice—se resuelve en algunos Registros describiendo la finca de origen en el mismo asiento de inmatriculación. En otros, se practica lo que se ha dado en llamar «reserva de folio», extendiendo una anotación de suspensión de la finca matriz, a cuyo margen se con-

signan las oportunas notas de segregación ; anotación que reserva el folio correspondiente para aquellos casos que pudiera precisar volver a operar con el resto de la finca matriz.

Pero todo esto : de orden interno de las oficinas, para una mayor claridad (y en tal sentido nos parece más ajustada a lo legislado la primera de las soluciones), no puede suponer, en caso de inmatriculación, la necesidad de la previa inscripción de la finca matriz para practicar la de segregación que es la que realmente desea inmatricularse.

Sin duda, a veces el exceso de formalismo conduce a situaciones paradójicas y hasta arbitrarias. Si en la escritura de división de las herencias de sus abuelos, de 3 de mayo de 1940, se hubiesen abstenido de decir al describir la finca adjudicada a la recurrente, que se *segregaba* de otra de *menor cabida*, pero que de *medición reciente*, etc. , sino lisa y llanamente, consignar su descripción, cabida y procedencia, en absoluto se hubiese podido por el calificador suscitar cuestión. El párrafo 1.º del artículo 298 del Reglamento es terminante. O suscitada la cuestión por la calificación que hiciera del documento de procedencia—el de 5 de septiembre de 1907—, queda de plano rechazada según es de apreciar en el segundo de los considerandos copiados.

Hay que convenir, sin embargo, que los antecedentes de la cuestión son sospechosos y justifican la nota del Registrador.

Por ello, la Dirección, en su último considerando, dúctil y ponderadamente, se hace eco del segundo de los reparos consignados en dicha nota y aunque de manera genérica se remite para rectificarlo «a los procedimientos establecidos por la legislación hipotecaria», entendemos que difícilmente pueden ser otros que los concretos de la justificación del exceso de cabida por acta de notoriedad o expediente de dominio, ya que alegado por el recurrente el del apartado D) de la regla 5.ª del artículo 298 del Reglamento, sin que lo recogiera el Ilustre Centro, al no invocarse los restantes de igual regla por el repetido recurrente, en su experto escrito impugnatorio, es fácil deducir carecería de base para alegarlos y, en su consecuencia, ser los dos expresados, por exclusión, los pertinentes al fin deseado.

N O T A

Por encargo de nuestro colaborador señor Cánovas Coutiño, transcribimos las siguientes frases que, por constar en cuartilla separada que se traspapeló, no remitió a esta REVISTA con su comentario a la Resolución de 30 de junio de 1956 (número de marzo-abril de 1957), y como final de dicho comentario:

«Y si a esto agregamos que, según la *«communis opinio»*, cuando se dispone del usufructo de una herencia se realiza una institución *«ex-re-certa»* (TRAVIESAS, LACRUZ, OSSORIO), por implicar—en palabras de la Sentencia de 11 de febrero de 1956, al principio citada—la atribución de un *«uis in re aliena»*, de índole temporal, se justifican las palabras finales del tercero de los considerandos, expresivas de que «no es de razón aplicar al legado ciertas incompatibilidades establecidas para el heredero, entre ellas la del artículo 1.057, que impide a éste ser Contador, ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva, ha de ser interpretado restrictivamente».

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L.

IV.—Sucesión «mortis causa».

SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1956.—*Memorias testamentarias. Requisitos. Necesidad de su protocolización dentro del plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador. Allanamiento a la demanda: sus efectos cuando lo realiza alguno de los varios demandados.*

Se entabló demanda sobre validez de nota o memoria testamentaria y otros extremos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola, sin hacer expresa imposición de costas, y apelada ésta, fué revocada por la Audiencia Territorial, y absolvió a los demandados, sin hacer imposición de costas en ninguna de las instancias. Interpuestos recursos de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ellos.

Los interesantes y claros considerandos de esta Sentencia, de la que ha sido ponente el señor Bonet, y en la que se desarrolla el concepto y la actuación legal de las memorias testamentarias, bien merecen su copia literal. El resumen que de ella pudiéramos hacer sería en menoscabo de su contenido. Dicen así:

CONSIDERANDO que en el Derecho anterior al Código civil las memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza del testamento, en que había de hacerse mención de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados, o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieran

como parte integrante del testamento que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión, o estableciendo algunas mandas o legados.

CONSIDERANDO que esta institución testamentaria no se originó en fuente legal alguna de nuestro Derecho, siendo introducida por la costumbre y práctica jurídicas, reconocidas por la jurisprudencia, y más tarde regulada por la Ley de Enjuiciamiento civil, obedeciendo su existencia a remediar un estado de cosas que la realidad imponía, para satisfacer los deseos del testador, que, por motivos muy respetables, quisiera dejar hasta última hora la expresión de ideas o mandatos que al principio no estaba en el caso, o no quería dar a conocer, la manifestación de ser su heredero o legatario quien, en ocasión para él más propicia, designase, etc., sin necesidad de recurrir al otorgamiento en forma solemne y, por tanto, más molesta, dispendiosa y difícil de un testamento con escribanos, testigos y demás formalidades, siendo reconocida actualmente esta necesidad por el legislador civil, al ordenar que la memoria testamentaria se haga constar por lo menos en la forma de testamento, más sencilla y más al alcance de todas las personas.

CONSIDERANDO que no había predeterminada solemnidad alguna por la Ley procesal, y si sólo debía reunir la memoria testamentaria aquellas circunstancias que produjeran su identificación y vinieran a demostrar su autenticidad, la cual se acreditaba, generalmente, por contener la contraseña, lema o palabras con que se dijo en el testamento serían encabezadas aquella o aquellas que el testador se reservaba otorgar él mismo, y por la observación judicial ulterior de que había de ser objeto al presentarse el Juez, a tenor de lo establecido en los arts. 1.969 a 1.979 de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente.

CONSIDERANDO que el Código civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, sino que se limita a declarar nulas e ineficaces las disposiciones hechas en esa forma y que no reúnan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, lo que presupone la validez y eficacia de aquellas que estén revestidas de dichas formalidades, tanto intrínsecas como extrínsecas, simultáneas a su redacción o posteriores o complementarias; pero si bien permite la subsistencia de dichas memorias y cédulas no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo, aunque supongan la existencia de un testamento que las insinúa, al cual complementan, modifican o derogan.

CONSIDERANDO que tanto en el anterior orden legal como en el vigente es indispensable, para la eficacia de las cédulas, papeles privados y memorias testamentarias que éstas se eleven a instrumento público o se protocolicen, según su clase, para cuya formalidad la Ley de Enjuiciamiento civil tenía establecido en los Títulos VI y VII, primera parte de su Libro III, el procedimiento a seguir en cada uno de los casos, pero equiparadas al testamento ológrafo dichas manifestaciones de última voluntad,

en cuanto a los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse, para la protocolización de las mismas, el establecido en los arts. 689 a 693 del Código civil, y no el ordenado en dicha Ley, cuyos preceptos en este punto han quedado derogados virtualmente.

