

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXX

Octubre 1954

Núm. 317

El proceso fundacional de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en la ordenación legal de su régimen jurídico

(Conclusión) (*)

IV. INSCRIPCIÓN REGISTRAL

16. *Sustancia y forma de la inscripción.*—17. *Documentos inscribibles.* — 18. *Actos inscribibles.* — 19. *Adaptación al nuevo régimen jurídico.*

16. Última fase del proceso fundacional de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, como de cualquiera otra especie de Sociedades, es la de la publicación de su existencia y viabilidad jurídica. Que aunque las personas colectivas sean una necesidad de la vida de relación, su nacimiento no es un fenómeno espontáneo de la naturaleza, sino una creación de la voluntad que, para ser conocida de quienes no formen parte de ella, ha de serles comunicada.

Para conocimiento general de que una Sociedad ha nacido a la vida del Derecho, se han adoptado diferentes procedimientos: el de la publicación del hecho en los periódicos oficiales y aun en los de

XI. La transmisión de las participaciones sociales (art. 20 de la Ley).

XII. La constitución de prenda sobre las mismas (art. 25 de la Ley) y, lógicamente, la extinción de la misma garantía.

XIII. La transferencia de las concesiones de obras públicas que les hubieren sido otorgadas (art. 133 del referido Reglamento).

XIV. La transformación en Sociedad de Responsabilidad Limitada de una Colectiva, Comanditaria o Anónima y viceversa (art. 112, citado, núm 8.º).

XV. La resolución parcial de la Compañía por exclusión de alguno de los socios (art. 31 de la Ley y 112, 8.º, del mismo Reglamento).

XVI. La fusión o absorción de la Sociedad con o por otra, en términos que no se produzca la total extinción de la primera (128).

XVII. La disolución total (art. 112, 8.º, del mismo Reglamento).

XVIII. La nulidad de la Sociedad, por cuanto equivale a la disolución o extinción de la misma.

XIX. El nombramiento de liquidadores en la hipótesis de que fueren distintos de los que vinieren desempeñando la administración de la Compañía, pues en este último supuesto su nombramiento debería constar ya inscrito. Mas si la liquidación se confiare a otras personas, los nuevos nombramientos habrán de inscribirse porque, en definitiva, ellas serán las que, en lo sucesivo, ejerzan la representación y administración de la Empresa, aunque fuere con determinadas limitaciones.

XX. Y, en general, todos los actos, acuerdos y contratos que puedan influir sobre la libre disposición del capital o sobre el crédito así como los que modifiquen o alteren las condiciones de los documentos inscritos (art. 112, 4.º, del Reglamento del Registro Mercantil).

B) El segundo de los grupos formados para distinguir los actos inscribibles relativos a las Sociedades Limitadas está constituido por los que dan lugar a las anotaciones preventivas.

El Reglamento del Registro Mercantil no enumera los casos en

(128) No siempre la unión de varias Empresas supone la extinción de las Sociedades unidas. A veces se realizan concentraciones o agrupaciones de ellas —caso de los Sindicatos, *holdings*, etc., a los que se refiere el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas— que constituyen una verdadera fusión y en los que las Entidades agrupadas conservan su perso-

que pueda solicitarse anotación preventiva, como hace la Ley Hipotecaria en su artículo 42. Creyendo, sin duda, sus autores que era innecesaria tal enumeración por el carácter supletorio que en la disposición adicional 4.^a se reconocía al Reglamento Hipotecario, omitieron tal enumeración y cuantos preceptos hubieren de referirse a las distintas clases de anotaciones preventivas por estimar, sin duda, que esas omisiones quedaban suplidas por las normas reglamentarias del Registro Inmobiliario y dieron por supuesto la aplicación al Registro Mercantil de la doctrina legal hipotecaria relativa a las anotaciones, como se deduce claramente de los artículos 19, 25 y otros del Reglamento que lo regula.

Hecha esta observación preliminar, véanse ahora algunos de los casos en los que procede la práctica de anotación preventiva respecto de las Sociedades de Responsabilidad Limitada:

- I. En el de demanda de nulidad o rescisión del acto constitutivo.
 - II. En el de demanda de propiedad o de constitución, declaración o extinción de cualquier derecho real sobre las participaciones sociales.
 - III. En el de demanda dirigida a obtener declaración de interdicción civil, incapacidad legal para administrar, la ausencia o el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad de la Sociedad o de alguno de sus socios, por lo que respecta a las participaciones sociales que les correspondan, en cuanto a la libre disposición de sus bienes.
 - IV. En el embargo de las participaciones sociales.
- En todos estos casos, por analogía con lo dispuesto en los cinco primeros números del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.
- V. Cuando se propusiere demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título o de la obligación (art. 67 del Reglamento del Registro Mercantil).
 - VI. En el caso de presentación simultánea de documentos contradictorios (art. 43 del mismo Reglamento).
 - VII. Cuando el Registrador observare alguna falta en la forma extrínseca del documento presentado, o en la capacidad de los otorgantes, o resultare obstáculo que proceda del Registro (art. 62 íd.).
 - VIII. Cuando no admitida la inscripción se demandare judicialmente por los interesados la validez del título o de la obligación (artículo 67 íd.).

no corresponde tratar aquí de ellos. En cambio, los «efectos sustantivos derivados de la falta de acomodación» sí tienen indudable importancia jurídica, no obstante lo cual ha sido eludido o soslayado su examen en todos los comentarios que he tenido ocasión de conocer.

Para inducir cuáles sean esos «efectos sustantivos», son premisas indispensables: la obligatoriedad de la adaptación (disp. trans. cit.); la necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil (las mismas disposiciones trans., el Decreto de 29 de febrero de 1952, aplicable a las Sociedades Limitadas por la 4.^a de la Ley de 17 de julio de 1953, y el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil); la Sociedad no adaptada, con adaptación inscrita, carece de los requisitos legales para su completa validez. Los dos primeros presupuestos son tan evidentes que relevan de toda demostración. El último, también incontestable, acaso suscite la oposición o la duda en la consideración de algunos lectores.

Porque pensarán, tal vez, que si para la creación de la personalidad jurídica de una Sociedad la Ley exige solamente su constitución en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, ambos requisitos quedaron cumplidos por la Sociedad en el período de su primitiva fundación. Ciertamente. Mas al argüir así se olvida que, desde el momento en que comenzaron a regir las nuevas Leyes de Sociedades, aquellas constitución e inscripción originarias quedaron virtualmente sin efecto y sometidas a un proceso de revisión que determinaría su convalidación dentro de los nuevos regímenes o su contradicción con los mismos. Por consecuencia de este proceso revisorio, si la escritura fundacional es conforme a los preceptos de las nuevas leyes, la calificación registral de «adaptada» rehabilita la constitución y la inscripción que en su tiempo se hubieren hecho. Mas si esa adaptación no tuviere lugar o fuere incompleta, la constitución de la Sociedad y su inscripción continuarán sin efecto por no haberse convalidado.

Resultará, pues, que, una vez transcurrido el plazo que para ello se fijó, la Sociedad no adaptada es una Sociedad constituida en escritura pública no inscrita en el Registro Mercantil. No por ello ha de

otra parte, la nulidad es un fenómeno muy complejo en el que juegan causas civiles y de Derecho común, motivos de Derecho específicamente mercantil y causas delictivas que caen en la órbita del Derecho Penal. La nulidad puede afectar a la validez del contrato fundacional o a alguna de las disposiciones del mismo solamente. Por eso, en el Derecho extranjero podemos observar que para la legislación francesa, según RIPERT (131), la falta de inscripción en el Registro de Comercio no entraña la nulidad de la Sociedad. En el sistema del Derecho alemán, la acción de nulidad, dice FEINE (132), está sujeta a determinadas limitaciones, entre ellas la de su previa notificación a la Sociedad misma para que en el plazo de tres meses subsane el vicio de que adolezca. En el Derecho suizo, afirma GARRIGUES (133), la inobservancia de las prescripciones legales o estatutarias sobre la fundación no se traducen en un motivo de nulidad, sino tan sólo de disolución de la Sociedad Anónima.» El Código civil italiano dispone que la nulidad no puede ser declarada cuando la causa es de posible eliminación modificando el acto constitutivo (art. 2.332 en relación con el 2.475) y la falta de inscripción no produce la nulidad de la Compañía sino su condición de irregular (art. 2.193).^{*}

En España la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado, por aplicación del Código de Comercio, el tipo de Sociedad irregular en forma análoga al Derecho italiano —y al francés, en la exposición que de él hace RIPERT (134)— distinguiendo los efectos internos y externos de la Sociedad que no hubiere cumplido el doble requisito de la escritura y de la inscripción, como puede comprobarse en las Sentencias de 15 de octubre de 1940, 16 de febrero de 1942, 14 de febrero de 1945 y 13 de noviembre de 1953, entre otras, la última de las cuales, con reiteración de la doctrina de las que le precedieron, considera que cuando en la realización de un contrato de Sociedad no se cumplen los requisitos de carácter formal que las leyes exigen, se produce el negocio jurídico denominado Sociedad irregular, en el cual los pactos sociales convenidos no trascienden a ter-

(131) *Traite elementaire...*, cit., pág. 274.

(132) *Op. cit.*, pág. 110.

(133) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentarios...*, cit., tomo I, pág. 164. Vid. en el mismo texto y en el *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I-1 del Profesor GARRIGUES el *Estudio de la nulidad de la Sociedad Mercantil en el Derecho español*.

ceras personas, sino únicamente vinculan a quienes los otorgaron (135).

Vigentes ya las Leyes de 17 de julio de los años 1951 y 1953, esta figura bifronte de la Sociedad irregular, referida a las Sociedades Anónimas y Limitadas puede considerarse periclitada. Si en el sistema de nuestro Código de Comercio la Sociedad Mercantil, una vez constituida, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos (art. 116) y su inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria (arts. 117 y 119), en los regímenes establecidos por las Leyes citadas, las Compañías Anónimas y las Limitadas no nacen a la vida del Derecho, esto es, no existen puesto que no tienen personalidad jurídica hasta tanto que la escritura de su constitución no quede inscrita en el Registro Mercantil. Este criterio ha sido mantenido brillantemente por el citado Profesor GARRIGUES (136) y fué anticipado por el Ministro de Justicia en su discurso ante las Cortes con motivo de la aprobación del Proyecto de Ley de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (137).

No ha de entenderse, sin embargo, que la Sociedad no adaptada en el plazo legal quede por ello extinguida. Seguramente esa Sociedad que, por descuido o inadvertencia de sus administradores o por cualquier otra causa, dejó de cumplir la obligación que la Ley le impuso, habrá continuado realizando su objeto social. Sin existencia jurídica, ciertamente, pero con realidad económica evidente. Mas así como se desenvuelve en la vida industrial, puede también renacer a la vida del Derecho mediante su adaptación al nuevo régimen guardando para ello las formalidades legales y cuidándose de que las operaciones efectuadas durante el período en que, debiendo estar adaptada no lo estuvo, sean aceptadas por el órgano correspondiente de la

(135) Para más amplia información de las Sociedades irregulares, véanse GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I-I, pág. 450, y *Comentarios...*, en colaboración con URÍA, cit., tomo I, pág. 148; LANGLE: *Manual de Derecho Mercantil Español*, pág. 494, y *La Compañía mercantil irregular*, en «Rev. de Derecho Privado», 1940; UTANDE: *La Sociedad irregular*, en la misma Revista, 1944.

(136) *Comentarios...* a que se refiere la nota anterior, pág. 151.

(137) ...«la Sociedad Limitada nace a la vida del Derecho y adquiere personalidad jurídica mediante su constitución en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil...»

«La inscripción en el Registro Mercantil tiene valor constitutivo... en nuestro sistema, la inscripción en el Registro no es un simple medio de publicidad, sino elemento esencial del proceso fundacional. Por consiguiente, el efecto principal de la inscripción, por sí solo, independientemente de la publicación, es dar existencia a la Sociedad.»

Sociedad, como para el período constitutivo exigen los artículos 7.º y 6.º de las Leyes de 1951 y 1953, respectivamente.

Algunos puntos concretos de adaptación.—De los anteriormente expuestos en el capítulo III (apartados 7-15) se deduce claramente cuáles sean las modificaciones que, a mi juicio, habrán de hacerse en las escrituras sociales de las Compañías de Responsabilidad Limitada para que queden adaptadas al régimen jurídico instaurado para ellas por la Ley de 17 de julio de 1953. Que si bien cuanto allí queda manifestado lo ha sido con relación al proceso fundacional, la necesidad legal de que, en lo sucesivo, se acomoden a los preceptos de la nueva Ley las Sociedades existentes al tiempo de su promulgación, abre para ellas un período de transición durante el cual mediante un proceso de revisión de sus normas constitutivas, que pudiera denominarse *re-fundacional*, se reformen estas normas en lo que se opusieren a aquellos preceptos.

Para más fácil comprensión de los particulares, en los que puede existir contradicción entre las reglas sociales de las Compañías Limitadas y la nueva Ley, intento hacer a continuación un breve sumario de ellas, sin pretender que sea exhaustivo.

1.º *Número de socios (supra, III-7).*

Existen Sociedades de Responsabilidad Limitada en las que excede de cincuenta. Generalmente, porque aun cuando en su constitución los fundadores fueron menos, en el transcurso del tiempo y a consecuencia de transmisiones sucesivas, especialmente hereditarias, de partes sociales, los socios han aumentado hasta rebasar el expresado número.

Se impone, a mi entender, cuando así suceda, la reforma de la Sociedad en este extremo. Y no se arguya que se trata aquí de un derecho adquirido que respeta la disposición transitoria 1.ª de la Ley. Esto de los derechos adquiridos es un cómodo y elástico refugio para mantener una situación incompatible con un categórico precepto legal. Mas, aparte de lo ya dicho acerca de cuáles son los derechos adquiridos amparados por la citada disposición transitoria (*supra*, 14-II), téngase presente que la Ley se propuso, como dice su Exposición de Motivos, «eliminar el derecho estatutario en cuanto implique contradicción con los nuevos preceptos legales»; y que el Decreto de 29 de febrero de 1952, extensivo a las Sociedades Limitadas por la dis-

obstativa a la inscripción de las escrituras de adaptación el que se opongan a algún precepto imperativo de la misma Ley. Y difícilmente podrá existir contradicción ni oposición más palmaria que ésta de la subsistencia de una Limitada constituida o formada por más de cincuenta socios, contra el precepto categórico y concluyente que es el artículo 1.º de la Ley.

¿Solución? La ofrecerán las circunstancias especiales de cada caso y, especialmente, la génesis de esa proliferación de socios. Tal vez pueda ser la de agrupar las participaciones que en su origen pertenecieron a un solo socio a fin de crear con ellas una comunidad con individual representación. Acaso la exclusión de los socios excedentes mediante la adquisición de sus cuotas por los demás, o reduciendo el capital social. Quizá la transformación de la Sociedad. Y, en último extremo, sería preciso llegar a la disolución de la Compañía por imposibilidad jurídica de cumplir el objeto social; que si bien no existe obstáculo material alguno que impida ese cumplimiento, hay el legal de no poder continuar subsistiendo la persona jurídica que ha de cumplirlo con una organización contraria a un precepto imperativo de la nueva Ley.

2.º A la *denominación o razón social* habrá de añadirse preceptivamente la indicación «Sociedad de Responsabilidad Limitada» o «Sociedad Limitada». No es admisible la sigla «S. R. L.» o «S. L.» (*supra*, III-8).

3.º El *objeto social* ha de ser expresado concretamente sin que su especificación sea obstáculo para que en él puedan comprenderse varios géneros de operaciones, siempre que se determine cuáles sean ellas (*supra*, III, 10).

4.º La *duración* de la Sociedad puede ser por tiempo limitado o ilimitado, mas son rechazables los *pactos de subsistencia o prórrogas automáticas* (*supra*, III, 11).

5.º El *capital* ha de estar dividido en participaciones iguales e indivisibles. Si el capital ha sido aportado por los socios desigualmente y dividido en cuotas únicas e individuales, se dividirá en participaciones de las expresadas características para atribuir las proporcionalmente a la aportación de cada socio (*supra*, III-12, b) y c).

6.º El *capital social* ha de estar *totalmente desembolsado*. Si no lo estuviere deberán hacerse las aportaciones necesarias para que las participaciones sociales queden completamente liberadas, o reducir

El Colegio Notarial de Barcelona (138) sostiene la opinión contraria que «abonan —dice— el derecho adquirido por los socios, la dificultad práctica que representaría este desembolso extemporáneo y la semejanza de la situación producida por las acciones en cartera de las nóminas».

Nuevamente topamos con los derechos adquiridos. Y una vez más he de remitirme a lo que de estos derechos llevo ya dicho (*supra*, 14-II). Pero es que, además, eso que se dice derecho adquirido no ha sido nunca tal derecho. Que la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección de los Registros, tenía declarado en el régimen anterior a la nueva Ley la imprescindibilidad de la total suscripción y liberación del capital en las Sociedades de Responsabilidad Limitada (*supra*, 12, a).

Y en cuanto a la semejanza de este desembolso parcial con las acciones en cartera de las Sociedades Anónimas, no puede ser más forzada y arbitraria. Las acciones en cartera son partes del capital no suscrito; las participaciones sociales parcialmente desembolsadas, son parte de capital con titular determinado; y si se las quiere comparar con las acciones de las Sociedades Anónimas habrá de buscarse la semejanza con las parcialmente liberadas que en este tipo de Sociedades sí pueden existir. Por lo demás, las acciones que tuvieran en cartera las Anónimas al publicarse la Ley de 17 de julio de 1951, pueden subsistir merced al reconocimiento que de ellas hace la disposición transitoria 4.ª, pues de otra manera hubiesen quedado sin efecto por prescripción del artículo 5.º Y en la Ley de Limitadas no existe semejante disposición transitoria.

7.º Es rechazable la cláusula que hubiere fijado su capital tomando como elemento del mismo la *actividad industrial* de uno o más socios (*supra*, 12). La industria, arte o técnica pueden, sí, tenerse como factor económico de una Empresa. Mas para considerarla como elemento de su fondo capital habrá de ser configurada como prestación accesoria.

8.º Si, como alguien dice, existe alguna Sociedad Limitada con *cuotas negociables*, esta característica no puede subsistir por ser contraria al artículo 1.º de la Ley (*supra*, III-12, c).

9.º Participaciones sociales *privilegiadas o diferenciales* (*supra*, 12, b).

10. En cuanto al ejercicio del *derecho de tanteo* en la enajenación de las cuotas sociales (*supra*, 12, d). No debe mantenerse el pacto regulador de este derecho que, por modo indirecto, prive a los socios de su derecho a enajenar.

11. Respecto a los *quorums* de asistencia y decisión (*supra*, 14, 1).

12. Por lo que se refiere a los *administradores* nombrados con *carácter vitalicio* en la escritura fundacional (*supra*, 14-II y 15-B), f).

13. *Facultades* de los administradores (*supra*, 15-B), f).

14. *Oposición de intereses* entre los administradores y la ...

15. Concurrencia de los administradores en negocios iguales a los de la Sociedad. El artículo 12 de la Ley es imperativamente prohibitivo.

Finalmente, acaso pueda ser de utilidad cuanto quedó expuesto en el apartado 15 respecto a los *pactos facultativos*, porque en los de libre estipulación es en los que más fácilmente pueden surgir obstáculos para la adaptación, ya que son precisamente ellos los que reflejan las características peculiares de cada Sociedad y en los que ha de moldearse la voluntad de los interesados.

VALERIANO DE TENA

Registrador de la Propiedad

El artículo 1.404 del Código civil y las declaraciones de obra nueva

EL PRECEPTO Y SU FUNDAMENTO

Se determina por el artículo 1.404 del Código civil, que «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales.

Lo serán también los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.»

El precedente inmediato de este artículo lo encontramos en el 1.325 del Proyecto del Código civil de 1851, con cuya doctrina concuerda íntegramente. Y de una manera mediata, deriva a su vez de la Ley 32, del Título XI, de la Partida 4.^a, y de las Leyes 3.^a y 9.^a del Título IV, del Libro III, del Fuero Real.

No nos interesa el contenido de la Ley 32, de la Partida 4.^a, por referirse a las expensas efectuadas por el marido en bienes dotales de la mujer, cuya doctrina sirve de antecedente al contenido del artículo 1.368 del Código civil y al del párrafo 1.º del 1.404, del que no vamos a tratar en el presente trabajo, pero sí tiene mucho interés para el estudio de la doctrina sentada en el párrafo 2.º de este mismo artículo 1.404, las dos disposiciones del Fuero Real a que antes he-

Según Ayora, citado por Mucius Scaevola, por la Ley 3.^a se dispone, que en el caso de plantarse viñas en tierras del marido o de la mujer, se abonará al dueño de la tierra la estimación de la misma al tiempo en que hubiesen sido plantadas, dividiéndose la viña entre el marido y la mujer. Estableciendo, por el contrario, la Ley 9.^a, que el marido o la mujer en cuya tierra se edificase una casa, horno o molino, la haría suya, pero abonando al otro cónyuge la mitad de lo gastado en la edificación.

Nuestro artículo 1.404, ha conservado la doctrina de esas dos leyes en los dos párrafos de que consta, pero cabiendo el orden de su aplicación, ya que aplica ahora a los edificios el principio de la Ley 3.^a, mientras que las plantaciones de viñas quedarán sometidas al párrafo 1.^o, lo que obliga a regular estas últimas por la doctrina general sobre la accesión en los bienes inmuebles, aunque reconociendo a la sociedad de gananciales un crédito contra el dueño del terreno, por el valor de las expensas útiles en él efectuadas.

Nos basta lo expuesto para entrar en el juicio crítico que ha merecido, y merece, esa norma, por la que se regula una excepción al principio general de la accesión sentado por el mismo Código en los artículos 358 y 361 (que serían los aplicables, de no existir ese párrafo 2.^o), y en este punto fué Goyena el iniciador de un juicio favorable, al que se han adherido con posterioridad la mayoría de los civilistas, cuando expresó: «Fúndase la excepción, en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones...» Llegando aún más lejos Mauresa, pues dice: «Añadamos una consideración; aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, tiene siempre mucho más valor e importancia que éste, por lo que, si la doctrina no se conforma con los principios, satisface más a la razón.»

El razonamiento de Goyena es más aparente que real; suponemos que las mismas edificaciones se habrían efectuado sin ese precepto, que con él, dado que no ha llegado a formar parte del acervo jurídico del «hombre de la calle», como cualquier profesional tiene ocasión de comprobar; pero aun en el supuesto contrario, sería indiferente en los casos de matrimonios con descendencia legítima y aun respecto a los carentes de descendencia, no se requiere ser muy malicioso para suponer que sólo se tratará de conseguir su aplicación cuando el solar sea de la esposa.

Pasando del terreno de las suposiciones económicas al del derecho

en sí, nos parece acertada la opinión de Mucius Scaevola al manifestar: «Puede estimarse que el Código, al romper en esta parte con los antecedentes y hasta con los principios generales de la accesión, extrema demasiado la teoría a que responde la doctrina general del artículo 1.404, pues no hubiera habido inconveniente en mantener el antiguo criterio en cuanto a los edificios, y de reformarlo, quizá hubiese sido más lógico hacerlo igualando las condiciones de la viña y del edificio en el sentido de corresponder en todo caso al cónyuge dueño del suelo, sin perjuicio de la indemnización correspondiente por la mitad del valor de la mejora.»

Las alabanzas de Manresa, a este criterio del párrafo 2.º, se fundan en distinto criterio, cual es el de que el suelo debe ceder al edificio, por ser éste de superior valor, no haciendo otra cosa con ello que ser constante con el criterio que en ese sentido sostiene al comentar la doctrina general sobre la accesión del artículo 359. Por tanto, si se estima que en la accesión de edificios deberá ser el suelo lo accesorio, atribuyéndose el mismo al dueño del edificio, se considerará acertado el criterio del artículo que comentamos, no por él en sí, sino porque, aunque en forma de excepción, coincide con el criterio que se ha estimado como más acertado para regular la accesión que consista en nuevas construcciones.

Esta postura nos obliga, aunque sea brevemente, a defender el criterio del Código en materias de accesión. Por ello y aun reconociendo lo acertado de Manresa al sostener que la regla general será la de un mayor valor del edificio respecto al suelo, no creemos que ese razonamiento sea bastante para sostener un criterio sobre la accesión distinto al tradicional del Derecho romano, sintetizado en el clásico aforismo «*aedificium solo cedit*», fundándonos para ello en las siguientes razones:

1.ª Las fricciones innecesarias entre el derecho legislado y el aplicado van siempre en perjuicio del primero y revelan, en la generalidad de los casos, una defectuosa redacción de la norma. Por ello, si en la mayoría de los supuestos que puedan plantearse nos encontramos con que el edificante es el dueño del suelo, y si además resulta más fácil el probar la propiedad del suelo que la de los materiales, ¿por qué ha de considerar la Ley como supuesto general el de que el propietario lo es el edificante y como excepción el de que el dueño lo es el del suelo? ¿No causará mayores trastornos en la vida jurídica el que se exija como prueba fundamental la de que se es propietario de

lo edificado que, por el contrario, la de que se es dueño del suelo sobre el que se edifica?

2.ª El Derecho debe de rehuir cualquier posible amparo de actuaciones realizadas con mala fe, aunque este amparo sea sólo mediante establecimiento de presunciones «juristamtum», y siendo siempre tan difícil la prueba concreta de la existencia de la mala fe, ¿no se facilitaría el despojo de la propiedad presumiéndose que el que edifica lo hace de buena fe en terreno propio, en vez de sentar el principio contrario, de considerar lo edificado en terreno propio como ejecutado de buena fe y con materiales propios, con lo que además se estaría conforme con la generalidad de los casos que se plantean en la vida real?

Fuera ya de la doctrina sustentada por el precepto comentado, podemos hacerle al mismo algunos reproches de orden técnico o de desarrollo. Al sentarse una doctrina general podrá prescindirse, en parte, de dictar preceptos complementarios que la completen y precisen, pero al establecerse un caso de excepción es indispensable delimitar con toda precisión su alcance a fin de evitar las oscuridades y defectos que puede llevar consigo su interpretación por no poderse precisar cuándo es aplicable la regla general y cuándo la excepción. Y el párrafo 2.º del artículo 1.404 adolece en forma tal de ese defecto que, sin agotar las dudas que motiva su aplicación, son numerosas las planteadas por la doctrina y las resueltas por la jurisprudencia, que arrojan una proporción mayor que en otras instituciones, si consideramos que en la inmensa mayoría de estas edificaciones la existencia de descendientes en el matrimonio evita el planteamiento de litigios, ya que prácticamente les conduce al mismo resultado, el adquirir esos derechos en uno u otro orden, puesto que en definitiva se va a suceder en la totalidad de los mismos.

PROBLEMAS CIVILES QUE PLANTEA

Giran casi todos los problemas que suscita este párrafo 2.º en la esfera civil en torno a dos cuestiones fundamentales, como son la de determinar a qué edificios se refiere y si es o no aplicable el precepto, con independencia de la procedencia del metálico invertido en la edificación, y a su vez dentro de cada uno de ellos, se requiere una

nueva clasificación con la finalidad de recoger el mayor número posible de problemas que el mismo pueda plantear.

A) *Edificios a que se refiere*

En el primer grupo hemos de estudiar, necesariamente, las tres cuestiones siguientes: Determinación de si es aplicable a toda clase de edificaciones, aunque no sea la construcción total de un edificio. Sí lo será a todos los edificios, tengan o no la consideración de fincas urbanas. Y si dentro de su doctrina tendremos que estimar comprendidos los susceptibles de transporte a un nuevo solar, como las modernas casas prefabricadas.

Evidentemente no son términos susceptibles de confusión, aunque puedan recaer todos sobre una misma realidad física, los de edificar, reparar y mejorar; pero también es cierto que al aplicarlos, en la práctica no encontramos una línea clara de separación entre ellos.

El número 3.º del artículo 1.408 considera como de cargo de la sociedad de gananciales «las reparaciones menores o de mera conservación, hechas durante el matrimonio, en los bienes peculiares del marido o de la mujer», mientras que respecto a «las reparaciones mayores» declara que «no serán de cargo de la sociedad», y ante la dificultad de decidir cuándo una reparación sea de una o de otra clase, creemos que nos debe de servir de criterio diferenciador el sentido por el legislador en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.

Se expresa en el artículo 136 de esta última Ley que «las reparaciones necesarias, a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido...». Con esta frase tenemos, a nuestro juicio, una definición de lo que deba entenderse por reparaciones de mera conservación. Estas reparaciones, al ser una carga de la sociedad de gananciales, no podrán entrar en ningún momento dentro del supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.404.

La misma Ley de Arrendamientos, en su artículo 145, se refiere a aquellas reformas que contribuyan a la higiene, salubridad o a la comodidad de sus ocupantes, todas las cuales tienen como denominador común el de que con ellas no se altera el número de viviendas, limitándose a «mejorar» las existentes. Y estas mejoras, así como las «reparaciones mayores» (con las que muchas veces se confundirán).

no serán de cargo de la sociedad, según determinaba el precepto antes expuesto, pero tampoco caerán dentro del supuesto contenido en el párrafo 2.º del artículo 1.404, sino que, por el contrario, entrarán de lleno en el párrafo 1.º de ese mismo artículo, siempre que se den los demás requisitos en él expresados, y habrá que considerarlas como un crédito de la sociedad de gananciales contra el cónyuge dueño del edificio en que se efectúen.

Las mejoras de puro lujo o mero recreo están huérfanas de toda regulación. Ni son obligaciones de la sociedad, según el artículo 1.408, ni las recoge de una manera expresa el 1.404. Mucius Scaevola cree que corresponden al dueño del inmueble, como establece para el poseedor de buena fe el artículo 454; mientras que Manresa, con criterio de superior equidad, estima que ningún cónyuge debe beneficiarse a costa de la sociedad y, por tanto, deberán entenderse que están comprendidas, de una manera implícita, en el párrafo 1.º del repetido artículo 1.404, a cuya opinión nos adherimos.

Nos queda por tratar de un último grupo de mejoras, que son aquellas que consistan en la elevación de una nueva planta a un edificio, o en la construcción de un nuevo cuerpo o dependencia contigua al edificio preexistente, siempre que el primitivo edificio perteneciera a uno solo de los cónyuges.