CONSIDERANDO que, de acuerdo con el principio establecido como base de las disposiciones transitorias del Código civil, según el cual no tendrán efecto retroactivo las variaciones introducidas en el mismo que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, y a la regla segunda de las consignadas en dichas disposiciones, surtirán todos sus efectos las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de empezar a regir dicho Código, si bien la revocación o modificación de las mismas, o de alguna de sus cláusulas, no podrá llevarse a efecto después, sino testando con arreglo al mismo, puesto que éste es un acto jurídico ocurrido bajo el régimen de la nueva legislación.

CONSIDERANDO que, esto sentado, como acertadamente afirma la Sala sentenciadora, «es insostenible la pretensión suplicada en la demanda de que sea protocolizada la nota testamentaria originadora de la litis, porque si bien con ello se reconoce la necesidad de ese requisito, para que se produzca la virtualidad jurídica de tal memoria, cual venía exigiéndose en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, y en la actualmente vigente, como quiera por los arts. 689 y sucesivos del Código civil, que ordenan la protocolización dentro del plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador, y a este término fijado imperativamente queda vinculado el derecho de forma que su caducidad deviene «ope legis» por el transcurso del tiempo señalado para su ejercicio, sin que posteriormente pueda convalidarse, resulta una plena decadencia de derechos por invalidez del testamento o nota, con efecto radical y automático que imposibilita accionar, ya que el amplio plazo concedido para la protocolización tiende a procurar la seguridad jurídica y a evitar permanezcan indefinidamente en lo incierto la eficacia y validez de las disposiciones testamentarias».

CONSIDERANDO que, como tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 27 de abril de 1940, el testamento ológrafo formalizado por el testador, única persona que interviene en su otorgamiento, prescindiendo de toda formalidad de carácter público, no adquiere validez, según el artículo 689 del Código civil, hasta la protocolización, que le confiere una especie de confirmación judicial que lo eleva a la categoría de documento público, y este artículo, formulado en forma imperativa—deberá protocolizarse—, lo que exige es que se obtenga la protocolización, sin otra determinación, en cuanto al modo de proceder, que la presentación del testamento al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiera fallecido, y *con el requisito esencial de que esa presentación se realice dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento, estableciendo el citado precepto un plazo de caducidad o decadencia de cesación del valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático y*

con determinación precisa del día en que comienza su computación, por lo que no puede invocarse para su interpretación el art. 1.969 del mismo Código civil, sólo aplicable a la prescripción, institución ésta sujeta a otros principios en atención a que, reconociendo por causa la inercia del titular del derecho, admite impedimentos *ratione initii* y motivos de interrupción y de suspensión, no pudiendo ser omitidas las solemnidades establecidas por la Ley para los actos jurídicos, sin que se produzca el efecto de invalidez, especialmente en materia de testamentos, pues en cuanto a éstos, las prescripciones legislativas propenden a garantizar los derechos del testador, los de terceras personas que pueden tenerlos adquiridos y, a veces, el interés social, y la protocolización tiene en el testamento ológrafo extraordinaria importancia, por ser la solemnidad que le imprime carácter de documento público.

CONSIDERANDO que, como también tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 11 de febrero del año actual, establecidos en los arts. 689 y siguientes del Código civil, los requisitos inexcusables para advenir los testamentos ológrafos, y el modo, tiempo y forma de hacer esta adveración, no es posible sin que se cumplan esos inexcusables requisitos, tener como última voluntad del finado, lo que puede expresarse en los documentos, ni suplir de oficio esos requisitos, ni pretender que en el pleito y al socaire de las concretas pretensiones que en él se formularon se obtengan tardíamente declaraciones que tienen inicialmente su cauce adecuado, aunque últimamente puedan ser combatidas en un ulterior proceso declarativo.

CONSIDERANDO que, en virtud de lo expuesto, es desestimable el motivo primero del recurso interpuesto por los actores, don M. y doña P. G. M., al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto parten de que el requisito de la protocolización dentro del plazo del testamento ológrafo no alcanza a la referencia del art. 672 del Código civil para la validez de las cédulas o papeles privados.

CONSIDERANDO que igual suerte ha de correr el motivo segundo, que amparado en el propio número acusa infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 738 del Código civil, y por violación de los arts. 704 y 743 del mismo Código y de la doctrina legal que cita, por ser simple consecuencia del motivo anterior, ya desestimado.

CONSIDERANDO que tampoco la Sala sentenciadora ha incidido en el error de hecho en la apreciación de la prueba que se le imputa en el tercer motivo del indicado recurso, ya que la ineficacia de la nota, por falta de protocolización en el plazo de cinco años señalado por el art. 689 del Código civil, le ha impedido extraer otras consecuencias que tengan trascendencia en el fallo, por cuyo fundamento es desestimable el motivo examinado, así como el cuarto del propio recurso, alegado como subsidiario del anterior.

CONSIDERANDO que, como tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 3 de abril de 1946, si bien el allanamiento de alguno de los deman-

dados puede y debe, por regla general, surtir el efecto que le es propio, en justo acatamiento al principio de la congruencia y a la facultad de disposición de los derechos privados renunciables, tal doctrina carece de aplicación, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, cuando la acción que se ejercita contra varios es la misma, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad; porque existiendo en tal caso solidaridad jurídica entre los demandados, a quienes se exige una misma prestación, no hay posibilidad de fallar en forma distinta en cuanto al allanado, por el solo hecho de serlo, a no ser con mengua de la unidad que debe presidir las resoluciones judiciales dictadas en estas circunstancias.

CONSIDERANDO que en inexcusable aplicación de esta doctrina legal al caso de autos, son improcedentes los motivos quinto y sexto del recurso interpuesto por don M. y doña P. y primero y segundo del formalizado por doña M. de la P. y doña M. del P. G., procediendo en consecuencia a la desestimación total de ambos recursos.