Manresa sigue un distinto criterio para esos dos supuestos, ya que no estima aplicable el párrafo 2.º a los aumentos o elevaciones de pisos, con lo que de una manera indirecta los califica de expensas útiles, comprendidas en el párrafo 1.º, mientras estima que se rigen por el párrafo 2.º los cuerpos o dependencias construídos lateralmente al edificio anterior, y aun cuando nada dice sobre los motivos que le inducen a este criterio dispar, parece deducirse que se basa para ello en que de estas dos clases de edificaciones parciales sólo las segundas se llevan a efecto de una manera directa sobre el suelo; y como el párrafo 2.º del citado artículo 1.404 expresa de una manera tajante y como requisito ineludible el que la edificación se construya «en suelo propio de uno de los cónyuges», y como esto no ocurre con la elevación de nuevos pisos, ya que tendrán que apoyarse directamente sobre otras plantas inferiores, faltará uno de los supuestos exigidos por el citado párrafo, lo que obliga a considerarlos comprendidos en el 1.º

Sentimos disentir de tan docto civilista, puesto que ese criterio de estricta adherencia al suelo, si bien apoya con un razonamiento más nuestro criterio similar en lo referente a las elevaciones de nuevas

plantas, nos llevaría a conclusiones contrarias a todo principio jurídico si tratásemos de aplicarlo a las construcciones laterales añadidas a un edificio, ya que sin necesidad de ningún conocimiento jurídico se comprende fácilmente que no podrá darse igual tratamiento a un edificio construido sobre un jardín o patio de otro edificio, realizado de forma que permita un aprovechamiento plenamente independiente del primitivo, a cuyo lado se construyó, que a aquellos otros, que si bien se han edificado sobre un suelo análogo a los anteriores, sirven únicamente a las necesidades del jardín, o han sido construidos para fines de recreo, o asimismo a aquellas construcciones consistentes en la ampliación lateral de las naves de una fábrica, con la cual están en comunicación y respecto a la que tienen una relación de dependencia y con un destino idéntico a la misma, ya que unas edificaciones serán independientes de la primitiva, mientras que las otras no podrán tener vida separada de ella.

Es, por tanto, el criterio de dependencia el que nos dará la pauta para la determinación de si debemos aplicar uno u otro de los dos párrafos del referido artículo; pero como este criterio es también el básico para la solución del segundo de los problemas que enunciarnos, nos remitimos a lo que después decimos sobre él, y dándolo ahora por sentado, podríamos terminar el presente con las tres siguientes conclusiones: 1.ª Las nuevas elevaciones, debido al criterio de no estar adheridas de una manera inmediata al suelo y al de depender del edificio anterior, deberán considerarse como expensas útiles, regidas por el párrafo 1.º de ese artículo. 2.ª Las edificaciones contiguas a otras, pero que sean susceptibles de aprovechamiento separado por su naturaleza y por el fin para el que han sido construidas, se regirán por el párrafo 2.º y tendrán el carácter de gananciales, cual si se tratase de edificios independientes; y 3.ª Las de la misma clase, que por su naturaleza o destino no estén destinadas a un uso separado del de la edificación anterior, las consideraremos como expensas útiles, regidas por el párrafo 1.º, como demostraremos al tratar del supuesto siguiente.

El segundo de los problemas que planteaba el grupo primero consistía en determinar si era posible aplicar la doctrina contenida en el párrafo 2.º a todos los edificios, tengan éstos o no la consideración de fincas urbanas, el cual queda englobado ahora con el número 3.º anterior, ya que hemos de precisar si una construcción dependiente de

otra, o de una explotación agrícola, deberá ser comprendida en ese párrafo y tendrá por tanto la característica de ganancial.

En sentido gramatical se considera como edificio toda obra o fábrica construída para la habitación o para otros usos, pero esta definición tan amplia no es la empleada siempre en sentido jurídico. Así vemos que la Ley de Arrendamientos Urbanos, al precisar qué edificios estarán regulados por sus preceptos, declara en su artículo 1.º que la misma será aplicable a los edificios dedicados a viviendas o inquilinato y a los locales de negocio cuyo fin primordial no sea la vivienda, sino el ejercer en ellos y con establecimiento abierto una actividad industrial, comercial o de enseñanza con fin de lucro; por el contrario, determina en el artículo 3.º que quedarán fuera de su órbita de aplicación y estarán sometidos a la oportuna legislación sobre arrendamientos rústicos aquellos edificios o casas-habitaciones unidas a un predio, siempre que el aprovechamiento de éste sea el fin primordial del contrato, y para solucionar posibles dudas en la aplicación de esta norma establece la presunción de que se considerará que el objeto principal del arrendamiento es la explotación del predio, siempre que la contribución territorial de la finca, por el concepto de rústica, sea superior a la que corresponda por el de urbana, salvo prueba en contrario. (Criterio legal, que puede ser aplicable, también, a todos los casos de duda en la calificación registral de una finca como rústica o como urbana.)

La Ley Hipotecaria, al tratar de la extensión de la hipoteca en cuanto a los bienes hipotecados, considera como incluídas dentro de ella, según el artículo 109, a las accesiones y mejoras, entendiéndolo (según se deduce de los artículos siguientes) por accesión la denominada por la doctrina continua y natural, y por mejoras las que jurídica y doctrinalmente son estimadas como una accesión continua e industrial, y así comprende dentro de estas últimas a todas las edificaciones. Pero como el término mejoras es demasiado amplio para una materia tan detallada y precisa como la hipoteca, lo precisa y limita por el artículo 110 expresando que, «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecadas juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación

de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere».

Evidentemente que al emplearse en cualquier Ley un término de contenido amplio vemos que por la misma se concreta y precisa su significado, ya que es difícil el que la acepción jurídica en que se desee emplearlo coincida con la gramatical o con la vulgar, y así se procede en los dos ejemplos legales antes expuestos respecto a las edificaciones. Por ello, al decirse en el párrafo 2.º del artículo 1.404 que el mismo se refiere a las «edificaciones construídas», hemos de preguntarnos si comprende en ellas a todas las edificaciones en general, o se sobreentendió por el legislador que en los restantes artículos del mismo Código estaba precisado el concepto o la amplitud en que se empleaba ese término, y lo mismo que Manresa estima que la referencia posterior que ese precepto hace al suelo, limita el concepto a las construcciones realizadas directamente sobre él, creemos nosotros que de otros artículos del mismo cuerpo legal se deduce el que el concepto expresado debe ser entendido en un sentido más limitado que el gramatical, y que así fué como lo empleó y entendió el legislador, para lo que nos basamos en las siguientes consideraciones :

Toda norma de excepción deberá ser interpretada, ineludiblemente, en sentido limitado, y, por tanto, si consideramos que las edificaciones parciales que se levanten lateralmente respecto a un edificio ya construído sobre suelo que con él forma un todo orgánico y con la única finalidad de servir de accesorias del mismo, así como aquellas otras que con ese mismo carácter se construyan en una finca rústica, para servir a sus necesidades, deberán ser estimadas como edificaciones pertenecientes a la sociedad de gananciales, siempre que se den las demás condiciones del precepto, nos llevaría a la constitución automática de una copropiedad de bienes, puesto que al llegar el momento de la disolución de la sociedad no podríamos separar la primitiva y la nueva edificación so pena de hacer a ésta inservible para el uso a que se destina, y ello no ha podido ser querido por el legislador, por ir contra su reiterado criterio de impedir, siempre que sea posible, la constitución de copropiedades y de no consentir, en ningún caso, la división material de cosas, que al realizarse, quedarían inservibles para el uso a que se destinan, o desmerecerían en su aprovechamiento.

Este doble criterio de impedir el nacimiento de copropiedades

y la división de aquellas cosas que al ser dependientes unas de otras resultarían por ello inútiles para el uso a que se destinan, constituyen en tal forma una preocupación de los redactores del Código, que lo han traducido en normas concretas siempre que han tenido ocasión para ello, y así vemos que en los artículos 400, 1.051 y 1.052 sientan el derecho de los comuneros a pedir la división, salvo taxativos supuestos en contrario; pero ni aun en esos supuestos admiten la proindivisión perpetua o a largo plazo. En los artículos 401, 1.056 y 1.062 prohíbe la división material de aquellas cosas, que mediante ella, quedarían inservibles para el uso a que se las destina, y en concordancia con ello establece un criterio de excepción al principio de igualdad real (no a la económica) en las particiones de bienes al permitir la adjudicación de esas cosas, que desmerecen por su división, a uno solo de los herederos, bien por disposición del padre causante (1.056), o bien por convenio entre los mismos herederos (1.062), y no debemos olvidar que estos artículos son también aplicables a la partición de los bienes de la sociedad de gananciales, ya que el artículo 1.395 considera como supletorias de las normas dictadas para la sociedad de gananciales las establecidas para las sociedades en general, y el artículo 1.708, al regular la partición entre los socios de la sociedad, declara como normas aplicables a la misma las reglas dictadas para las herencias. Y, finalmente, el artículo 1.513 lleva la doctrina comentada a su máximo, puesto que obliga al vendedor con pacto de retro de una porción indivisa de una finca a ;retraer la totalidad de ella!, si el comprador la hubiese adquirido entretanto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 404, o sea por haberle sido adjudicada la cosa al pedirse la división de la misma por uno de los comuneros y resultar ésta indivisible o desmerecer mucho por la división.

Si del terreno legal pasamos al doctrinal, veremos con más claridad aún lo que ya resulta evidente en el articulado, para lo cual no bastará el analizar solamente algunas opiniones, de las que escogemos con preferencia las coetáneas o inmediatas a la génesis y nacimiento de nuestro Código civil.

Al comentar los artículos 400 al 404, referentes a la división de la cosa común, dice Navarro Amandi «que hay cosas que son indivisibles, pero que también hay otras en que, si bien pueden dividirse, no deben serlo, por el perjuicio que con ello pueden sufrir los partícipes o el daño que se puede causar a la riqueza nacional». Una fábrica, una tienda o un campo podrán ser divididos, pero de ella pueden sur-

gir industrias o tiendas, que en vez de ser florecientes como la total, sean anémicas y sin elementos de progreso, o que el campo, aun sin llegar a ser improductivo, se ponga en condiciones difícilísimas para su cultivo o poco apropiadas para servir a las necesidades del propietario.

Mucius Scaevola estima «que la comunidad es un estado anormal de la propiedad privada, porque implica restricciones y limitaciones en su ejercicio, extrañas y opuestas a la libertad que supone aquélla. Y que si por la división de una cosa no resulta útil para el uso a que se destina, la división equivaldría a su destrucción».

Más expresivo aún es Manresa al decir «que el derecho a pedir la división puede también ser ineficaz, cuando la cosa, por su naturaleza y modo de ser, no permita ser dividida a causa de resultar con ello inservible, según su uso y natural destinación». Así lo previene el artículo 401, debiendo tenerse muy en cuenta —dice—, que no se trata de que la cosa o derecho sea esencialmente indivisible, caso resuelto en el artículo 404, sino de que siendo aquélla naturalmente divisible no pueda, sin embargo, ejercitarse la acción divisoria, porque al partirse resultaría inservible al uso y destino que le son peculiares, por lo cual resulta la cosa «legalmente» indivisible. Un patio común a los diversos pisos de una finca, o de dos o más casas, los accesorios de un cortijo de labranza, etc. (olvida ahora, por tanto, las consecuencias a que nos llevaría su opinión sobre el párrafo 2.º del artículo 1.404), claro es que son susceptibles de material división, pero al dividirse quedaría inservible el patio, e inservible el cortijo y grandemente perjudicados con ello los intereses de los antiguos comuneros o copropietarios.

Con referencia al artículo 1.062, expresa Manresa, con más lógica aún, que el adjudicar una cosa proindivisa a varios, cuando es indivisible o desmerece mucho por la división, no induciría a nada; porque siendo indivisible en absoluto o relativamente, como la Ley es enemiga de la indivisión, más tarde o más temprano habría que adoptar alguna solución y poner fin a ese estado anómalo de derecho. Y añade Mucius Scaevola que el legislador español ha revelado, pues, en este lugar un criterio poco favorable al establecimiento de comunidad de bienes, porque es indudable que aun en las cosas menos susceptibles de división física es posible una ideal o jurídica por partes: pero de esto es precisamente de lo que huve el artículo 1.062.

pues en otro caso no habría de mostrarse en forma tan expresiva este estado legal.

Y como remate, al comentar el artículo 1.513, se expresa Mucius Scaevola diciendo que el precepto es soberanamente lógico, manifestándose en él la tendencia a impedir el resurgimiento de la comunidad ya extinguida; añadiendo que el interés público, contrario al condominio, avasalla al interés privado. Y Manresa, abundando en ese mismo criterio, determina que aun cuando el Código no lo dice en ninguno de sus preceptos, ni por otra parte tenía que decirlo, parece latente en el espíritu de sus disposiciones el pensamiento de que el estado de comunidad de bienes o de indivisión es un estado imperfecto y, sobre todo, transitorio, puramente circunstancial; la tendencia de la Ley, si ha de ser lógica consigo misma, ha de consistir en procurar que la proindivisión cese.

Creemos que los artículos y doctrina que hemos expuesto nos eximen de exponer nuevas justificaciones de nuestro criterio referente a estimar aplicable el párrafo 1.º del artículo 1.404, o sea considerar como expensas útiles a las edificaciones accesorias de otras, o de una explotación rústica, dejándolas fuera con ello del precepto del párrafo 2.º, que las estimaría como gananciales. A pesar de ello, no podemos evitar el exponer las consecuencias prácticas a que nos llevaría la doctrina contraria.

Dejando aparte los supuestos en que exista acuerdo unánime entre los interesados, la construcción efectuada durante el matrimonio de un edificio accesorio de otro, realizada a costa del caudal común y sobre suelo propio de uno de los cónyuges, nos produciría la siguiente situación de hecho: Un cónyuge (o sus herederos), dueño del edificio o explotación principal, que a la vez sería el titular de un derecho de crédito sobre lo edificado durante el matrimonio, por el valor del suelo sobre el que se edificó y al que correspondería, además, una mitad de lo considerado como ganancial por su participación en esta sociedad.

El artículo 1.062, aplicable a la partición de bienes de la sociedad de gananciales por disposición expresa del artículo 1.395, en relación con el 1.708, como ya dijimos antes, obligará a adjudicar la finca íntegramente a uno solo de los cónyuges, por ser ésta indivisible legalmente, o en su defecto, a venderla en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Si se adjudicase al dueño del suelo, habríamos llegado a la misma solución, y con los mismos efectos

que si se hubiese considerado la nueva edificación como expensa útil, a la que se refiere el párrafo 1.º del artículo citado; pero si se adjudica al otro cónyuge, o a un extraño, se daría la anomalía de ser despojado de la cosa quien, según el derecho y la doctrina general del Código sobre la accesión, es el dueño verdadero de ella, y esta «expropiación» se llevaría a efecto, en nombre de una excepción, de términos imprecisos a esa doctrina general, interpretada en sentido opuesto al reiterado criterio de los redactores del Código, de no favorecer el nacimiento de copropiedades, especialmente si éstas recaen sobre cosas que desmerecerían por su futura división.

Pasando al estudio del último de los supuestos que planteamos al principio del presente, no creemos que exista duda para entender que el párrafo 2.º del repetido artículo 1.404 se refiera únicamente a los inmuebles, aunque éstos lo sean por incorporación, sin que su doctrina pueda ser aplicada a los muebles «que no estén adheridos al suelo», los cuales tampoco podrán estar comprendidos a su vez en el párrafo 1.º, ya que al poder ser retirados del suelo en que se encuentran no podrán tener la consideración de expensas útiles a que dicho párrafo se refiere.

No es necesario recordar que las construcciones de que vamos a tratar, si bien no se consideran inmuebles por incorporación, no existe ningún inconveniente legal que les impida el alcanzar la categoría de inmuebles por destino, y si bien será necesario para ello la intención del dueño del inmueble, podrá revelarse ésta por la forma en que se ha llevado a efecto la unión o colocación, y, por tanto, salvo los casos de manifestación expresa en ese sentido, habrá de estarse en los restantes a las pruebas que resulten en cada uno de ellos, sin que exista posibilidad de dar reglas generales que pudiesen servir de norma para distinguir los distintos supuestos que puedan plantearse; pero como es opinión de la generalidad de los tratadistas el que para ser posible el que los muebles alcancen esta categoría de inmuebles por destino será requisito indispensable el que la unión se efectúe por el propietario o por su orden, tendremos que considerar siempre esta manifestación de consentimiento como indispensable para que esa situación pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, salvo el caso de que esa cualidad de inmueble por destino resultase de una declaración judicial, en la que, por otros medios de prueba, se hubiese puesto de manifiesto ese mismo consentimiento.