El estado de esta cuestión de las memorias testamentarias en el Derecho anterior al Código civil nos lo explica Benito Gutiérrez así: «Se conocen con este nombre—dice—ciertos escritos privados a los que se refiere el testador como parte de su testamento. Las antiguas leyes callaron sobre esta manera de expresar la voluntad; la práctica las había admitido y la Ley de Enjuiciamiento, indirectamente, las confirmó, dando reglas para elevarlas a instrumento público. Subsisten por igual motivo que ha habido para que los modernos Códigos admitan los testamentos ológrafos escritos de mano y letra del testador. Conviene, a no dudarlo, que pueda un testador reservarse una declaración que no quiere que aparezca en el testamento, que disponga de este medio para alterar algunas de sus cláusulas, sin tener que ocupar a cada paso a escribanos y a testigos. El uso no lo criticamos; lo peor es el peligro de su ejercicio. Para que las memorias prevalezcan contra la disposición de la Ley que terminantemente reprueba las últimas voluntades que carezcan de las solemnidades señaladas a los testamentos, ha sido menester considerarlas parte integrante de los mismos, insinuarlas por cláusula especial, más o menos precisa, pero siempre lo bastante, a fin de que en ellos reciban su valor y su fuerza. Ahora bien, ¿cuál es el límite de esa facultad? ¿Se comprende que exista oposición entre el testamento y la memoria? ¿Que la voluntad oculta, y, como privada, informal, derogue la voluntad pública, exenta, por lo tanto, del peligro de sugestión o violencia? No es ésta nuestra opinión, añade Gutiérrez; los pleitos producidos por tales memorias y el número infinito de las que se han anulado ponen de manifiesto los inconvenientes y enseñan a la vez el único camino de remediarlo. No porque la ley calle, no porque la doctrina sea incierta y vacilante, faltan a la crítica racional principios fijos para resolverla. En la memoria testamentaria no se pueden instituir herederos ni poner condiciones imprevistas al instituido; sólo se permite hacer declaraciones anunciadas previamente en el testamento. Una de estas declaraciones puede tener por objeto revelar el nombre del heredero, de

modo que si el testador dijese que quiere sea su heredero el sujeto cuyo nombre tiene escrito de su puño en un papel o memoria reservada en tal parte, o que tiene tal persona, o si dijese que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravamen, y en los bienes y forma que expresará en memoria testamentaria que quiere se estime por parte de su testamento, serán válidas estas disposiciones. Covarrubias, citado por Matienzo, Ley 1.^a, glosa 16, número 13, dice que esto se entiende cuando la cédula a que se hace referencia sea indubitada y no se haya promovido controversia sobre su identidad.»

El Código civil vino a recoger las aspiraciones de la doctrina con su artículo 672, y a poner fin a esos escandalosos pleitos, aludidos por Gutiérrez, sobre validez de memorias testamentarias escritas por oculta mano o de letra del favorecido, «bajo la inspiración siempre astuta de la codicia y del fraude».

Es curioso el caso contemplado por la Resolución de la Dirección de los Registros de 12 de mayo de 1883: El testador instituyó herederas a sus dos hermanas y dispuso que se cumpliese por sus albaceas y herederas lo ordenado en un papel privado, escrito de su puño y letra en un pliego de papel simple, que se encontraría en una carpeta entre los papeles de su casa de Tortosa, y que quería se considerase como parte integrante de su testamento y con igual fuerza que si fuese tal, el cual documento empezaría así: «Bendita sean», etc. Este papel privado no se encontró; por ello las herederas otorgaron escritura de partición prescindiendo de él, y el Registrador no inscribió, «porque siendo las memorias testamentarias el complemento del testamento e indicándose en éste la existencia de aquella, queda el mismo incompleto, no pudiendo, por lo tanto, venirse en conocimiento de cuál fué la voluntad del testador». La Dirección declaró inscribible la partición, porque el testador no hizo depender la validez del testamento de que la memoria apareciese o no entre sus papeles, porque a lo imposible nadie está obligado, y porque aun en el caso de que más adelante pareciese la memoria, no sería obstáculo a su cumplimiento la inscripción solicitada si en ésta se hace constar la voluntad del testador y la circunstancia de no haberse encontrado aquella.

Se ha planteado el problema de la subsistencia de las memorias testamentarias, en su forma tradicional, en los Derechos forales. La mayoría de los tratadistas de Derecho foral catalán entienden que las antiguas memorias habían pasado a formar parte de la legislación foral catalana, en virtud de la costumbre y de la jurisprudencia, y, por lo tanto, es derecho que ha de ser respetado y conservado, conforme al art. 12 del Código civil. De la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1917 («Gaceta» del 23-IX-917, Colección legislativa, tomo 57, pág. 724), se deduce la subsistencia de tales memorias en las legislaciones forales (se discutió un caso en Derecho aragonés), con tal de que se haga mención expresa de la memoria en el testamento; y sin perjuicio de la validez de las que tengan los requisitos del testamento ológrafo, ya que esta forma de testar

es aplicable, como derecho supletorio, a los territorios forales, en defecto de sus peculiares leyes.

La solución dada al problema del plazo de protocolización por la Sentencia que nos ocupa, no cabe duda que es la correcta, partiendo, como no hay más remedio, de la equiparación hecha por el Código entre las memorias y los testamentos ológrafos, en cuanto a sus requisitos. Manresa no dudaba en afirmar que igualadas las memorias testamentarias al testamento ológrafo, en lo referente a los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse para la protocolización de las mismas el procedimiento establecido en los arts. 690 al 693 del Código y no el ordenado en la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyos preceptos en este punto han quedado sin aplicación, virtualmente derogados.

BARTOLOMÉ MENCHEN

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1956.

VENDIDOS CIERTOS BIENES INMUEBLES EN EL EXTRANJERO, SITUADOS FUERA DE ESPAÑA, POR DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE UN ESPAÑOL, PARA PAGAR DETERMINADOS LEGADOS EN ESPAÑA EN METÁLICO, ES EXIGIBLE EL IMPUESTO SUCESORIO.

Antecedentes.— El testador, de nacionalidad española, falleció en Liverpool, donde estaba domiciliado, bajo testamento, en el que dispuso que sus ejecutores testamentarios vendiesen todos sus bienes allí situados, incluso los inmuebles, convirtiéndolos en dinero con cargo al que pagarían sus deudas, los gastos de testamentaría y los legados sin ningún descuento ni cargas, y ordenó que el resto del metálico resultante lo dividiesen y entregasen por partes iguales entre las tres hermanas del testador, españolas y residentes en España, o entre las que de ellas viviesen en el momento de la muerte del testador.

Las tres hermanas vivían, efectivamente, al morir el causante, y los testamentarios cumplieron su encargo y, con intervención del Cónsul de España en dicha ciudad de Liverpool, depositaron el importe líquido de la herencia en la cuenta corriente del Ministerio de Asuntos Exteriores, en concepto de depósito, por cantidad de

3.251 libras 7 chelines y 8 peniques, la cual, convertida en moneda nacional por el Instituto de Moneda Extranjera, dió el valor definitivo de 143.014,65 pesetas.

Si bien las tres hermanas vivían en la fecha del fallecimiento del testador, una de ellas falleció poco después, y con tal motivo las supervivientes presentaron en la A. del E. una declaración de bienes en relación con las herencias de los hermanos premuertos, declarando como únicos bienes del hermano fallecido la citada cantidad de 143.014,65 pesetas, y como exclusivo patrimonio de la otra hermana. la tercera parte de esa suma, o sean 47.671,55 pesetas, de las que habrían de deducirse los impuestos y gastos que se hubiesen de satisfacer.

Además, alegaron, en cuanto a la herencia del hermano, que toda vez que habían sido pagados los impuestos en la Gran Bretaña y que se referían en su mayor parte a bienes inmuebles y derechos reales situados en el extranjero, era indudablemente procedente la exención tributaria y, consiguientemente, solicitaron la práctica de la liquidación definitiva en cuanto a tal herencia como exenta, y que se tuviese en cuenta lo expuesto a los efectos de la liquidación de la herencia de la otra hermana.

Todos los extremos aludidos fueron documentalmente acreditados.

La O. Liquidadora adicionó al caudal hereditario declarado del causante la cantidad que por presunción reglamentaria correspondía por ajuar de casa y fijó la base liquidable de la herencia del hermano en 145.874,95 pesetas, y la de la hermana fallecida en la de 46.558,42 pesetas, girando las correspondientes liquidaciones, las cuales, en cuanto se refiere a la sucesión causada en Inglaterra, fueron recurridas, alegando el artículo tercero de la Ley del Impuesto, entre otros, diversos artículos de su Reglamento y del Código civil, el Reglamento de la Carrera Consular y varios Tratados internacionales.

El recurso fué desestimado en primera instancia, sustancialmente porque no se trataba de una sucesión de bienes inmuebles y sí de un saldo de libras esterlinas, según resultaba fehacientemente de un oficio del Ministerio de Asuntos Exteriores, sin que por otra parte se hubiese acreditado el pago del impuesto por la herencia en Inglaterra.

En segunda instancia se insistió en lo razonado en primera ins-

tancia y especialmente en que estaba plenamente acreditada la enajenación de los bienes del causante en el extranjero.

El Tribunal Central desestimó el recurso diciendo que, aun partiendo de la validez formal del testamento del causante, con arreglo a los artículos 10 y 732 del Código civil, su sucesión se regularía civilmente por la Ley española y los beneficiarios de la sucesión estarían sujetos a las obligaciones tributarias de nuestro Derecho para los bienes situados en el territorio nacional o que, sin estarlo, se considerasen, a esos efectos, como legalmente situados en España, y a los mismos efectos y en igual sentido debían ser aplicados los artículos 42 y 43 de la Ley y 1.º al 4.º del Reglamento del Impuesto; y que, en conclusión, en el caso de autos las tres hermanas no adquirieron a título hereditario el dominio sobre bienes inmuebles determinados, sitos en territorio extranjero, por lo que carecía de aplicación la exención del impuesto invocada con apoyo en el número 1.º del artículo 3.º de la Ley del Impuesto y número 1.º del artículo 6.º de su Reglamento, como pretendían las recurrentes, cuyo criterio era el sustentado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1935.

La Sala, en la Sentencia que examinamos, considera en primer lugar el aspecto del problema referente a la exacción del impuesto sobre el caudal relicto, y partiendo de la norma del artículo 253 del Reglamento, relativa a que las reglas de liquidación y exacción de este impuesto serán las del de derechos reales, o sea que se girará sobre los bienes que radiquen en territorio nacional o en él se consideren situados —artículos 1.º y siguientes del mismo Reglamento—, dice que al no haberse acreditado que los cuestionados carecían de tal condición, deben estimarse sometidos a dicho impuesto.

En cuanto al segundo punto referente a la sujeción al Impuesto de Derechos reales, dice la Sala que tampoco es procedente la exención, porque limitado el beneficio, a tenor del artículo 1.º de la Ley y del 6.º del Reglamento, a los inmuebles y derechos reales situados en el extranjero o en territorio exento, es claro que «al haber ordenado el señor Manjarrés Fernández en su citado testamento la venta y realización de todos sus bienes y derechos por sus albaceas para la distribución de su importe entre sus hermanas, no les transmitió esos bienes y derechos y sí tan sólo su valor dinerario, a adquirir por las mismas en la forma prevista en el artículo 1.068 del Código civil».

Comentarios.—En el número de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, correspondiente a mayo-junio de 1956, comentamos la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo antes reseñada y originadora de este pleito. La comentamos favorablemente y hoy, claro es, hemos de hacer otro tanto con la Sentencia que la confirma y es objeto de este comentario.

Para nosotros es indiscutible que las herederas no adquirieron bienes y derechos reales situados en el extranjero, sino cierta cantidad en metálico, siquiera procediera de la venta de bienes o efectos enajenados fuera de España, y por lo mismo no se da el supuesto de la exención prevista en el número 1.º del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto, que, como es sabido, se refiere a los inmuebles situados en el extranjero, y se da, en cambio, la previsión del número 3.º del apartado 3) del artículo 1.º del mismo texto reglamentario al decir que el impuesto grava las transmisiones de bienes muebles adquiridos por españoles aunque no se hallen materialmente en territorio español.

La Sentencia y también la Resolución del Central refuerzan su tesis con la doctrina de la Sentencia de 1 de julio de 1935, y detallándola nosotros decimos que, efectivamente, guarda no pequeña analogía con la cuestión ahora controvertida: se trataba de un legado en pesos oro establecido en un testamento otorgado en Cuba, y al no existir metálico en la herencia fué necesario vender inmuebles situados en aquella isla para pagarlo. La Sala resolvió que era procedente la liquidación practicada, a tenor del citado artículo del Reglamento.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1956.

CALIFICADO UN CONTRATO POR CORRESPONDENCIA SOBRE ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA COMO SIMPLE COMPRAVENTA Y NO COMO SUMINISTRO; NO HA LUGAR A APLICAR LA NORMA DEL ART. 59 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO QUE MANDA GIRAR LA LIQUIDACIÓN AL TRANSMITENTE.

Antecedentes.—Por medio de carta, la Entidad «Hidroeléctrica Española» se dirige a la «General Eléctrica Española» solicitando el

envío de cuatro transformadores, cuyas características se detallan, por un importe de más de dos millones de pesetas.

Presentado el documento en la O. Liquidadora, ésta giró la oportuna liquidación aplicando la tarifa correspondiente a «muebles», número 46 de la misma, con una cuota de 86.154,29 pesetas, a cargo de la vendedora, «General Eléctrica Española», la cual, no conforme con tal calificación jurídico-fiscal, entabló reclamación económico-administrativa diciendo que la liquidación incidía en el defecto de no haber aplicado el número 8.º de las exenciones de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento, y en el de haber olvidado la norma del artículo 59 del Reglamento en orden a la persona obligada al pago del impuesto, cuya norma previene que el obligado al pago es el adquirente de los bienes de que se trata. Consecuentemente, dice la recurrente, procede declarar la exención del contrato por tratarse de una venta concertada por correspondencia sobre artículos propios de la industria del vendedor. En definitiva, solicitó la declaración de la exención, o, en otro caso, que la Entidad accionante no era la obligada al pago del impuesto.