Si los muebles alcanzasen esa consideración de inmuebles por des-

tino, pasaríamos a cualquiera de los supuestos antes expuestos ; pero fuera de este caso tendremos que precisar en los restantes qué construcciones tienen la consideración de muebles, y por tanto quedan excluidas, no sólo del párrafo 2.º del citado artículo, sino incluso del primero, como decíamos anteriormente.

La Dirección General expresó en la Resolución de 7 de agosto de 1863 que tanto si se atiende al espíritu de la Ley Hipotecaria como a su letra, los hórreos o paneras, ya estén sostenidos por pies de piedra o de madera, deben considerarse como bienes muebles. Precisamente sigue esta Resolución lo dispuesto en el número 1.º del artículo 334 del Código, que exige, para considerar como inmuebles a las construcciones, el que estén adheridas al suelo, y al 335, que considera como muebles a todos aquellos que se puedan transportar de un punto a otro, sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

En cuanto a las modernas casas prefabricadas, y aunque es difícil que ellas tengan en España el auge que en otros países, por el mayor coste comparativo de sus materiales en relación con los empleados en las viviendas rurales, la posición jurídica expuesta en los dos párrafos anteriores les será de aplicación en su integridad, dada la movilidad de ellas y su superposición, más que a adherencia, al suelo en que las mismas se encuentren situadas.

B) *Procedencia del dinero invertido*

El segundo grupo de problemas que enunciamos al principio del presente capítulo es el referente a la procedencia del dinero, o su equivalente, que haya sido empleado en la edificación, y en esta materia nos movemos ya dentro de un campo en el que ha tenido más ocasiones de intervenir la jurisprudencia, sentando ciertas soluciones a los casos planteados, que además son idénticas a las sostenidas por la generalidad de los tratadistas, como Manresa, Isabal, Navarro Amandi, Castán, Mucius Scaevola, etc.

Los supuestos a estudiar los podemos reducir a tres :

1.º Construcciones efectuadas con dinero exclusivo de uno de los cónyuges.

2.º Construcciones realizadas con dinero propio de la sociedad de gananciales ; y

3.º Aquellas que han sido llevadas a efecto con metálico cuya pertenencia no conste, o no pueda ser probada fehacientemente.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de mayo de 1932, ha determinado que tanto la edificación en suelo propio de uno de los cónyuges como las mejoras llevadas a efecto sobre edificaciones de cualquiera de ellos, tendrán el carácter de gananciales, a menos que se pruebe de modo concluyente que unas u otras se llevaron a efecto con dinero de la propiedad de uno solo de los cónyuges.

La Dirección General de los Registros, en Resolución de 30 de mayo de 1901, sostuvo el criterio de que tenía el carácter de ganancial la casa construída a expensas de la sociedad sobre un solar perteneciente al marido. En el mismo sentido se manifestó la Resolución de 15 de julio de 1918.

Por la Resolución de 19 de octubre de 1900 llega aún más lejos en la interpretación del precepto, pues considera como ganancial y comprendida en el párrafo 2.º del artículo 1.404 a una casa construída durante el matrimonio (no constaba la procedencia del dinero) sobre el solar resultante de la desaparición de otra, que había sido adquirida por uno de los cónyuges por título de herencia.

La jurisprudencia antes expresada nos permite el contestar a los tres extremos enunciados en la siguiente forma:

1.º Construcciones efectuadas con dinero exclusivo de uno de los cónyuges. Estas no tendrán el carácter de gananciales, conforme a lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 1.404, y por tanto no les será aplicable ese artículo.

Este caso puede plantear a su vez la variante de que si bien el dinero sea propio de uno de los cónyuges, el propietario del mismo no sea a su vez el del solar. Lo corriente será, o bien que el marido construya con dinero propio sobre solar de la mujer, o bien que con dinero de ésta construya sobre solar de él. En el primer caso, como el artículo 1.391 remite, en cuanto a los parafernales, a las normas dictadas para los dotales inestimados, y a su vez dispone para éstos el 1.368 que el abono de las expensas y mejoras realizadas en ellos por el marido se registrá por lo dispuesto para el poseedor de buena fe, tendremos que aplicar lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 453, o sea el que la esposa pueda optar o entre satisfacer el importe de lo gastado o abonar el aumento de valor que haya tenido el solar en virtud de la edificación. En el segundo de los casos planteados entendemos que, por aplicación del artículo 360, la esposa tendrá derecho

a que se le abone el valor de lo invertido, llegándose a la misma solución si aplicamos las normas dictadas para la devolución de los bienes dotales o parafernales.

2.º Construcciones realizadas con dinero propio de la sociedad de gananciales. Aquí nos encontramos de lleno en el supuesto previsto por el párrafo 2.º del artículo 1.404, y por tanto el edificio tendrá la consideración de ganancial, con el derecho, por parte del dueño del suelo, de que se le abone el valor de éste; y

3.º Construcciones efectuadas con dinero cuya pertenencia no conste, o no pueda ser probada de una manera fehaciente. Conforme a la jurisprudencia que hemos anotado, este caso se asimila íntegramente al anterior, y por tanto la edificación tendrá el carácter de ganancial.

El estimarse, tanto por la Dirección General de los Registros como por el Tribunal Supremo, que la falta de prueba «concluyente» de que el dinero invertido pertenece a uno solo de los cónyuges, es bastante para considerar que lo edificado tiene el carácter de ganancial, lleva implícita la solución de la pugna existente entre los artículos 1.407 y 359 del Código civil, en el sentido de que debe prevalecer el primero de ellos.

El artículo 1.407 establece la presunción de que deben reputarse gananciales todos los bienes existentes en la sociedad conyugal mientras no se demuestre su pertenencia exclusiva a uno solo de los cónyuges, y por tanto el dinero empleado en la construcción deberá seguir la pauta sentada por esta presunción mientras no se demuestre su pertenencia a uno de los cónyuges. Por el contrario, el artículo 359 sienta a su vez la presunción de que todas las obras han de considerarse efectuadas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario. La solución de esta contradicción entre esas dos normas, en el sentido de que debe prevalecer la del 1.407, no podemos menos que considerarla como de estricta corrección jurídica, ya que el artículo 359 mira más hacia los terceros, en tanto que el 1.407 es un precepto fundamental para evitar fraudes y suplantaciones en una sociedad tan familiar e íntima cual es la de gananciales, en la que un exceso de normas reguladoras de su funcionamiento, que hiciesen innecesario ese precepto, o impedirían el normal desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad, o producirían un desuso de sus disposiciones reguladoras, que a pesar de lo dispuesto por el artículo 5.º del mismo Código llevaría consigo algo peor aún que la derogación,

cual es la de vivir dentro del campo jurídico como una enteleguía, que no tendrá más aplicación práctica que la aparente de aquellos casos en que fuese necesaria su aplicación para realizar alguna actuación «oficial», como ocurre en la actualidad con ciertas disposiciones referentes al consejo de familia, adopción, etc.

PROBLEMAS HIPOTECARIOS

Es indispensable para la determinación de por quién y en qué forma deberá hacerse la declaración de obra nueva, a efectos de su constancia registral, el señalar previamente algunas premisas, que no sólo servirán de guía para resolver estos problemas, sino también de límite o barrera, que no debemos traspasar, en evitación de defectos que anularían cualquier titulación que se originase en esas declaraciones.

Según los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, la declaración de obra nueva puede hacerse: bien mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble, en los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave (no cita las cancelaciones) el dominio y demás derechos reales, o bien haciéndose constar únicamente la edificación realizada, bien se complemente o no esta declaración con la manifestación del contratista de haber sido reintegrado del importe de la obra, o del arquitecto de ella, en que certifique esa edificación, o del arquitecto municipal en ese mismo sentido. En el primer caso, la declaración es simplemente una operación notarial y registral, accesoria de otra fundamental, en la que va contenida. En el segundo caso, en sus tres variantes, la declaración por sí sola es la esencia de la actuación de esos dos funcionarios.

Según los artículos 1.412 y 1.413 del Código civil, es el marido el administrador de la sociedad conyugal, con la facultad de enajenar y obligar los bienes de la misma, siempre que ello sea a título oneroso. Esto no obstante, no podemos olvidar que el suelo sobre el que se lleva a efecto la edificación es propio de uno de los cónyuges, y no pasa a ser ganancial hasta que ocurre el «hecho» de la edificación, el cual tiene la virtualidad legal de cambiar la titularidad de dominio que sobre él tenía el cónyuge de que se trate por otra de crédito contra la sociedad, como consecuencia ineludible del traspaso

en el supuesto de que los parafernales hayan sido entregados notarialmente al marido con intención de que los administre (art. 1.384 del Código civil), podrá entenderse que es precisamente un acto de administración el realizar una edificación sobre un solar parafernial a costa de la sociedad de gananciales, por los efectos que a la misma le atribuye la Ley, no será posible, desde un punto de vista legal, el que la edificación se realice contra el consentimiento del propietario del suelo. Sin que en este extremo podamos entrar, además, en el estudio de supuestos especiales, como el de la mujer de menor de edad, etc., ya que alargaría excesivamente el presente artículo.

Desde el punto de vista hipotecario, llegamos también, aunque partiendo de distinto supuesto, a idéntica conclusión. La Rica, en sus comentarios al Reglamento Hipotecario, parte de la idea de que la declaración ha de efectuarse por el dueño del suelo, al decir que deberá hacerse por todos los titulares del fundo (aunque no creemos que sea necesaria esta unanimidad en los casos de comunidad), citando dos Resoluciones de la Dirección General de 19 de diciembre de 1917 y 21 de junio del mismo año; por la primera se estimó bastante la declaración de uno solo de los condóminos, mientras que en la segunda se exigió la concurrencia de todos ellos, bien entendido que esta última se refería no sólo a un caso de declaración de obra nueva, sino también a la descripción de las partes de uso común de un edificio dividido por pisos pertenecientes a distintos propietarios.

Más concretamente aún se manifiesta Roca Sastre en su tratado de Derecho Hipotecario, al decir «que la registración de la obra nueva sea solicitada por el titular registral, ya que no cabe proceder a espaldas de quien, según el Registro, figure como titular inscrito», puesto que aun no tratándose «propiamente de inscribir un acto registrable, ha de cumplirse el tracto sucesivo, consagrado por el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria».

Estudiando los distintos casos que pueden plantearse en la práctica, trataremos, en primer lugar, de las declaraciones de obra nueva que se realicen durante el matrimonio, pero a costa del cónyuge dueño del suelo, siéndonos indiferente el que esas declaraciones se lleven a efecto en documento que se refiera únicamente a ellas o que se realicen con motivo de algún acto o contrato relativo al dominio o demás derechos reales, siempre que no se trate de una cancelación.

En este supuesto, como es necesario el desvirtuar la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código de estimar como gananciales los bienes que el marido adquiere durante el matrimonio,

ciales todos los bienes existentes en la sociedad conyugal, cuya pertenencia a uno u otro de los cónyuges no esté probada, será requisito indispensable el acreditar la procedencia del dinero. Respecto a la mujer casada, ha venido a solucionar el problema al artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario, cuya doctrina es de evidente aplicación al caso que planteamos, dada la identidad de fines y supuestos en que se basa. Y en cuanto al marido, dado que el artículo 1.407 no distingue entre ambos cónyuges y que no hay inconveniente en aplicar al marido la esencia del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, podemos seguir la misma tónica, como sostienen La Rica y Roca en las obras antes expresadas, pero teniendo en cuenta que, según La Rica, en este caso «parece que la prueba ha de ser aún más concluyente, y el criterio del Registrador más severo».

Siendo fundamental, por tanto, lo dispuesto por el citado artículo 95 del Reglamento Hipotecario, su estudio, nos revela que prevé tres supuestos: 1.º Que se acredita la procedencia del dinero. 2.º Que no se acredite esa procedencia, pero se asevere por el marido; y 3.º Que ni se acredite ni se asevere por el marido esa procedencia. De cada uno de ellos nos será necesario un estudio separado, por ser distintos los problemas que plantean.

A) Que se acredite la procedencia del dinero.

El artículo 95 dice únicamente que si se acreditare el que el precio o la contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer y de libre disposición, se inscribirán los bienes adquiridos a título oneroso en esas condiciones, como parafernales o dotales, según proceda. De esto tendremos que deducir el que la obra nueva se inscribirá como propia de la mujer (o del marido), pero sin que en el aludido precepto, ni en ninguno otro de la Ley o del Reglamento, se indique nada sobre la forma de acreditar ese extremo.

Cabello de la Sota, en un trabajo sobre el contenido del artículo 95, que publicó en el número de esta misma Revista correspondiente al mes de abril de 1947, estima que «es difícil la justificación de la pertenencia exclusiva del precio, pero no imposible, siempre que exista documento fehaciente contra tercero (Resolución de 9 de diciembre de 1945); por ejemplo, que en igual fecha se venda una finca parafernial y se compre otra, ante el mismo Notario, en acto

Roca Sastre estima que para poderse efectuar la inscripción con el carácter de bienes privativos, deberá apoyarse el Registrador en datos de documentación auténtica, ya que no existe un juicio contradictorio en el que puedan utilizarse todos los medios de prueba.

Y La Rica, insistiendo en que la prueba deberá ser, en general, documental y pública, plantea el supuesto de que un título de venta de bienes propios de uno de los cónyuges puede ser desvirtuado como prueba al hacerlo servir para varias adquisiciones de fincas enclavadas en la jurisdicción de distintos Registros, lo que sólo podrá evitarse, a su juicio, con la práctica de poner al pie del documento que haya servido de prueba, para justificar la procedencia del dinero, una nota de referencia suscrita por el Registrador.

Apreciada la prueba como bastante, procederá el hacer constar en el Registro que la obra construída tiene, como el suelo, carácter de bien privativo; pero si no se estima como bastante la prueba aducida, estaremos en uno de los supuestos del 105, que seguidamente vamos a tratar, a no ser que conste de una manera expresa el que se solicita la inscripción únicamente con el carácter de privativos, pues en tal caso la no estimación de la prueba como suficiente obligará a considerar la existencia de una falta subsanable o insubsanable, según las circunstancias propias del título y de los documentos presentados.

B) *Que no acreditándose la procedencia del dinero, se asevere por el marido la pertenencia exclusiva del mismo a la mujer.*

La declaración de obra nueva pasa con ello a una situación registral ambigua, en la que la misma se inscribe a nombre de la mujer, pero indicando que la procedencia del dinero está únicamente aseverada por el marido. Rigiéndose los actos de disposición de estos bienes por la regla especial señalada en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario, que la atribuye a la mujer «con el consentimiento (no la licencia) del marido».

La situación ambigua de estos bienes resalta con más claridad si observamos desde fuera la operación registral así realizada.

Frente al marido o sus herederos, la doctrina sobre los actos propios le impide una declaración contraria a la que formuló en el acto o contrato de que se trate y respecto a la cual quedó una constancia registral, por lo que los bienes a que se refiere la inscripción toman

la característica de parafernales, aunque con ciertas especialidades.

Frente a terceros, la tónica es la de estimarlos como gananciales, pues según el artículo 144 del mismo Reglamento, cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o por la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre los bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges.

Podemos sintetizar la cuestión diciendo que la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código a favor de los gananciales y, por tanto, la de serlo el edificio construido durante el matrimonio en suelo propio de uno de cónyuges a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.404, queda desvirtuada frente a todos por la prueba en contrario, y frente al otro cónyuge o sus herederos, además de por esa prueba, por la manifestación prestada en ese sentido por el cónyuge a quien no pertenecía el suelo.

C) *Que ni se acredite la procedencia del dinero, ni se asevere esa manifestación por el otro cónyuge.*

Conforme dispone el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la inscripción se efectúa a nombre de la mujer, expresando que ni se ha probado ni se ha aseverado por el marido la procedencia del dinero, y lo mismo procedería si se tratase del marido.

La situación de estos bienes es distinta, ya que entran de lleno dentro de la presunción del artículo 1.407; pero como la prueba en contrario no es de preceptiva justificación en un plazo determinado, estará en pleno vigor esa presunción mientras no sea desvirtuada por dicha prueba en contrario, pasando los bienes a una situación definitiva al confirmarse o no esa titularidad presunta, con ocasión de ocurrir alguna de las causas que producen la disolución de la sociedad de gananciales, que obliga en consecuencia a efectuar, entre otras, las adjudicaciones oportunas de esos bienes a los titulares de la sociedad, o al sobreviviente y los causahabientes del premuerto.

Por ello, si durante la vigencia de la sociedad se tratase de ena-

jenarlos, deberá intervenir en la misma el titular de la finca y el administrador de la sociedad de gananciales, como prevé, para el caso de que los bienes estén a nombre de la mujer, el artículo 96 del mismo Reglamento, lo cual no podrá ser de aplicación similar al supuesto de que los bienes estén a nombre del marido, ya que en éste, por concurrir esas dos titularidades en la misma persona, no se requerirá la intervención del otro cónyuge.

Pasando al segundo de los supuestos generales que enunciamos, nos corresponde tratar ahora de aquellas declaraciones de obra nueva construídas durante el matrimonio sobre solar de uno de los cónyuges, pero o bien realizadas a costa de la sociedad de gananciales, o bien sin que conste nada sobre este extremo, siendo conveniente el subdistinguir a su vez si el solar pertenece al marido o a la mujer.

A) *Solar del marido.*

Si el solar sobre el que se ha llevado a efecto la edificación es propio del marido, al tener el mismo la facultad de disposición de sus bienes propios y a la vez los de la sociedad de gananciales (art. 1.413 del Código civil), se confunden en él las dos titularidades, como ya dijimos antes, y no podrá surgir ningún problema de capacidad, tanto si la declaración de obra nueva se efectúa por sí sola como si lo es con ocasión de algún acto o contrato de enajenación o gravamen.

No obstante, debido a que el nuevo edificio, si bien es ganancial lo es con la obligación de abonar el valor del suelo al cónyuge a quien corresponda, deberá precisarse esta circunstancia en los casos de enajenación o gravamen, etc., ya que puede ser fundamental, entre otros supuestos, para la futura determinación de si una adquisición posterior a título oneroso ha sido efectuada con dinero propio del marido o de la sociedad de gananciales.

B) *Solar de la mujer.*

Conforme dijimos al iniciar el estudio de los problemas hipotecarios, es indispensable el consentimiento del titular registral, que en este caso lo será la mujer; pero como por el hecho de la obra nueva no pasa a tener el carácter de ganancial la totalidad del valor eco-

nómico del edificio, ya que será indispensable el abonar el valor del suelo al cónyuge a quien éste pertenezca, tendremos con ello una circunstancia que no puede ser olvidada al tratar de solucionar los casos que en este sentido puedan plantearse.

Si la declaración se lleva a efecto con ocasión de algún acto dispositivo, parecería que una vez que la mujer efectúa la declaración, al pasar la finca a tener el carácter de ganancial, corresponderá exclusivamente al marido la realización del acto dispositivo; pero a ello se opondría el que el valor del suelo continúa siendo de la esposa, por lo que tendrán que intervenir ambos cónyuges en cualquier acto de disposición o gravamen referente a esa edificación.

Así lo ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado por Resoluciones de 15 de julio de 1918 y 21 de septiembre de 1911, de las que debemos destacar, especialmente, la última, en la que interpretando el párrafo 2.º del artículo 1.407 con gran precisión jurídica, se sostiene la doctrina de que si bien lo edificado durante el matrimonio a costa del caudal común sobre un solar parafernial, deberá reputarse como ganancial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.404 del Código civil, no puede hacerse lo mismo con el solar mientras no figure abonado su importe a la primitiva dueña.

Con ello pone de relieve que la mejor garantía para la mujer del crédito que a ella corresponde por el valor del solar está constituido por el solar mismo, el cual deberá reputarse como propio de ella mientras no conste el que le ha sido abonado su importe, cuya doctrina está dentro de cualquier interpretación estricta que se efectúe del precepto comentado. Conforme a ello, cualquier acto de disposición o gravamen referente al nuevo edificio, deberá efectuarse con intervención de la mujer, a no ser que aparezca en el Registro el que ésta ha recibido con anterioridad el valor del suelo.

Si la declaración de obra nueva sobre solar propio de la mujer se lleva a efecto mediante una declaración encaminada únicamente a conseguir esa rectificación registral, como por la misma pasa a pertenecer a la sociedad de gananciales el nuevo edificio, deberá concurrir a ella la mujer, como titular del solar sobre el que la construcción se ha efectuado, y el marido como representante de la citada sociedad. Por otra parte, existiendo un criterio doctrinal y jurisprudencial de interpretar con la mayor laxitud posible los preceptos referentes a las adquisiciones realizadas por mujer casada para la sociedad conyugal, no vemos inconveniente en que sea únicamente ella la que lleve a

efecto la declaración, ya que si bien constituye una adquisición para la sociedad, se realiza ésta en virtud de un precepto legal, y, por tanto, no se encuentra comprendida en ninguna de las prohibiciones dictadas por el Código para las mujeres casadas, cuyo razonamiento se refuerza aún más si consideramos que el hecho que motiva esa transferencia habrá ocurrido sin la intervención de la mujer, y que la declaración sólo podrá perjudicar a ella misma, por ser la dueña del solar, pero nunca a la sociedad de gananciales, que es la beneficiada con lo dispuesto por el párrafo 2.º del referido artículo 1.404.

PROBLEMAS TRIBUTARIOS

Decíamos en nuestra obra «Repertorio Alfabético del Impuesto de Derechos reales», que al no tener las declaraciones de obra nueva ningún contenido económico, por ir encaminadas únicamente a solicitar y obtener una rectificación de la descripción de una finca en el Registro, y al no constituir tampoco ningún acto de transmisión o gravamen, deberán ser declaradas actos no sujetos a dicho Impuesto, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 1.º del artículo 44, y en el artículo 5.º, ambos del Reglamento de ese Impuesto; pero siendo esta la norma general, la existencia de declaraciones de obra nueva, en las que por esta mera virtualidad se produce una transferencia del valor del solar a la sociedad de gananciales, nos obliga a un estudio más detallado de ellas, para determinar si respecto a ellas deberemos seguir o no este criterio de no sujeción al Impuesto.

Evidentemente, no existe ninguna transmisión «contractual» en el cambio de titularidad dominical que se lleva a efecto por el mero hecho de realizarse una obra nueva a costa de la sociedad de gananciales, sobre un solar propio de uno de los cónyuges. Tampoco se realiza por ello aportación alguna a esa sociedad, ya que la transmisión del solar a ella se opera, con carácter legal, con anterioridad a la declaración en sí, y además sin que medie ningún acto de voluntad expresa por parte del dueño del solar para el que se realiza esa transmisión. En consecuencia, no encontraremos acto liquidable alguno, ni tampoco estará comprendida en ninguna declaración expresa de exención, siendo por ello lo único procedente una declaración de no sujeción, como para el supuesto general. No se opone a ello el que si en la declaración de obra nueva concurre el contratista y se ex-

presa en términos que encierran un contrato de suministro, ejecución de obras, etc., proceda el liquidar estos conceptos tributarios, ya que ello no nos exime de declarar no sujeta la declaración de obra nueva en sí.

Cuestión distinta es la que puede plantearse al disolverse la sociedad de gananciales, puesto que será lo más frecuente el que no pueda adjudicarse el valor del suelo al dueño del solar en el mismo inmueble que él aportó a la sociedad, y ello motivaría una liquidación contra dicho cónyuge (pero no si fuesen sus herederos, por premoriencia del mismo) por el número 64 de la Tarifa del Impuesto, al 0,50 por 100, conforme se dispone por el número 2.º del artículo 22 del Reglamento del Impuesto.

En cuanto al Impuesto del Timbre, tratado por nosotros en un artículo publicado por esta misma Revista en el número correspondiente al mes de mayo del presente año, y no existiendo ninguna especialidad respecto a lo que en él dijimos, nos remitimos al mismo para lo referente a las declaraciones de obra nueva aquí tratadas.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.—EL DERIVADO DE UNA INEXACTITUD DE LA COMPARECENCIA DEL TÍTULO, EN LA QUE CONSTA QUE EL COMPRADOR SE HALLABA CASADO CON PERSONA DISTINTA DE SU LEGÍTIMA ESPOSA, SEGÚN OTROS DOCUMENTOS PRESENTADOS, NO PUEDE RECTIFICARSE MEDIANTE EL ACTA DE NOTORIEDAD A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 209 Y 210 DEL REGLAMENTO PARA LA ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN DEL NOTARIADO.

LA REFERIDA ACTA TAMPOCO ES ADECUADA A LA FINALIDAD PERSEGUIDA DE HACER CONSTAR EXPRESAMENTE EN EL REGISTRO EL CARÁCTER GANANCIAL DEL INMUEBLE.

Resolución de 8 de mayo de 1954. (B. O. de 28 de junio.)

El 6 de junio de 1902 doña A. M. P. contrajo matrimonio canónico con don C. M. G. ; el 27 de septiembre de 1939, el señor M. otorgó escritura pública de amplia licencia marital en favor de su esposa ; el 26 de abril de 1941 el citado señor M. adquirió por escritura pública, y a título oneroso, una finca urbana sita en Madrid, barrio de la Guindalera, colonia de Iturbe, calle de San Juan de la Cruz, número 9, constando en la escritura que se hallaba casado con doña E. L. B., cuya finca fué inscrita con esta circunstancia en el Registro de la Propiedad del Norte, al libro 1.165 del archivo y 346 de la Sección tercera, finca número 7.065, inscripción quinta ; el 18 de diciembre de 1947 falleció el repetido señor M., y en la partida de defunción figura que estaba casado en primeras nupcias con doña A. M. P. ; el 21

de abril de 1948, el Consejo Supremo de Justicia Militar, a causa del fallecimiento del entonces Coronel de Infantería retirado don C. M. G., concedió a doña A. M. P., como viuda de aquél, la pensión reglamentaria; y en acta de notoriedad de 5 de octubre de 1950, autorizada por el Notario de Valladolid don Salvador Escribano Escribano, este funcionario estimó justificado y evidente que la finca antes relacionada pertenecía como ganancial a los cónyuges don C. M. G. y doña A. M. P., por haber sido adquirida durante su matrimonio.

Presentada en el Registro el acta anterior, otros documentos complementarios e instancia suscrita por la recurrente, en que pedía se rectificase la inscripción de la finca indicada, se tuviese por no puesto el nombre de doña E. L. B. y se considerase ganancial de ella y de su difunto esposo, produjo la siguiente nota: «Denegada la rectificación del nombre que de la esposa del comprador y concordantemente con el título se expresa en la inscripción quinta de la finca número 7.065, de la Sección tercera (rectificación solicitada como supuesto error del título en la precedente instancia y apoyada en el contenido de las certificaciones de matrimonio con la peticionaria y de defunción del comprador, copia de escritura de licencia marital, ejemplar del «Diario Oficial del Ejército» y acta de notoriedad en la que no interviene su dicha esposa registral ni los herederos del adquirente, que se acompañan), por el defecto insubsanable de que el error alegado, a causa de radicar en su caso en el título que originó tal inscripción, se halla comprendido en el apartado d) del artículo 40 y en el 219 de la vigente Ley Hipotecaria, y, consiguientemente, con arreglo a estos preceptos, precisa para su rectificación el consentimiento del titular registral (en este caso doña E. L. B. y los herederos de don C. M. G.), o, en su defecto, resolución judicial. Además, y aunque tan concretos preceptos no existieran, tampoco podría legalmente efectuarse la rectificación, por las siguientes razones jurídicas: primera, si bien del conjunto de tales documentos resultan diversos hechos, a base de los cuales el ánimo puede inducir como probable aquella inexactitud (a que se llama error, extrañamente involuntario), no está con aquéllos suficientemente probado que existiera tal inexactitud, ya que las certificaciones nada de esto prueban, y que sin obstar a la veracidad de la creencia de cuantos testifican, existió la posibilidad de que, aun sobreviviendo la primera esposa, su marido hubiera celebrado, aunque fuese ilegalmente, nuevo matrimonio, que pudo y puede originar (art. 69, párrafo segundo, del Código ci-

vil), efectos de orden patrimonial a favor de la nueva consorte; segunda, la designación de nombres y apellidos de la esposa del adquirente en las inscripciones de compras no patrimoniales llevan implícita una especialísima forma de cotitularidad registral, elementos fundamentales de la inscripción que se halla (artículo primero de la Ley Hipotecaria) bajo la salvaguardia de los Tribunales, y es obvio que su rectificación envolvería una cancelación que tampoco puede realizarse (art. 82 de la Ley Hipotecaria) sin consentimiento de tal titular o sentencia judicial. Esta calificación ha sido confirmada, según lo ordenado en el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, por mi cotitular en el Registro.»

Interpuesto recurso por doña A. M. P., la Dirección confirma el auto del Presidente, que ratificó a su vez la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que el problema planteado en el recurso consiste en determinar si los documentos presentados son los adecuados para rectificar una inexactitud que, según la recurrente, se produjo en el Registro, y dimana de un error padecido en el título que motivó la inscripción.

Que en el caso debatido no se trata de rectificar un error material o de concepto en la inscripción de compraventa, cuyas circunstancias se hallan plenamente conformes con lo que resulta de la escritura, sino que se pretende corregir una inexactitud de la comparecencia del título en la que consta que el comprador se hallaba casado con doña E. L. B., persona distinta de doña A. M. P., su legítima esposa según otros documentos presentados.

Que según declaró la Resolución de 9 de marzo de 1917, la rectificación de errores en los asientos deberá ajustarse a los principios cardinales de autenticidad y consentimiento de los titulares, y se realizará por distintos medios, según se refiera a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, o se trate de actos jurídicos, cuya validez descansa en la capacidad de los contratantes y en las correspondientes estipulaciones, porque en el primer supuesto la rectificación se efectuará por mera instancia de parte interesada, y en el segundo requerirá un nuevo acto o negocio jurídico.

Que las actas de notoriedad a que se refieren los artículos 209 y 210 del Reglamento para la Organización y Régimen del Notariado tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, y son

suficientes para rectificar los errores debidos a faltas ortográficas, unión, separación o uso de distintos apellidos, equivocaciones materiales o causas análogas, pero no sirven para acreditar que el otorgante que aparece en el título inscrito, casado con una determinada persona, lo estaba en realidad con otra distinta.