El Tribunal Económico Provincial desestimó el recurso, fundado en que la exención alegada no se puede otorgar a contratos como el discutido en el que se señalan características técnicas y económicas con presupuestos y proyectos que exceden al mero contenido de la correspondencia mercantil; y sin que tampoco sea aceptable el segundo motivo del recurso sobre el supuesto error en la determinación de la persona obligada al pago del tributo, porque a ello se opone lo prevenido en los apartados 4) y 5) del art. 18 del Reglamento en relación con la regla segunda del art. 59 del mismo texto legal.

Ante el Central, la reclamante insistió en sus puntos de vista, haciendo hincapié en que el contrato no tenía los caracteres del de suministro y en que, en todo caso, no podía ser ella la obligada al pago, sino la Sociedad adquirente de la maquinaria.

El Tribunal Central empieza por decir que la calificación del contrato discutido es cuestión de verdadera trascendencia en este caso, no sólo por su relevancia respecto a la exención pretendida, sino además por la determinación de la persona obligada al pago del impuesto. Eso supuesto, añade que el contrato de suministro, silenciado en la legislación sustantiva, lo recoge con precisión la del Impuesto de Derechos reales, y aunque a efectos puramente civiles pudiera calificarse como una variedad específica del contrato de com-

praventa, en la ley fiscal tiene una fisonomía propia y característica determinada en el art. 25 del Reglamento, siguiente en número al que regula la venta de bienes muebles, definiéndolo como aquel en que una persona se obliga a entregar a otra, en plazos sucesivos y mediante precio, una pluralidad de objetos muebles.

Cierto es, sigue diciendo, que en el documento que se discute se consigna o establece la entrega inmediata de la mercancía, pero no lo es menos que en tal documento esa entrega está subordinada al pedido, programación y construcción de las máquinas, y que tal carta-contrato hace referencia a otra de fecha 29 de marzo de 1948, en la que se señalaban las características de aquellos artefactos, cuyo documento, dada su importancia, debió ser unido al presentado a liquidación, o al menos al recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y con cuya omisión se privó a la Oficina gestora y a la jurisdicción de un elemento de juicio de evidente trascendencia para enjuiciar con verdadero conocimiento de causa.

Así, pues, no estando limitado el contrato al mero pedido de géneros, sino que en la carta aludida y silenciada se señalaban características que implicaban la fabricación adecuada, es claro que no es procedente la exención y que son aplicables los apartados 4) y 5) del artículo 18 del Reglamento, y el 4) del 25, según los que «cuando el Contratista pone la totalidad de los materiales y se dedica habitualmente a la confección de obras o productos análogos», el contrato debe tributar como compraventa de bienes muebles; y ello, añade el Central, aun manteniendo la calificación jurídico-fiscal de suministro con ejecución de obras; con la consecuencia, todo ello, de tenerse que desestimar la petición sobre que la persona obligada al pago no es la demandante, y sí la Entidad adquirente de las máquinas, porque, como previene el apartado 2) del art. 59 del Reglamento, en los contratos de ejecución de obras y en los de suministro, satisfará el impuesto el Contratista, incluso en los casos en que, conforme a lo prevenido en los párrafos 4.º y 5.º del art. 18, se aplique el tipo de las compraventas.

La Sala, en su Sentencia, empieza por afirmar que, con arreglo a la carta-pedido de 22 de abril de 1948, objeto de liquidación, y a la vista de sus cláusulas, en letra de imprenta unas y otras a máquina, se trata de un pedido de máquinas eléctricas con entrega inmediata, sin que consten condiciones específicas de fabricación ni entregas sucesivas o periódicas, y que, por consiguiente, el contrato

no es calificable de suministro, ya que éste se define en el art. 25 del Reglamento como aquel en cuya virtud una persona se obliga a entregar a otra, en plazos sucesivos y mediante precio, una pluralidad de cosa mueble, y, consiguientemente también, al no tratarse de ejecución de obra con suministro, tampoco es aplicable la antedicha norma segunda del art. 59 citado en cuanto a la persona obligada al pago del impuesto, siendo, en cambio, aplicable la norma general del mismo artículo, según la cual el obligado al pago es el adquirente y no, en definitiva, la Entidad demandante.

Por último, en cuanto a la exención, invocada al amparo del número 8.º del art. 6.º del Reglamento, la Sala dice que no ha lugar a pronunciarse, tanto porque no es objeto de la demanda tal declaración, cuanto porque «en el hipotético caso de estar el acto sujeto al impuesto, nunca será la persona obligada al pago la parte recurrente», y, en definitiva, anula la liquidación discutida.

Comentarios.—Desde el momento en que ante la Sala no se planteó el tema de la exención del acto discutido al amparo del art. 6.º, número 8.º, y que aquélla no entra a dilucidar esa cuestión, tan debatida y tan reiteradamente tratada en las páginas de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, nosotros no hemos de ocuparnos de él, y, consecuentemente, nos limitaremos a tratar de la cuestión referente a la determinación de si, en el caso de autos, era o no la demandante la persona obligada al pago del impuesto.

Para ello ha de empezarse por fijar la verdadera naturaleza del contrato, es decir, si realmente se trataba de un contrato de suministro o de una mera ejecución de obra, o más bien de una simple compraventa.

Nosotros, sin más datos o elementos de juicio que los que nos da la copia de la Sentencia, nos encontramos con que la Sala no se refiere, al razonar en los considerandos, más que a una sola carta de pedido de las máquinas, mientras que la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, según se lee en los resultandos de la misma Sentencia, hace concreta mención de otro dato sobre el que argumenta, cual es el de que a la carta-pedido precedió otra precisando las características y condiciones de la maquinaria que se pretendía adquirir y que había de ser construída a tenor de ellas por la Sociedad recurrente para ser entregada a la otra Entidad contra-

El dar por sentado uno u otro antecedente de hecho, cambia por completo el aspecto del problema jurídico-fiscal, a la manera en que el viajero que cambia el rumbo cambia también el punto de destino.

Si, efectivamente, no existe más que una carta-pedido escuetamente, claro es que el acto fiscal de suministro no existe, dada la definición fiscal del mismo antes anotada, y no habrá más que una mera compra-venta por correspondencia.