Por último, que el acta autorizada tampoco parece adecuada a la finalidad perseguida de hacer constar expresamente en el Registro el carácter ganancial de la finca, porque de ello depende no sólo la trayectoria patrimonial del inmueble en la sucesión hereditaria del causante, sino también su inclusión en una determinada sociedad conyugal, toda vez que los efectos de la presunción *iuris tantum*, establecidos en el artículo 1.407 del Código civil, deberán ser, en su día, confirmados o desvirtuados cuando se verifique la oportuna liquidación y mediante los correspondientes títulos.

* * *

Recomendamos la lectura del documentado informe del Registrador y a título de curiosidad, por su relación en cuanto al problema, el fino estudio de Puig Peña, «Las uniones maritales de hecho», página 1.086. *Revista de Derecho Privado*, año 1949.

DECLARADO UN EDIFICIO MONUMENTO HISTÓRICO-ARTÍSTICO EN VIRTUD DEL DECRETO DE 16 DE FEBRERO DE 1951, E INSCRITA ESTA DECLARACIÓN EN EL REGISTRO, NO PUEDE CANCELARSE CONFORME AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA, DICTADO PARA SUPUESTOS DISTRITOS, PORQUE IMPLICA UNA LIMITACIÓN «CONDICIONADA DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS».

Resolución de 8 de junio de 1954. (B. O. de 13 de julio.)

En trámites de expropiación forzosa y como subrogado en virtud de convenio en los derechos del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, don Pedro Alcover Sureda, concesionario de la ejecución de la reforma 12, del Plan General de Reforma Interior de dicha ciudad, mediante acta de ocupación autorizada el 23 de noviembre de 1950

por el Notario don Germán Chacartegui, ratificada por el acta de ocupación administrativa de 3 de enero de 1951, adquirió el dominio de la siguiente finca: Casa zaguán, piso principal, desván, cocheras, corral y dos jardines, entresuelo con entrada independiente y otras dependencias, señalada con los números 14 y 16 de la calle Veri, número 2 de la de Miñones, y 11 accesorio de la calle Puigdorfil, destinada en parte a demolición.

En virtud de instancia de 20 de marzo de 1951 suscrita por quienes eran titulares registrales, se hizo constar en el Registro—inscripción 12—, que por Decreto de 16 de febrero del propio año, había sido declarada la indicada finca monumento histórico-artístico nacional, con las limitaciones que, para su enajenación, establece la Ley de 13 de mayo de 1933 y su Reglamento de 16 de abril de 1936.

Mediante escritura de 23 de noviembre de 1950, autorizada por el Notario señor Chacartegui, don Pedro Alcover Sureda recibió, en calidad de préstamo, de «Inmobiliaria Mallorquina, S. A.», la cantidad de un millón doscientas mil pesetas, hipotecando el deudor en garantía del capital prestado, varias fincas, entre ellas, la que había adquirido por ocupación en trámites de expropiación forzosa, descrita anteriormente; por otra escritura de 16 de abril de 1951, autorizada por el mismo Notario, se hicieron nueve segregaciones en la finca referida y se convino la cancelación parcial de la hipoteca sobre ella establecida, y por escritura de la misma fecha y ante el mismo citado fedatario, el señor Alcover Sureda agrupó varias de las parcelas liberadas de la hipoteca en que había dividido la finca matriz, en una finca independiente y la transmitió al Ayuntamiento de Palma, con destino a vía pública.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura últimamente citada, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los siguientes motivos: Primero, porque constando en el Registro haber sido declarada la finca matriz, de la que fueron segregadas las parcelas a), b), c) y d), monumento histórico artístico nacional, su cesión al Excmo. Ayuntamiento de esta ciudad, con destino a vía pública, supone obras, reformas y modificaciones para las que se precisa autorización de la Dirección General de Bellas Artes, conforme al artículo 23 de la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 y al 21 del Reglamento para su ejecución, de 16 de abril

de 1936. Y, segundo, porque para las segregaciones previas que se producen por la escritura de la misma fecha y ante el mismo Notario (número 721 de su protocolo) y agrupación que en ésta se hace, es necesario expresar la cabida de las fincas señaladas con las letras A y B del expositivo II, ya que no consta en el Registro y es preciso expresarla en las correspondientes notas marginales en cumplimiento del último párrafo del artículo 50 del Reglamento Hipotecario. Y siendo subsanables ambos defectos, no se tomó anotación preventiva, por no haberse solicitado.»

Copias de las otras dos escrituras fueron calificadas con notas de la misma fecha y contenido.

Interpuesto recurso respecto al primer defactor de la nota y ratificada ésta por el Presidente de la Audiencia, la Dirección confirma el auto apelado mediante la doctrina siguiente:

Que por no haberse recurrido contra el segundo motivo de las notas calificadoras, el problema se centra en determinar si la declaración de monumento histórico-artístico de una finca urbana impide que se inscriban sin autorización administrativa las tres escrituras siguientes: a), de constitución de hipoteca; b), de división de la finca en nueve parcelas y cancelación parcial de la hipoteca, y c), de agrupación de tres de dichas parcelas con otra finca, y cesión de la agrupada y de otra porción segregada al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, con destino a vía pública, según los proyectos de reforma de la ciudad.

Que la Ley de 10 de diciembre de 1931 prohíbe la enajenación de las fincas que integran el Patrimonio Artístico Nacional sin previa autorización ministerial, y declara nulos determinados contratos en su artículo 11; que la Ley de 13 de mayo de 1933, cuya disposición adicional tercera deja en vigor la anterior, no consiente el derribo ni la realización de obras sin aprobación oficial, y que el Reglamento de 16 de abril de 1936, en el artículo 28, si bien permite la libre transmisión del dominio de las fincas o de parte de ellas, dando cuenta a la Dirección General de Bellas Artes, ha de referirse únicamente a los inmuebles de menos de cien años de antigüedad comprendidos en la Ley de 1933, ya que la enajenación de los más antiguos aparece regulada en la Ley de 1931, cuyos preceptos contradicen lo dispuesto en el repetido artículo 28.

Que la casa-palacio de Veri, de Palma de Mallorca, que data del siglo xv, fué declarada monumento histórico-artístico en virtud del

Decreto de 16 de febrero de 1951, con lo cual quedó bajo la protección del Estado y la tutela del Ministerio de Educación Nacional, y esta declaración inscrita en el Registro no puede cancelarse conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria, dictado para supuestos distintos, porque implica una limitación condicionada de las facultades dispositivas, cuyos efectos procede determinar en relación con los tres documentos calificados.

Que en la escritura de 23 de noviembre de 1950 se formaliza un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que no aparece incluido en la letra del artículo 11 de la Ley de 1931, si bien en cuanto el derecho real de hipoteca puede dar lugar a una enajenación forzosa de la finca en virtud del *ius distrahendi* que la tipifica, en el documento se debió expresar la especial cualidad del inmueble y que se había obtenido la oportuna autorización ministerial necesaria para que la ejecución hipotecaria no tuviera en su día que subordinarse a la observancia de requisitos administrativos que podrían privarle de eficacia, y además para cumplir debidamente con lo preceptuado por los artículos 1.857 del Código civil y 138 de la Ley Hipotecaria.

Que las otras dos escrituras de 16 de abril de 1951—por las que el palacio de Veri se dividió en nueve fincas, de las que tres se agrupan con una casa y se ceden con otra porción segregada al Ayuntamiento de Palma de Mallorca para destinarlas a vía pública—es obvio que tropiezan en el Registro con el obstáculo derivado de la condición de monumento histórico-artístico, puesto que en los documentos consta la finalidad de parcelación y derribo con repetidas remisiones a los planos, y como la Ley ordena la conservación del inmueble es indispensable para la inscripción de las escrituras calificadas la previa autorización de la Dirección General de Bellas Artes.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1954.—*Arrendamiento de molino funcionando : Es arrendamiento de industria, aunque se permita al arrendatario instalar otra industria.*

Atendido que se arrienda un molino y dados los elementos que se incluyeron en el contrato, la circunstancia de que el molino fué entregado a los anteriores arrendatarios y de éstos pasó a los últimos con el mismo inventario, y finalmente el hecho de que el molino siguiera funcionando después del contrato, no puede menos de entenderse que lo arrendado fué no un local de negocio con elementos inertes, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, siquiera en el contrato de arrendamiento se permitiera al arrendatario instalar una nueva industria de su pertenencia y subarrendarla, pero subsistiendo siempre la obligación de devolver los edificios en su estado actual o mejorados. Por ello debe entenderse que se trata de un contrato de arrendamiento de industria de los definidos en el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y excluido de la Ley especial, el que debe regirse por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil.

Las declaraciones hechas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos análogos confirman este criterio, y así, en la Sentencia de 15 de marzo de 1948 se estima que el arrendamiento de un molino debe reputarse arrendamiento de industria por la potente fuerza hidráulica que tenía y porque estaba funcionando anteriormente al contrato la industria de molinería; en la de 30 de noviembre de 1950, referente al arrendamiento de un molino de aceitunas, se declara que debe entenderse como arrendamiento

de industria, porque versaba sobre una unidad patrimonial apta para ser explotada con sus propios elementos por el arrendatario, aunque éste instalase posteriormente en el edificio una actividad más amplia que la de molturación; y en la Sentencia de 25 de abril de 1951 se proclama la doctrina de que si lo que se cede es una variedad de elementos organizados y aptos para obtener inmediatamente un producto económico, hay arrendamiento de industria, y si lo que se cede es un local en el que va a instalar el arrendatario su propia industria, el arrendamiento debe reputarse de local de negocio.

PROCESAL

I.—Parte general.

SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1954.—*No procede acumulación.*

A tenor de lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley de Enjuiciamiento civil y jurisprudencia que lo interpreta, no son acumulables, ni aun al juicio universal de quiebra, los autos de juicio declarativo en los que haya recaído sentencia firme o solamente estén declarados concluidos para Sentencia.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de septiembre de 1952.

AUNQUE EN EL RECURSO SE IMPUGNE LA NO SUJECCIÓN DE LOS BIENES AL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS Y HAYA SIDO NOTIFICADO EL EXPEDIENTE DE COMPROBACIÓN, EL TÉRMINO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO SE CUENTA DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES, Y NO DESDE AQUELLA NOTIFICACIÓN.

Antecedentes : Un Ayuntamiento presentó la correspondiente declaración de bienes para liquidación del Impuesto sobre los de las personas jurídicas, y la Oficina Liquidadora formó expediente de comprobación y giró las liquidaciones. El expediente de comprobación fué notificado al Ayuntamiento, sin que por éste se hiciese observación alguna a la comprobación.

Posteriormente y de acuerdo con la comprobación, la Oficina Liquidadora giró las liquidaciones pertinentes, que afectaron a varios años, y al ser notificadas al Ayuntamiento éste recurrió contra ellas dentro del plazo de quince días, apoyándose en que los bienes de carácter urbano pertenecientes al Municipio eran de uso público y los rústicos de naturaleza comunal, lo que demostró cumplidamente, haciendo hincapié en que la reclamación no la entablaba contra las

bases señaladas, sino contra la procedencia de exigir el tributo sobre ellas, pidiendo en conclusión que se anulasen, declarando que no procedía sustituirlas por otras.

El Tribunal Provincial Económico-Administrativo desestimó el recurso por la consideración de que la reclamación iba, en realidad, contra las bases fijadas, y como éstas habían quedado firmes y consentidas por no haber sido recurrida dentro de término la resultancia del expediente de comprobación, el recurso resultaba extemporáneo.

Ante el Tribunal Central insistió el Ayuntamiento en su reclamación, con apoyo en que el objeto del recurso no era ni había sido otro que el de obtener la declaración de que no procedía aplicar el Impuesto, y que por lo mismo el momento adecuado para obtener tal declaración nacía al ser girada y notificada la liquidación, puesto que cuando la valoración adquiere el carácter de firme es cuando el Liquidador entra a conocer de la procedencia de la liquidación, y por consiguiente el recurso había sido interpuesto en plazo por haberlo sido dentro de los quince días siguientes a la notificación de las liquidaciones.

El Tribunal Central empieza por sentar que la reclamación de que se trata no tiene por objeto el resultado de la comprobación de valores, ya que ni la forma en que ésta se ha efectuado ni la base fijada en virtud de los medios comprobatorios utilizados han sido objeto de impugnación alguna, sino que la oposición fué dirigida contra la no admisión de la exención alegada en cuanto a los bienes declarados, dado que unos son de uso público y otros de aprovechamiento común; y aunque en los expedientes de comprobación de valores se incluye, con arreglo a modelo, una casilla destinada a consignar las exenciones declaradas, lo cierto es que la aplicación de los preceptos reglamentarios sobre exenciones fiscales es asunto de calificación, que ha de hacerse al tiempo de verificar la liquidación, y que, en todo caso, no se puede desconocer que la determinación del capital o base liquidable es uno de los elementos integrantes de la liquidación, que juntamente con la aplicación del tipo de tarifa, persona obligada al pago, etc., constituyen el acto administrativo, y éste es el que específicamente puede ser objeto de reclamación económico-administrativa, según el artículo 207 del Reglamento.

En su consecuencia, el Central declara que el objeto real de la reclamación lo fueron las liquidaciones notificadas, y como aquélla se

dedujo dentro de los quince días siguientes a la notificación, es visto que no fué extemporánea, y, en su consecuencia, acuerda que el expediente vuelva al Tribunal Provincial para que resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada.

Comentarios: Aparte de que no vemos completamente claro el porqué la Resolución comentada no resolvió sobre el fondo, influída, acaso, por un puritanismo procesal exagerado, nacido de no considerarse competente para discernir sobre una cuestión no dilucidada por el inferior, entendemos que la solución no podía ser otra, frente a la tesis del Tribunal Provincial.

Este confundió dos cosas que están perfectamente separadas en el tecnicismo fiscal del Reglamento del Impuesto. Una cosa es el acto por medio del que la Oficina Liquidadora determina el valor de los bienes y la base liquidable, y otra completamente distinta el de determinar la forma en que a la base ya concretada le afecta el Impuesto, o sea precisar los conceptos liquidables y aplicarles la tarifa, para lo cual, como es lógico, ha de empezar por apartar de aquel total numérico la parte de él que, en su caso, haya de considerarse exento.

Es decir que, rigurosamente hablando, hasta llegar a la liquidación hay tres momentos que se pueden distinguir fácilmente dentro del mecanismo reglamentario, que son: el de comprobar, el de determinar si hay bienes exentos y el de precisar los conceptos liquidables; y como el primero es completamente independiente de los demás y no los prejuzga, es claro que al contribuyente a quien se le notifica la comprobación no le quedan cerrados los caminos para recurrir contra la que pudiéramos llamar la consumación de los mismos, reflejada en la liquidación.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de septiembre de 1952.

EN LA HERENCIA ABINTESTATO ENTRE HERMANOS NATURALES NO DEBEN SER ÉSTOS CONSIDERADOS COMO EXTRAÑOS, SINO QUE HA DE APLICARSE EL NÚMERO 35 DE LA TARIFA, QUE SE REFIERE A COLATERALES DE SEGUNDO GRADO.

Antecedentes: Fallecida la causante sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos, fueron declarados herederos sus tres hermanos

naturales, y presentada la herencia a liquidación, la Oficina Liquidadora los consideró como extraños y aplicó el correspondiente número de la Tarifa.

Dichos hermanos entablaron recurso alegando que no se concibe que en una herencia intestada se aplique el tipo de liquidación fijado para extraños, puesto que la herencia de esa clase no alcanza más que hasta el cuarto grado, según la modificación que el artículo 955 del Código civil sufrió en virtud del Decreto-ley de 13 de enero de 1928; que la cualidad de hermano nace del parentesco que la origina, mientras que la de extraños proviene precisamente de la ausencia de ese parentesco; que por virtud del principio general de este Impuesto de Derechos reales, el tributo se paga, cuando de herencias y legados se trata, con arreglo al parentesco entre el causante y el adquirente; que el número 35 de la Tarifa se refiere a colaterales de segundo grado, como son los recurrentes, sin establecer distinción, es decir, que lo mismo comprende a los hermanos legítimos, sean de doble vínculo o de vínculo sencillo, que a los naturales, mientras que cuando se trata de ascendientes y descendientes se establece la distinción entre los legítimos, los naturales y los que lo son por afinidad; que según el artículo 945 del Código civil, a falta de ascendientes naturales, heredan al hijo natural y al legitimado sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos, y que el derecho a la herencia de un hermano natural es preferente al del Estado, y de ahí que el Juzgado declarase herederos de la causante a sus hermanos naturales.

El Tribunal Económico Provincial desestimó la reclamación fundado en que la Tarifa del Impuesto se refiere a la familia legítima, y por eso establece tipos especiales para la no legítima, pero sólo cuando se trata de ascendientes y descendientes naturales, y de no ser ello así se daría la injusticia de hacer de mejor condición a los hermanos naturales que a los hijos naturales, puesto que aquéllos se asimilarían a los hermanos legítimos, y no así los hijos naturales, a los que se les hace tributar más que a los legítimos, y, por último, que el criterio aplicado viene a estar ratificado por el artículo 45 de la Ley, el cual al determinar las exenciones del caudal relicto menciona expresamente a los descendientes naturales o naturales reconocidos, lo que sería innecesario si la interpretación pretendida por los recurrentes fuese la correcta.

Ante el Tribunal Central reforzaron su argumentación los recla-

antes, diciendo que la Resolución del Provincial incide en dos aseveraciones erróneas, consistente la primera en afirmar que la Tarifa del Impuesto se refiere sólo a la familia legítima, en contradicción con los números 31 bis, 32 y 34, que se refieren a los ascendientes y descendientes naturales, a los que lo son por adopción y a los ascendientes y descendientes por afinidad; y la segunda en negar o desconocer el parentesco entre la causante y los accionantes, siendo así que la consanguinidad es innegable, puesto que son hermanos, y así los denomina la Ley y les da preferencia para suceder a los demás parientes que ella menciona; añadiendo que en el caso actual no se trata de comparar derechos de hijos y hermanos, sino únicamente de éstos, y con relación a ellos es indiferente para el Reglamento que sean legítimos o naturales y de doble vínculo o de vínculo sencillo; y, por último, que el artículo 54 del Reglamento establece que los grados de parentesco a que la Tarifa se refiere son todos de consanguinidad y han de regularse, así como las demás circunstancias relativas a la condición y capacidad de las personas, por la Ley civil.

El Tribunal acoge esta última cita y la refuerza con la del artículo 31, apartado 1), que dice que las transmisiones a título de herencia o legado pagarán con arreglo al grado de parentesco entre el causante y el adquirente, y añade que los hermanos, ya sean legítimos ya naturales, son parientes en línea colateral, la cual, según el artículo 916 del Código civil, es la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común, siendo los hermanos, según esto, colaterales de segundo grado, conforme al artículo 918 del citado Código. Además, el título de adquisición es el de herencia, basado en el artículo 945 del mismo texto, que dispone que a falta de ascendientes naturales heredarán al hijo natural y al legitimado sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos, y hecho efectivo tal derecho mediante la declaración de herederos abintestato; de todo lo cual se desprende que es insostenible que los recurrentes, hermanos naturales de la causante, sean extraños con relación a ella, ya que son colaterales de segundo grado, apreciación aquélla que resultaría en oposición con el artículo 956 de dicho Cuerpo legal, que concede al Estado derecho a la herencia a falta de parientes en línea recta, del cónyuge viudo y de los colaterales hasta el cuarto grado civil, inclusive.

Aparte de esto —sigue diciendo la Resolución que venimos reseñando— es indudable que para que pudieran dejarse de aplicar los preceptos del Derecho civil al caso, sería menester que la legislación tributaria de que se trata hiciera declaración expresa equiparando los hermanos naturales a los extraños, a los efectos fiscales, siendo así que la tesis contraria es la que, en correcta hermenéutica, se desprende de los Reglamentos que precedieron al vigente de 1947, si se repasa su texto y se compara con el de éste en el punto que nos ocupa. Efectivamente, en el artículo 49 del de 10 de abril de 1900, en el 53 del de 20 de abril de 1911, y en el 54 del de 27 de marzo de 1927, se decía que los parientes naturales, salvo en la línea recta, se considerarán como extraños a los efectos fiscales, y esa previsión fué suprimida en el artículo 54 del Reglamento de 16 de junio de 1932, y fué mantenida la supresión en el mismo artículo de los Reglamentos de 29 de marzo de 1941 y el vigente de 7 de noviembre de 1947; lo cual claramente demuestra que el legislador no quiso establecer aquella equiparación fiscal entre parientes naturales y extraños.

En conclusión, se anula el acuerdo impugnado y se ordena liquidar la herencia como producida entre colaterales de segundo grado.

Comentarios: Creemos que el tema queda agotado a través de la amplia referencia del caso que queda reseñado y que es por tanto excusado cualquiera otro comentario por nuestra parte, como no sea el de consignar que nos parece que es la primera vez que el tema llega al conocimiento del Tribunal Central y que nos parece también que la doctrina que sienta es civil y fiscalmente irreprochable.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de septiembre de 1952.

CUANDO EN EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRAS APARECE DEMOSTRADO CON LAS CERTIFICACIONES TÉCNICAS ADECUADAS QUE EN AQUÉLLAS NO SE EMPLEARON OTROS ELEMENTOS NI MATERIALES QUE LOS QUE EN LA MISMA OBRA SE EXTRAEN, LA CALIFICACIÓN QUE PROCEDE NO ES LA DE CONTRATO MIXTO, SINO SIMPLEMENTE LA DE CONTRATO DE OBRAS LIQUIDABLE POR EL NÚMERO 20, EN RELACIÓN CON EL 6.º DE LA TARIFA.

Antecedentes: El contrato tenía por finalidad la construcción de un camino vecinal, y en él se estipuló que el contratista habría de emplear, en parte de las obras, mampostería ordinaria con mortero hidráulico o común, sillería desbastada con mortero hidráulico, sillería aplantillada con mortero común, hormigón hidráulico y piedra.

El documento fué liquidado como contrato mixto, y el contratista impugnó la liquidación, diciendo que no existía tal contrato mixto, sino simplemente el de ejecución de obra sin suministro de material alguno por el ejecutor, puesto que el empleado, que es tierra y piedra, se extrae del mismo terreno en que se desarrolla la obra. Acreditó este extremo con certificación del correspondiente técnico de la Diputación Provincial, constructora del camino, haciendo constar que en esta clase de caminos provinciales solamente se emplea tierra y piedra, a diferencia de las carreteras de gran tráfico, que van reforzadas con capas de riegos de materiales diferentes.

Denegada la reclamación por el Tribunal Provincial, fundándose en que el contratista se obligó a realizar las obras con los materiales a que hemos hecho referencia, empleando sillería, mortero común, mortero hidráulico, hormigón hidráulico, etc., lo cual hace que por suministrar el contratista, en todo o en parte, los materiales necesarios para la realización de la obra, ésta tenga que ser calificada, a tenor del artículo 18 del Reglamento, como contrato mixto de obras con suministro.

El Tribunal Central revoca el acuerdo del inferior y dice que no puede afirmarse en oposición a lo alegado, que los materiales empleados no se extraen del terreno por donde el camino pasa, y que puesto que se trata de un punto sometido a la apreciación técnica hay que atenerse para resolverlo a lo manifestado por la Dirección del Servicio de Vías y Obras provinciales, afirmando que la obra se realiza, al igual que todas las similares, con los productos y elementos que se extraen del mismo camino, y, por tanto, sin suministrarlos el contratista.

Eso supuesto, estando el suministro o venta de materiales equiparado por su naturaleza jurídico-fiscal a la transmisión de bienes muebles, esta circunstancia no se da en el caso propuesto, ya que los materiales no pertenecen al contratista, y mal puede darse por tanto dicha transmisión característica del suministro. En su consecuencia, la intervención de aquél queda reducida a la preparación, elaboración o adaptación de los materiales —tomados de la misma obra—

para el fin a que se les destina, lo cual constituye meramente un arrendamiento de servicios personales que forma parte del contrato de ejecución de obras y no modifica su carácter jurídico-fiscal ni el tipo de tributación, que es el de 0,75, conforme a los números 6 y 20 de la Tarifa.

No puede, en definitiva, termina diciendo la Resolución, apreciarse en el caso contravertido más que la existencia de un contrato de ejecución de obras.

Comentarios: Respetuosos, como siempre, con la autoridad que el Tribunal tiene, nos parece que en el caso analizado ha procedido con un criterio asaz amplio. No es discutible la norma que él sienta al decir que cuando el contratista no pone de su cuenta los materiales de la obra, no se produzca la figura jurídico-fiscal del contrato mixto, pero aquí lo que hacía falta era poder llegar al conocimiento indudable de que esa realidad no se daba, y esto es lo que no nos parece que ha quedado dilucidado sin que el ánimo sienta vacilaciones.

Es cierto que está por medio una certificación técnica afirmando que el terreno produce todos los materiales y elementos de la obra; pero no es menos cierto que, ante el más lego en la materia, surge también la interrogante de si con la tierra y la piedra, que son los elementos únicos de que el constructor disponía, según el mencionado informe, se puede producir mortero hidráulico y hormigón hidráulico, por ejemplo, como el contrato preceptivamente exigía.

LA REDACCIÓN.

VARIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, por José Puig Brutau, Abogado, Vicedirector del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona.— Tomo II, vol. I: Doctrina general del contrato, y Tomo III: Derecho de cosas.—Bosch, Casa Editora. Barcelona, 1954 y 1953.

Por circunstancias que no son de interés para el lector, se ha presentado la oportunidad de comentar brevemente en una sola nota bibliográfica los dos volúmenes publicados hasta ahora de una obra o Tratado general de Derecho Civil que discurre fuera de los cauces normales que utilizaron otros tratadistas. Desde este punto de vista, es patente su carácter de excepcional y merece que se someta a un reposado estudio para captar la importancia y trascendencia de la técnica empleada y el fin perseguido por el autor.

Destaca, en primer término, el intento de aproximar el Derecho continental y el Derecho anglosajón o angloamericano, sin que por eso se dejen de señalar sus divergencias esenciales. Los profundos conocimientos que posee el autor del último de los expresados derechos, así como el dominio del idioma y la soltura adquirida con el estudio de los trabajos de los juristas de aquella raza, contribuyen a hacer relativamente fácil una labor ingrata, que necesariamente ha de chocar con la incompreensión de muchos, con la escasa predisposición para adaptarse en otros y, por lo menos, con el desconcierto o la sorpresa de bastantes.

Con anterioridad a la publicación de los *Fundamentos de Derecho Civil*, el autor ha ido preparando el terreno y creado un ambiente propicio para que su obra no produzca extrañeza. Dosificó el tratamiento

que creía más adecuado para que su labor resultase fructífera, y, con paciencia, comenzó a publicar obras, a escribir artículos y a traducir y prologar textos de autores angloamericanos, como antecedentes necesarios para un trabajo más extenso y profundo. Cuéntase en su haber como escritor: La colaboración con Roca Sastre, en 1948, en los *Estudios de Derecho Privado*, y en 1951 sus dos libros de *Estudios de Derecho Comparado* y *La jurisprudencia como fuente del Derecho*; los artículos acerca de *El lenguaje del Derecho* en la «Revista de Derecho Privado», en 1952, y de *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en la «Revista Jurídica de Cataluña», de 1953; las traducciones prologadas de *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, de Roscoe Pound, en 1950; de *Belleza y estilo en el Derecho*, de Llewellyn, en 1953, y de *Una introducción a la lógica jurídica*, de Loevinger, en 1954; y al menos, ya que él mismo lo anuncia en sus notas, otro trabajo que aparecerá próximamente en «The American Journal of Comparative Law», titulado *Realism in Comparative Law*. No debe silenciarse la labor que realiza en los Cuadernos de Derecho angloamericano, publicados por el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona.

A través de las obras reseñadas, de muchas de las cuales se ha dado noticia en las páginas de esta Revista, puede juzgarse de las aficiones y entusiasmos de su autor por las teorías realistas defendidas por juristas de relieve angloamericanos y por los métodos inductivos del caso y deductivos de las doctrinas jurídicas y de los precedentes, empleados por aquéllos, a los que acompaña, sino un repudio, sí un desvío o desdén por el derecho codificado, por las doctrinas conceptualistas y por la misma jurisprudencia de intereses, tal como nos ha sido importada de las doctrinas alemanas.

En modo alguno ha de entenderse que las materias tratadas se exponen conforme al Derecho angloamericano. Muy al contrario, este último se trae a colación y se examina paralelamente al Derecho romano, al Derecho continental y, en particular, al Derecho español. Los fundamentos son generales al Derecho Comparado, indicándose las coincidencias y las divergencias legislativas y doctrinales, pero la aplicación es al Derecho español, y la exposición se dirige al estudio de nuestro Derecho. Pero el método adoptado difiere del que estamos acostumbrados a manejar en nuestros Tratados generales en cuanto al contenido y al razonamiento, aunque se siga el orden de las materias conforme al modelo corriente y conocido. Es una prue-

ba de la sagacidad y habilidad de Puig Brutau el colocar en los caminos trillados nuevos focos de luz que nos hacen ver mejor lo que nos era tan conocido, principalmente en los recodos o donde el matorral de la duda obliga a fijar la atención en la senda, que apenas se percibe entre las sombras de la confusión. Gracias a la nueva iluminación nos damos cuenta de que el verde mate, uniforme a la luz que nos guió tantas veces, puede adquirir tonalidades brillantes si se emplea el reflector del Derecho anglosajón, y de que las ocultas veredas que se nos pasaron desapercibidas, pueden transitarse sin temor porque nos encaminan también en la primitiva dirección, después de un rodeo más o menos largo. Estas nuevas veredas son el realismo jurídico y el método tan grato a los juristas angloamericanos, que en los márgenes nos muestran las características de la desconocida vegetación allí existente: la frondosidad y peculiaridades del Derecho y de la doctrina anglosajona.

Son constantes las referencias a autores y obras de jurisconsultos ingleses o americanos y a sus extensas compilaciones de casos y precedentes; pero en igual forma se citan autores y obras continentales: alemanas, francesas, italianas, españolas, etc. Desconcierta, en ocasiones, la dualidad inglesa de los Tribunales del *common law* y la jurisdicción de equidad del Canciller, tan extraña para nosotros; por ejemplo, para los primeros, el incumplimiento de obligaciones contractuales sólo da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, mientras que para la *equity*, cuando dicha indemnización no compensa debidamente al acreedor, han de ejecutarse en forma específica (especialmente en contratos de derechos inmobiliarios, ya que los muebles es más fácil que se encuentren en el mercado iguales, semejantes o equivalentes). Por eso tienen que andar con pies de plomo el aficionado y el principiante, para quienes es muy natural que se exija en todo caso el cumplimiento y, subsidiariamente por imposibilidad o causas tasadas, la indemnización de daños y perjuicios, postura acaso demasiado rígida, que contrasta con la de que nada tiene que ver la voluntad declarada o la verdadera intención de los contratantes y que se limita a dar elasticidad a la forma del cumplimiento forzoso, en virtud de Sentencia judicial que interprete lo declarado por la Ley, lo perseguido por la voluntad real de los contratantes y aun la conveniencia de éstos, según las circunstancias que concurran.