No hemos de entrar ahora, ya que la Sala no lo hace, en la disquisición, tantas veces estudiada, como antes hemos insinuado, en esta Sección de la Revista, de la exención de los contratos por correspondencia y de las circunstancias que en ellos han de concurrir para que la exención se dé conforme al verdadero espíritu del Reglamento, y nos limitamos a decir que si el pedido de la maquinaria se hizo lisa y llanamente, no hay duda de que el contrato es de simple venta y no hay posibilidad de aplicar el apartado 2) del art. 59 del Reglamento y de exigir el impuesto a la constructora de los aparatos ; pero si, como se desprende de la referencia que hace la Sala del acuerdo del Tribunal Central, hubo no un simple pedido de máquinas determinadas, sino una petición de construcción de las mismas con arreglo a determinadas características, no es menos claro que ello engendraría un contrato de ejecución de obra que habría que tarificarlo como venta de cosa mueble, ya que así lo disponen los arts. 18 y 25 del Reglamento en sus apartados, respectivamente, 5) y 4), con la consecuencia indeclinable de que, en tal supuesto, la liquidación habría de girarse a cargo del ejecutor de la obra construída, no del adquirente, porque así lo dispone el repetido apartado 2) del asimismo repetido art. 59.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1957.

ACORDADA UNA EMISIÓN DE ACCIONES COMO AMPLIACIÓN DE CAPITAL CON DERECHO PREFERENTE DE SUSCRIPCIÓN A FAVOR DE LOS ACCIONISTAS, LA LIQUIDACIÓN POR IMPUESTO DE DERECHOS REALES HA DE GIRARSE SOBRE LA BASE DEL NOMINAL DE LAS ACCIONES, ADICIONADO CON EL IMPORTE DE LA PRIMA DE EMISIÓN, AUNQUE LA ESCRITURA DE AMPLIACIÓN SEA MODIFICADA POR OTRA POSTERIOR EN LA

QUE SE ACUERDE QUE DICHA PRIMA HA DE SER SATISFECHA POR LA SOCIEDAD EMISORA, CON CARGO A LAS RESERVAS DE LA MISMA.

Antecedentes.—Una Sociedad acuerda en escritura pública la emisión de nuevas acciones de quinientas pesetas de valor nominal, suscribibles con preferencia por sus accionistas, desembolsando dicho valor, más el de la prima de emisión, fijado por la Administración en 1.485 pesetas por acción.

Presentada dicha escritura en la Oficina Liquidadora, fué complementada con otra posterior, presentada cuando aquélla estaba pendiente de liquidación, haciendo constar que la prima de emisión no sería satisfecha por los accionistas suscriptores, sino por la misma Sociedad emisora, con cargo a las reservas sociales, y ello no obstante, se giró la liquidación como aumento o aportación de capital, sobre la base del valor de las nuevas acciones, más la prima de emisión.

Recurrida la liquidación, no prosperó el recurso ni en primera ni en segunda instancia, y el Tribunal Central, después de analizar el sentido de la legislación sobre la materia, especialmente la Exposición de Motivos de la Ley de 31 de diciembre de 1946, y el preámbulo de la Orden de 28 de febrero de 1947, en relación con el concepto que al legislador le merece la emisión de acciones con prima, dijo que «generada concretamente la obligación de aportación reglamentaria de la prima de emisión por consecuencia de la Orden ministerial que fija su exigencia, tal aportación se produce de derecho en el presente caso por vía compensativa con cargo a la distribución de reservas o beneficios que en favor de los accionistas aportantes implica o supone la previa renuncia por parte de la Sociedad a la exigencia de tal prima, elementos sobrados para calificar dichos actos como de aportación. Esto aparte de que lo consignado en la primera escritura no puede desvirtuarse con la posterior subsanación o rectificación, sopena de infringir las reglas fundamentales de liquidación».

La Sala, en la Sentencia que nos ocupa, confirma el acuerdo del Central e invoca el art. 58 del Reglamento y afirma que lo consignado en la primera de las dos citadas escrituras no es rectificable, a efectos fiscales, por las partes, sin que preceda decisión firme judicial o administrativa que declare la nulidad, rescisión o resolución del acto.

A lo dicho añade la Sala otra apostilla que, para nuestro modo de

ver el caso, tiene importancia, ya que dice que, sin entrar a revisar el fondo, «podrían no ser los números 1) y 10) del art. 19 del Reglamento los aplicables, sino el 3) del mismo artículo».

Comentarios.—Por nuestra parte estamos conformes con el sesgo dado por ambas jurisdicciones al caso en cuanto a que la segunda escritura era ineficaz fiscalmente para modificar el contenido de la primera, dado el texto categórico del citado art. 58 del Reglamento, que no consiente que los contratantes, una vez perfeccionado un acto o contrato, lo modifiquen sin consecuencias fiscales. Claro es que, civilmente y con todas sus consecuencias, lo pueden hacer libremente, pero ante el impuesto no consiente la ley que lo regula que la modificación se haga impunemente. La Hacienda sacará del primer acto o contrato todas las consecuencias fiscales reglamentarias y exigirá el impuesto que les corresponda, sin atender para nada a la modificación e incluso a la anulación, y con tal rigor, que el nuevo acto o contrato es, a su vez, objeto de nueva liquidación.

Otra cosa es cuando la modificación, rescisión, etc., tienen lugar previa decisión judicial o administrativa, ya que, en tal caso, si el acto queda inexistente, solamente se liquidará en cuanto a los efectos lucrativos que haya podido producir, con las devoluciones procedentes, y si, aunque modificado, permanece, se liquidará con arreglo a las características que presente.

Sobre el fondo del problema, y especialmente sobre el aspecto del mismo apuntado por la Sala, al que acabamos de referirnos, decimos que es un punto de interesante controversia. Se refiere a la calificación jurídico-fiscal que debe merecer la prima de emisión de las acciones por aumento de capital, ya sea determinada por el Fisco, ya por la Sociedad emisora, esto es, si ha de liquidarse como simple aportación, liquidable por el concepto y tipo de aportación social, o más bien si tal prima envuelve un acto de «cesión», prevenido en el apartado 3) del art. 19 del Reglamento y liquidable como tal al tipo del 3 por 100.

Cuando el accionista suscriptor da a cambio de la acción una cantidad superior al valor nominal de la misma, es claro que si el nominal es de 500 pesetas, por ejemplo, y él entrega a la Sociedad 750, la diferencia de 250 que la Sociedad recibe, y con las que incrementa el haber social, no implican una aportación exactamente de la misma naturaleza que las 500 equivalentes al valor nominal de la

acción, porque la acción, por razón de su naturaleza, representa una parte alicuota del *capital social* igual a ese nominal, y no mayor, cualquiera que sea la cantidad que a cambio de ella entregue el socio aportante a la Sociedad. Con la aportación de tal mayor valor aportado es como surge el problema a que nos referimos, el cual resuelve el Reglamento.

Cuando se presenta, al constituirse la Sociedad, aportando algún socio bienes o derechos de mayor valor que el de las acciones que a cambio de ellos le entregan, el Reglamento lo resuelve diciendo en el apartado 2) del art. 19 que la diferencia entre el valor nominal de la acción y el de los bienes recibidos se liquidará como cesión a la Sociedad; y esto supuesto, en el caso de emisión de acciones con prima de emisión que los accionistas pagan e ingresan en la Sociedad, junto con el valor nominal de las mismas, ¿qué criterio se habrá de seguir? Tal aportación de primas o sobreprecio habrá de liquidarse por el concepto de aportación al 1 por 100, o más bien aplicando el antedicho precepto, como cesión a favor de la Sociedad.

Este es el problema que apuntaba la Sentencia, como antes indicamos, y en el que no hemos de entrar, limitándonos a enunciarlo, porque lo tenemos tratado reiteradamente y con detenimiento en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y especialmente en los números de marzo-abril de 1955 y septiembre-octubre de 1956, y a ellos remitimos al lector a quien interesen mayores esclarecimientos, concretándonos aquí a recordar que los dos criterios extremos han sido matizados con un tercero, en los tres casos discutidos ante el Tribunal Central, uno de ellos con elevación del expediente en consulta al Ministerio de Hacienda. Los dos criterios extremos son: uno, el de liquidar el importe de las primas de emisión sumado al valor nominal de las acciones como «aportación» social, por el número 58 de la Tarifa al 1 por 100, y otro el de liquidar el impuesto de las primas como «cesión» del socio a la Sociedad por el concepto «muebles», al 3 por 100; y el tercero, producido con motivo de un caso de ampliación con prima de emisión, a la que señaló la Administración un valor oficial distinto e inferior al fijado y exigido por la Sociedad emisora: en este caso surgió ese tercer criterio, consistente en aplicar al valor oficial de la prima, sumada al nominal, el tipo del 1 por 100, y al resto del importe de la prima, el del 3 por 100, con un criterio ecléptico de más difícil defensa jurídica que cualquier-

ra de los otros dos, como no es infrecuente que ocurra con las soluciones eclépticas.

El problema no ha sido aún abordado, que nosotros sepamos, por el Tribunal Supremo, y hasta que ese momento llegue, nos remitimos a nuestros aludidos comentarios.

LA REDACCIÓN.

VARIA

ANUARIO DE DERECHO ARAGONÉS.—«Estudios de Derecho aragonés», Consejo Superior de Investigaciones Científicas, tomo VII. Zaragoza, 1953-1954.

Se inicia el tomo VII de esta publicación con una ponencia de don Ramón SÁINZ DE VARANDA que tiene por título *El Consejo de Parientes en el Derecho civil aragonés*. Se trata de una institución consuetudinaria del Alto Aragón, que se recoge en toda la zona en que rige la Casa Aragonesa y tiene por objeto la perpetuación de ésta. Nace, casi exclusivamente, en capitulaciones matrimoniales y su vigencia ha sido repetidamente afirmada por la jurisprudencia. La composición del Consejo se rige principalmente por dos criterios: el que atiende al objeto para el que se constituye y el que atiende a la confianza que se deposita en las personas llamadas a formarlo. Todo el mecanismo de la composición está informado de una idea básica: rehuir la actuación de la justicia oficial, resolviendo las cuestiones de familia en el seno de la misma. Carece de presidente y, por tanto, el voto dirimente suele recaer en el párroco, el juez o el alcalde. Por las diversas funciones encomendadas o por la diversa procedencia de los bienes que se trata de administrar, pueden coexistir dos o más Consejos.

Excepto en algunos casos relativos a tutela o administración de bienes de menores, en los que se logra cierta permanencia, la actuación del Consejo es esporádica. La convocatoria suele realizarla el interesado por sí mismo, pues no existe presidencia, y los acuerdos se toman por mayoría, después de la correspondiente deliberación.

El autor estudia algunos problemas que plantean ciertos casos de desacuerdo, y señala la conveniencia de que en una posterior ordenación del Derecho aragonés se regulen con claridad estos puntos dudosos, como la convocatoria, el modo de deliberar y la forma de los actos.

Las funciones encomendadas al Consejo de Parientes son muy variadas y de ellas hace SÁINZ DE VARANDA un detenido estudio. Con respecto al Derecho de Familia, son reducidas en materia tutelar, debido sin duda al escaso desarrollo de esta institución en nuestro Derecho regnícola, pero son muy amplias en actos de derecho matrimonial; así, en capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal, comunidades familiares y donaciones *propter nuptias*. Sin embargo, es en Derecho sucesorio donde las facultades del Consejo son más relevantes, siendo la principal la designación de heredero. Se trata de una institución de heredero remitida al arbitrio de un tercero que persigue la doble finalidad de evitar la sucesión intestada, a la vez que una institución de herederos apresurada. El autor estudia la naturaleza jurídica de esta facultad, sus rasgos propios y los problemas de la titularidad, representación y administración de la herencia antes de la designación de heredero. El Consejo no tiene obligación de prestar fianza ni de hacer inventario e instituye heredero a su arbitrio, en acto *inter vivos* y escritura pública. Normalmente, es un acto puro y el heredero es único, siendo su institución irrevocable. Además de esta importantísima función tiene el Consejo diversas facultades de distribución, intervención en sufragio y funerales y, quizá, la posibilidad de desheredar.

Otro importante aspecto del Consejo de Parientes es su actuación como tribunal familiar. Generalmente se trata de cuestiones surgidas entre los distintos matrimonios que forman una sociedad familiar. Se trata de un compromiso, teniendo el Consejo el carácter de árbitro colegial. SÁINZ DE VARANDA estudia los problemas que plantearía la aplicación de las normas del Código civil, Ley de Enjuiciamiento y Ley de arbitraje privado; todas ellas presentan contradicciones con esta institución aragonesa que las hace inaplicables, sin que esto lleve consigo la derogación del instituto. Existe una absoluta libertad de procedimiento y son muy numerosas las cuestiones que se le someten y que el autor enumera sin carácter exhaustivo. Termina el trabajo un estudio comparativo con el Consejo de Familia del Código civil. Ambas instituciones difieren fundamen-

talmente por su origen, constitución, composición, funcionamiento y atribución, siendo también distinto el carácter de sus acuerdos y la forma de disolución, todo lo cual es analizado detalladamente en este trabajo.

Sigue a la ponencia un estudio de don Mariano ALONSO y LAMBÁN, *Acerca de la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el genuino Derecho aragonés*. Tras un estudio de la institución en los Derechos romano y germánico, pasa al Derecho aragonés que, por haber conocido probablemente una comunidad familiar de tipo germánico, presenta un matiz sucesorio en la adopción que no se puede olvidar, para considerarla situada estrictamente en el Derecho de Familia. Analiza diversos documentos del siglo XI, y de ellos desprende la posibilidad de adoptar teniendo hijos, tesis que confirman el Fuero de Jaca y la compilación de Huesca. También la observancia 27, *De generalibus privilegiis*, admite esta posibilidad, aunque su texto es menos completo que el del Fuero. Los autores aragoneses, tanto si se pronuncian a favor como si lo hacen en contra, dan testimonio de la vigencia de la institución, con excepción de JORDÁN DE ASSO y de MANUEL, que la niegan sin prueba alguna y que son recogidos por DIESTE.

El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses se planteó este problema llegando a la siguiente conclusión: «No cabe defender con fundadas razones que el padre que tiene hijos legítimos pueda adoptar a extraños.» ALONSO y LAMBÁN examina los diversos argumentos que llevaron al Congreso a esta conclusión y los rechaza uno por uno, por estimar que se basan en opiniones particulares o en principios falsos. Asimismo repudia otros razonamientos que suelen aducirse contra este tipo de adopción y que no fueron recogidos en el Congreso. La adopción responde al principio de la libertad humana en el adoptante, de cuya voluntad y conformidad del adoptado es producto natural y espontáneo; por todo ello y porque la experiencia ha demostrado que no produce los peligros apuntados por sus detractores, el autor propugna se acepte en un futuro ordenamiento de nuestro Derecho civil aragonés la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos. Eventualmente, para garantizar los derechos de los hijos, podría exigirse el consentimiento de éstos a la adopción o bien la intervención del Consejo de Parientes o del Juez. El autor termina su estudio manifestando el abandono en que ha caído este tema desde el Congreso de 1880 y recalando se trata de la adop-

ción aragonesa, concebida para Aragón y para sus especiales supuestos sociales económicos y jurídicos.

El trabajo siguiente que aparece en este sumario se debe a don Francisco IRANZO VILLACAMPA y tiene por título: *Algunas notas sobre la limitada responsabilidad del heredero aragonés*. El artículo 44 del vigente Apéndice establece que «la herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario». El autor examina los sistemas sucesorios romano y germánico, así como el sistema aragonés de los fueros y observancias y las opiniones de los principales tratadistas de nuestro Derecho. De todo ello concluye que el usar en Aragón la expresión «beneficio de inventario» no es correcta, y que sólo es admisible por la semejanza que presenta el heredero aragonés con el Derecho romano que acepta a beneficio de inventario. En Aragón nunca existe la confusión de patrimonios ni, por tanto, el beneficio de inventario, que no es sino excepción a una regla general en Aragón inexistente. Por eso no es preciso hacer inventario y es inaplicable el Código civil.

Aparecen a continuación dos trabajos firmados por don Miguel MORER PÉREZ. El primero de ellos, *Los arrendamientos de pastos y la costumbre «contra legem»*, examina una institución consuetudinaria del Alto Pirineo, los arrendamientos de pastos, comparándola con los diversos textos legales que regulan esta materia y llegando a la conclusión de que, desde la Ley de 28 de junio de 1940, ha existido una costumbre *contra legem* que puede subsistir, a pesar del Decreto de 8 de enero de 1954. El segundo trabajo, *Sobre el artículo 39 del vigente Apéndice*, presenta un caso práctico con sus distintas soluciones antes y después de la promulgación del Apéndice, mostrando las anomalías que ocasiona la oscuridad del artículo 39 y propugnando la supresión de la regla 4.^a y la mejora del resto del artículo.

El siguiente trabajo es debido a don Juan MUÑOZ SALILLAS y lleva por título: *El Consorcio Foral: una institución que desapareció del Apéndice vigente y que no debe llevarse al que se proyecta*. Se trata de un completo estudio sobre esta institución, residuo de las trabas impuestas en el antiguo Derecho para la libre disposición de la propiedad. El autor desarrolla el concepto y naturaleza del consorcio, el modo por el que se iniciaba, personas entre quienes tenía lugar, bienes no sujetos, efectos y disolución. Siguiendo a LORENTE SANZ y MARTÍN BALLESTEROS, analiza los problemas de De-

recho transitorio que planteó su derogación por el vigente Apéndice. El autor aplaude esta derogación y propone al Consejo de Estudios de Derecho aragonés no incluya el Consorcio Foral en el nuevo Apéndice, por considerarlo contrario a la libertad civil y un absurdo en la legislación aragonesa.

El último de los estudios se refiere al *Consortio consuetudinario de gananciales* y tiene por autor a don Joaquín SAPENA TOMÁS. En numerosas capitulaciones ribagorzanas se encuentra un pacto por el que los contrayentes «se acogen al régimen consuetudinario de gananciales»; el autor de este estudio trata de fijar el alcance de esta expresión. Rechaza la interpretación de COSTA, que haría de este pacto una mera rutina, para estimar que se trata de un régimen económico matrimonial diverso del legal aragonés, una variedad del que fijaron para el Reino los viejos fueros. Se diferencia fundamentalmente por el distinto carácter, privativo o común, de los bienes, que en la sociedad consuetudinaria dependen exclusivamente de la época y causa de adquisición, mientras que en la legal hay que atender fundamentalmente la naturaleza de aquéllos. Tampoco hay que confundir este régimen con el del Código civil, a pesar de la similitud en su designación; lógicamente, debe presumirse que los capitulantes han pactado el régimen de gananciales que de antiguo se practica en su comarca, no el de una ley ignorada por ellos y a la cual, en este punto, no están sometidos. El autor enumera dos causas principales que motivan este pacto: la proximidad de Cataluña y lograr un régimen de equidad frente a las cláusulas de reversión que acompañan a las aportaciones de los contrayentes. El consorcio consuetudinario precisa pacto para su existencia, pues la costumbre que lo ampara es meramente permisiva e interpretativa. Para establecer el carácter de los bienes, fija el autor una regla general: el capital propio y determinado de cada cónyuge debe subsistir, sustituyéndose en él los bienes, pero permaneciendo la masa total invariable. A esta regla acompaña la presunción del carácter ganancial de los bienes adquiridos onerosamente durante el matrimonio. La administración y disposición de los bienes, la continuación de la sociedad, su disolución y liquidación están sujetas, a falta de pacto especial, a las mismas reglas que el consorcio legal regulado por el Apéndice al Código civil. Por nacer esta sociedad de un pacto capitular no podrá ser modificado sin los requisitos del artículo 58 del mismo Apéndice.

Publica a continuación el ANUARIO, con el título: *Resumen de una gestión*, una completa relación de los trabajos aprobados por el Consejo en el decenio 1942-52, ordenados por don Juan MUÑOZ SALILLAS con un criterio científico.

La *Crónica de Jurisprudencia* recoge y comenta numerosas sentencias de interés especial en materia foral y se debe a don José LORENTE SANZ. Por último, publica el ANUARIO un resumen de las actividades del Consejo y una larga sección de bibliografía.

R.