El tomo II, que contiene la Doctrina general del contrato, estu-

dia en nueve capítulos : El concepto del contrato (fuentes, formación, doctrina moderna, legislación comparada, conceptos afines y deformaciones de la noción del contrato) ; El concepto del contrato en el Derecho español y sus elementos (autonomía de la voluntad, requisitos o elementos, declaración de voluntad, vicios del consentimiento) ; El objeto, la causa y la forma de los contratos ; La preparación y perfección del contrato ; La eficacia del contrato (su relatividad, su eficacia entre las partes y sus causahabientes frente a terceros, estipulación a favor de tercero) ; La interpretación del contrato ; La ineficacia del contrato (nulidad, anulabilidad o impugnación, la confirmación, la rescisión y el concepto de resolución) ; El incumplimiento del contrato (alteración de circunstancias, problema de las condiciones implícitas), y Clases de contratos, incluso los atípicos. Termina con los Índices de materias y el general.

El concepto del contrato está expuesto con originalidad. Arranca, cómo no, del Derecho romano y del anglosajón ; en uno y otro sistema jurídico existe responsabilidad por el hecho de recibir una cosa y por el de asumir una promesa en acto formal y solemne : la voluntad, por sí sola, no puede generar las obligaciones. Por el contrario, la tendencia moderna concibe el contrato en un amplio sentido de convención, pacto o acuerdo de voluntades, que crea únicamente derechos personales o de crédito (modelo francés), o que, además, puede tener eficacia dispositiva (patrón germánico). Predomina en los juristas ingleses el concepto de que el contrato es la promesa que atribuye el derecho a exigir algo judicialmente o que concede una acción, sin perjuicio de que otros juristas acudan al convenio celebrado para crear un Derecho *in personam* (Salmond), en íntimo contacto ya con el Derecho continental. Sin intención de criticar, vemos en los conceptos anglosajones expuestos un algo primitivo y limitado ; algo así como el encuadramiento de la hipoteca en el estrecho marco procesal, que atiende sólo a un aspecto parcial del problema, al menos probable y más limitado, pero que desatiende el verdadero fin : el aseguramiento y la adherencia (sujeta directamente los bienes al cumplimiento de la obligación), cualquiera que sea el poseedor de los bienes y mientras dura la vida normal del contrato, que generalmente se extingue sin necesidad de intervención judicial. El derecho a exigir no requiere como requisito que se ejercite judicialmente, y lo más frecuente es que se verifique extrajudicialmente : la acción procesal es el último remedio, la extremaunción en trance de muerte del

contrato, enfermo de incumplimiento. Lo normal es la extinción por cumplimiento, por lo que tiene que resultarnos extraño acudir a la muerte para explicar la vida; la disección muestra la constitución de los órganos y no su funcionamiento, ni el verdadero cometido a que atienden mientras palpitan y viven.

En la teoría de la causa se ve bien claro el pensamiento de nuestro admirado autor: el concepto unitario, la tendencia a generalizar, se repudia porque las circunstancias concurrentes en cada caso son las que señalan la causa; es cuestión de puro arbitrio, más o menos encauzada por los precedentes. El lugar del combate está muy bien elegido. Se trata de algo sutil, de un tema doctrinal, que en cierta encrucijada airoosamente señala que se ha seguido un callejón sin salida y se queda tan tranquilo poniendo el cartel indicador de «la causa se presume que existe y que es lícita», puesto que ha entrevisto el abismo de los motivos, de la causa impulsiva y de la causa final, de la causa falsa, de la ilícita, de la simulada, etc. En este punto, plena adhesión personal a los métodos realistas: vergonzosamente confieso que nunca he entendido con claridad este requisito de los contratos, ni su trascendencia, y que me ha parecido algo semejante a los esfuerzos para distinguir los defectos registrales subsanables e insubsanables, que hoy han de estudiarse solamente a efectos de si procede o no practicar la anotación preventiva, verdadero nudo del problema y de enorme trascendencia ante el juego de varios principios hipotecarios. También hay analogía con la discusión de la naturaleza, constitutiva o no de la inscripción de la hipoteca en nuestro Derecho: muy bonito tema académico, que incluso leo con gusto según las opiniones ajenas, pero que carece de trascendencia ante los términos categóricos de nuestro Derecho positivo, puesto que la hipoteca no inscrita se ve privada de la protección registral y de los efectos *erga omnes* y deviene en un simple reconocimiento de deuda. Además, obsérvese cuántos contratos simulados, con causa falsa o con causa ilícita, tienen su vida normal y quedan cumplimentados en la vida real. El pacto de retro, usurario o no, que envuelve un préstamo; la famosa compraventa de un local para casa de tolerancia, que se instala y nada pasa... No enredemos con el palo en un avispero. Contrato inexistente y que, sin embargo, no sólo existe, sino que produce todas sus consecuencias.

Las páginas dedicadas a la preparación y perfección del contrato (oferta y aceptación) están cuidadosamente revisadas y se les

da acaso más importancia de la que realmente tienen en una obra que expone fundamentos y que generalmente tiende a la síntesis y a la claridad, según se demuestra por el examen de otros capítulos como el de la forma de los contratos. Muy interesante el llamado contrato unilateral en Derecho angloamericano. En éste y en otros muchos aspectos o problemas, vemos la aproximación entre este último y el Derecho continental, y cómo con técnica distinta, los resultados son idénticos. Otro incentivo para el estudio de comparación.

Con sentimiento renunciamos a ocuparnos de otros capítulos de este sugestivo volumen. Sólo añadiremos que al tratar de la confirmación de los contratos se nota la falta de una mayor extensión que estudie los efectos de la ratificación y de la confirmación de los contratos cuando un tercero haya adquirido derechos antes de que se haya verificado una u otra. La Sentencia de 25 de junio de 1946 acepta la teoría de que la confirmación siempre tiene efecto retroactivo, en tanto que en la ratificación se salvan de la retroacción los intereses nacidos después de la celebración del contrato, porque en realidad éste es inexistente.

Nuestro Centro directivo se ha ocupado de este problema en Resolución de 3 de marzo de 1953, sentando una conclusión parecida en un caso agravado, porque en él jugaban el principio hipotecario de prioridad, y el asiento en el Diario de fecha más antigua era precisamente el del contrato que se confirmaba.

Dediquemos ahora nuestra atención al tomo III, cuyo contenido es el Derecho de cosas, con capítulos dedicados a: El Derecho real, La posesión, El Derecho de propiedad, Comunidad y condominio, Usufructo, uso y habitación, Derecho real de servidumbre, Derechos reales de censo, enfiteusis y superficie, Derechos reales de garantía y Derechos reales de adquisición. Es decir, cuanto nos es familiar en esta parte del Derecho civil, por lo que no hay que entrar en más explicaciones acerca del contenido de cada capítulo.

En este tomo escasean las referencias concretas al Derecho angloamericano y a sus juristas, por dos razones principales de todos conocidas. La primera, porque, al igual que los romanos, los anglosajones se preocuparon de proteger la legalidad de la transmisión, y no la seguridad de la adquisición, con lo cual el aspecto hoy fundamental en el dominio y en los derechos reales, el de la publicidad, ha sido descuidado, y como no percibieron su enorme trascenden-

cia, la consecuencia es que la evolución del Derecho continental ha sido enormemente superior, salvo en el lamentable sistema francés, y el Derecho anglosajón continúa aferrado a complicadas fórmulas, cuando no ha caído en la simplicidad del seguro como garantía o protección. La segunda razón, que los avances de este último Derecho se limitan a buscar la aproximación con el continental, como sucede con la reforma inglesa de 1925, que tanto aproxima la *mortgage* a nuestra hipoteca.

El concepto anglosajón del derecho real se integra en la conocida teoría personalista, hoy rechazada por la moderna doctrina, y ampara diversos intereses, partiendo de la idea de transgresión jurídica, simplista y primitiva. Nada de interés puede tener para nosotros.

Por la extensión de la materia que abarca este tomo, el autor se limita a exponer los fundamentos de cada figura jurídica, sintetizando en lo posible, pero sin omitir lo que cada una tiene de más relieve. Desfilan ante nosotros el concepto del derecho real y del derecho personal, el de las figuras afines (*ius ad rem*, derechos reales *in faciendo*, obligaciones *propter rem*, muy útiles doctrinalmente y no tanto en la práctica, y de gran interés histórico, pero hoy superados), la posesión y sus problemas, con aguda crítica al desconcertante artículo 457 del Código civil, que afirma nada menos que el poseedor de buena fe puede causar daños *con dolo* en cosa que considera propia y que responde de ellos, no sabemos ante quien, y el consiguiente examen especial del artículo 464, imprescindible hoy, bien explicado con rasgos limpios y concretos, y señalando que la moderna corriente doctrinal se inclina a darle interpretación germánica, en tanto que el Tribunal Supremo sigue aferrado a la posición romanista; y sobrándole la razón al insistir en que «nada nos parece más contrario a la verdadera finalidad del Derecho que su degeneración en una disputa relativa al sentido de ciertas palabras o expresiones usadas inconscientemente por el legislador». También la evolución de la propiedad en el mundo romano (*dominium*), en la época medieval, en nuestros tiempos y en las codificaciones, llena varias páginas que se leen con avidez.

Con pesar dejamos de indicar pasajes dignos de comentario. Fijémonos ahora en la tradición. Plena adhesión a que «la naturaleza del razonamiento jurídico exige muchas veces esta curiosa técnica, que estriba en exigir un requisito para desvirtuarlo luego con for-

mas simbólicas»: como el simbolismo es una ficción, y las ficciones son fantasmas, se linda con las fronteras de la inexistencia. Menos aun se comprende que, entre tanta abundancia de tradiciones *fictas*, no se haya fijado la atención en que la inscripción en el Registro supone mucho más que cualquier tradición simbólica, de efectos *inter partes*, clandestina, oculta, mientras que aquélla notifica a todos que la adquisición se ha verificado, con tanta virtualidad, que quien se fía de esta notificación adquiere a su vez con plenitud de efectos.

Prescindimos del condominio, el usufruto, las servidumbres y los censos, y del enjundioso estudio del derecho real de superficie, que Puig Brutau, en contra de Pérez y Alguer, cree tiene que ser de plazo limitado: no nos convence esta opinión. Un reparo: nos hubiera complacido que nuestro competente y experto autor jurídico hubiera tratado del famoso «derecho de vuelos» de edificaciones existentes, bien en el condominio, bien en el derecho de superficie. Se necesitan orientaciones.

Saltando el retracto, detengamos nuestra atención, por último, en los derechos de garantía, y aun de éstos, tan sólo en la hipoteca. Prescinde de elucubraciones absolutas abstractas, y escoge las enseñanzas brindadas por la misma realidad, según la Historia del Derecho y el Derecho Comparado. La Historia, tanto romana como germánica, es conocida. Denomina «fórmulas de encantamiento» a las que explican todos los efectos de cualquier figura jurídica, determinados con el rigor de una ley causal, cuando en realidad las fórmulas no son causa, sino efecto de las soluciones que pretenden abarcar. Por eso, da de lado a la naturaleza jurídica de la hipoteca (pero indica el lugar donde puede estudiarse un magnífico resumen, de mano de Vallet de Goytisolo), y copia varias definiciones, doctrinales y legales, tan sumariamente, que nada aclara, puesto que la hipoteca se conoce más por sus caracteres que por su definición, y esta última depende de la teoría que se sustente acerca de su naturaleza (véanse las fórmulas legales de los Códigos francés, artículo 2.114; chileno, artículo 2.407; argentino, artículo 3.108; español, artículo 1.876, e italiano, artículo 2.808, para apreciar diferencias esenciales: nos parece infinitamente mejor la española que ninguna otra, porque la sujeción directa e inmediata al cumplimiento de la obligación y su efecto, cualquiera que sea el poseedor del inmueble (o de la cosa gravada, puesto que hoy se conoce perfecta-

mente que no sólo los inmuebles son susceptibles de hipoteca), a nuestro juicio es la verdadera esencia de la hipoteca, aún más que el derecho llamado de realización de valor, tan enlazado con la definición italiana.

Sentimos discrepar de Puig Brutau en este punto, aunque comprendemos que al limitarse a señalar fundamentos, tiene que omitir mucho, incluso de lo indispensable. Igual sucede con la hipoteca mobiliaria. Acaso sea este el capítulo menos logrado de todos los del tomo referido.

A pesar de lo inmediatamente escrito, reiteramos nuestra opinión de que algo nuevo, en cuanto a técnica, está apareciendo en el horizonte y Puig Brutau puede ser un experto piloto que lleve la nave a buen puerto. Al menos no se le pueden negar títulos públicos, ni nobleza en la expresión de sus ideas. Sus esfuerzos no han de ser vanos, aunque, por no ser profetas, no sepamos si anuncia una buena nueva o la destrucción del Jerusalén jurídico a que estamos acostumbrados. Muchas y muy fundadas críticas pueden hacerse a sus teorías, comenzando por la peligrosidad del excesivo arbitrio judicial, patente en la aplicación de las leyes de arrendamientos españolas, pero lo que no puede hacerse desde ahora es ignorarlas.

CUMPLIMIENTO, INCUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES CIVILES, por *Antonio María Borrell Soler*.— Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954.

Como es costumbre en este conocido y acreditado publicista, que orienta sus producciones decididamente por un aspecto muy práctico, sin dejarse impresionar por esta o aquella doctrina, más o menos revolucionaria, sutil, conceptual o de actualidad, este libro no tiene una palabra que sobre o que falte, y la claridad resplandece en todas sus páginas.

Escuetamente comenta y aplica la doctrina legal, los antecedentes romanos y señala, también concisamente, las declaraciones de la jurisprudencia que contribuyen a esclarecer o fijar determinados puntos de vista.

Como las obligaciones se crean para alcanzar su cumplimiento, lo que al mismo tiempo provoca su extinción, se enlazan el cum-

plimiento y las causas de extinción de las obligaciones, aunque se verifique un estudio separado.

Examen separado requiere el incumplimiento, causas que pueden motivarlo y efectos de cada una de ellas.

El cumplimiento normal de la obligación es el pago, cuya forma varía según sea la prestación debida y que debe de reunir determinados requisitos para que sea válido. Se determina quién puede y debe de pagar; a quién hay que pagar; tiempo y lugar del pago; cosas con las que se ha de pagar (cesiones de bienes, pago en documentos mercantiles, en monedas de oro y plata, en moneda extranjera o retirada de la circulación); cuándo existen presunciones de pago y qué es la imputación de pagos.

En el incumplimiento se distingue cuándo es imputable al deudor y cuándo no lo es. En este último supuesto procede el estudio de cuándo el deudor tiene algún derecho que le exime de pagar y del caso fortuito o fuerza mayor. En el primero, el más importante, la responsabilidad se produce por culpa o por dolo y se determinan los efectos (daños y perjuicios, daño moral, cláusula penal, quién puede reclamar indemnización, lo que debe de probar el actor, moderación de la responsabilidad y liquidación de daños y perjuicios). Un capítulo está dedicado a la mora, del deudor y del acreedor, a sus efectos, extinción, descuento y bienes con que el deudor responde de sus obligaciones.

La tercera parte de la monografía la constituye la determinación de las causas de extinción: ofrecimiento y consignación, pérdida de la cosa debida, condonación, confusión, novación (cambio de deudor y de acreedor) y la prescripción. Esta última con mucho detalle.

En suma, una obra de factura sencilla, sin complicaciones, destinada a dar cuenta de la legislación y doctrina aplicables a los supuestos que desenvuelve, con el apoyo de la jurisprudencia española y concordando los textos para su más fácil manejo.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad.