

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVIII

Junio 1952

Núm. 289

Los expedientes de reanudación del tracto en los casos de inscripciones contradictorias de menos de treinta años

Cuanto más se medita sobre el artículo 34 de la L. H. más se afirma el convencimiento en la pureza científica del concepto de tercero hipotecario. Lo es quien adquiere de buena fe, a título oneroso, de quien es titular en el Registro e inscribe su derecho. Sin embargo, ese titular inscrito que de buena fe adquirió, a título oneroso, de quien era dueño registral, será perfectamente atacable si enajena extrarregistralmente su derecho por quienes traigan causa del adquirente extrarregistral. En este supuesto se debilita su posición hipotecaria, a menos que surja un nuevo tercero hipotecario, a tenor de los artículos 1.473 del C. c. y 34 de la L. H. Su figura ya no es la del legítimo tercero hipotecario que a todo evento protege la legislación.

Esto nos lleva a admirar también la excelente visión jurídica de clasificar las relaciones jurídicas en dos grupos: entre partes y respecto de terceros. Así se alcanza a ver con diafanidad que el titular registral que ha traspasado a otro su derecho, pero sin acceso al Registro, no es propietario para quien de él adquirió, pero no deja de serlo para quienes ignoran aquella transferencia. Nos hallamos frente a una realidad jurídica, y frente a una situación jurídica re-

gistrar aparente, y ambas situaciones producen consecuencias jurídicas. Si entre ellas hay colisión, triunfa la consecuencia producida por la apariencia registral si se llega a inscribir, porque entonces surge el auténtico tercero hipotecario; pero si este tercero no surge entonces la realidad jurídica, que es la extrarregistral, tiene acción para deshacer la apariencia del Registro. Es la acción de rectificación.

La L. H., en el párrafo penúltimo del artículo 40, dice que «la acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive». El dominio de que deriva la acción rectificadora no es sólo el inscrito erróneamente o con lesión, sino también el no registrado. El párrafo inicial del mismo artículo 40 así lo aclara: «La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito...» Más explícito resulta el artículo 272 del R. H.: «El propietario —dice— que careciere de título escrito o que aun teniéndolo no pudiera inscribirse por cualquier causa, podrá obtener la inscripción de su derecho con sujeción a lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley.»

Bien patente queda que el titular de un derecho real no inscrito tiene *derecho* a instar la rectificación del Registro, siempre que no haya surgido el tercero hipotecario en los supuestos del 1.473 del Código civil. Se trata de un DERECHO expresamente declarado y reconocido por la L. H. Consecuentemente será nuestra legislación hipotecaria, es decir, es a esa Ley y a su Reglamento a los que incumbe arbitrar los medios adecuados para el ejercicio del derecho. Uno de esos medios es el expediente de dominio. Los artículos 40, 201 y 202 de la Ley, y 272 del Reglamento así lo dicen.

Pero prácticamente se da la paradoja de que tal derecho, objetivo, declarado por la Ley, en determinados casos no cuenta con medios hábiles para su ejecución. Y no sólo se da esta paradoja, sino la de que un expediente de dominio aprobado por el Juez (porque a su juicio quedó justificado el dominio por el actor), no sea inscribible. Los casos a que me refiero no son los que determinan la suspensión como en el supuesto del artículo 276 del Reglamento (la nota del Catastro o amillaramiento para la próxima alteración), sino los que ocasionan la denegación, como cuando no consta, en el supuesto del párrafo tercero del artículo 202 de la Ley, la citación en persona. Algunos creen que la llamada citación personal no es la regulada por el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino

que por tal entienden la que se hace por medio de cédula. Pero esto no es lo que dice la Ley, y a ella nos atenemos ; y por tanto si no hubo lectura de providencia y entrega de copia no hubo citación en persona.

La paradoja a que nos referimos proviene de que el párrafo 3.º del artículo 202 ha sido escrito mirando más que a los efectos de declarar o no justificado el dominio, a los puramente registrales de cancelación de inscripciones contradictorias y subsiguiente inscripción de derecho justificado ; en tanto que el 201 ha sido escrito mirando exclusivamente a la justificación del derecho que se pretende inscribir. El mismo artículo 202 ha previsto la posibilidad de la paradoja, ya que admite la existencia de un expediente tramitado según el 201, pero al que falten los requisitos del párrafo 3.º del 202. Su frase es la siguiente : «Los expedientes tramitados con arreglo al artículo anterior... serán inscribibles si el titular ha sido citado tres veces, una de ellas, por lo menos, personalmente.» La observación no la conceptuamos baladí a los efectos de la interpretación que daremos más adelante a este párrafo 3.º del 202. Una cosa es llevar al Juez el convencimiento de la justificación de un derecho y otra es la de su inscripción. Aquélla puede lograrse aunque no se cite personalmente al titular inscrito o a sus causahabientes, pero no así la inscripción si se sigue al pie de la letra el sentido de las palabras del 202. De ser así, la persona asistida del derecho y acción a rectificar se verá sin uno y otra cuando el titular no admita la citación o no sea habida en el domicilio, o se ignore su paradero, y se halle frente a una inscripción contradictoria de menos de treinta años. No sólo se verá desprovista de derecho efectivo en los casos de ignorado paradero, sino en el de que la persona que se va a citar no dé ocasión a la lectura, ni reciba la copia de la providencia. Porque una cosa es citar y otra hacer constar en autos la diligencia ; aquélla es la lectura y entrega de copia, y ésta la firma de la diligencia por actuario y persona citada, o por dos testigos, en su caso.

Todo cuanto se dice y se pueda decir en contra de las citaciones por cédula y por edictos para demostrar que los interesados no se enteran es cierto. Pero hay casos en que el actor cuenta con la razón, la moral, la legitimidad. La mayoría de esos casos son una realidad jurídica. Por esto, el Derecho, las Leyes, no descenden al partidismo, sino que se elevan a la objetividad, a la generalidad, a dar soluciones abstractas, sin prejuicios, pero también sin perjuicio

de las reclamaciones que la individualidad del caso origine. Sin duda, por la insuficiente garantía del proceso de estos expedientes, y para no faltar a la objetividad normativa, nos dice el Reglamento Hipotecario que la declaración de estar o no justificado el dominio no impide al perjudicado incoar posteriormente el declarativo que corresponda.

En puridad, ni esta declaración o reserva de derechos del 284 del R. H., ni las prevenciones del artículo 202 de la L. H., son una garantía para el titular inscrito o sus causahabientes. No lo son, porque si antes de promoverse el declarativo apareciese el tercero hipotecario sólo le quedaría a ese titular o a sus causahabientes acciones personales, incluso la de nulidad; y porque si las personas señaladas como causahabientes realmente no lo fueran se quedarían tan tranquilas, y el expediente resultaría tramitado con todas las exigencias del 202. Esta suposición de un causahabiente irreal creemos que puede darse aun sin mala fe; pero lo cierto es que puede darse, con buena o con mala fe, y que desde luego, aparentemente, el expediente es correcto. El caso puede darse a tenor de los artículos 279 y 285 del R. H., ya que según los mismos en estos expedientes de reanudación del tracto no se ha de justificar documentalmente la cualidad de heredero o causahabiente, ni respecto de la persona de quien procedan los bienes o derechos, ni respecto del titular inscrito. El Juzgado se limitará a ordenar la citación, sin más averiguaciones, de las personas designadas por el actor como tales herederos. El legislador, en este punto concreto, no arduo afortunado si su pensamiento era imposibilitar las cancelaciones de inscripciones de menos de treinta años, porque en vez de limitarse a exigir la justificación de una diligencia judicial, debió exigir la identificación entre persona señalada y cualidad que se le atribuye.

Admitida la paradoja de un expediente aprobada según el 201, pero no inscribible a tenor del 202, surgen más consideraciones. Porque todas las actuaciones judiciales del expediente, con las notificaciones y citaciones en forma según la Ley de E. c., ¿dejarán de producir los efectos jurídicos que la Ley ritualaria civil señala? No nos referimos a efectos relacionados directamente con la inscripción, sino a efectos civiles, como los de prescripción y nulidad de actos realizados por la persona a quien se citó en forma procesal, ya sea cédula o edicto.

Quien insta un expediente de reanudación ¿interrumpirá la pres-

cripción de quien esté poseyendo, aunque el expediente no sea inscribible? Si el causahabiente del titular inscrito, después de citado y convocado, realiza actos de enajenación de la finca o derecho objeto del expediente, ¿podrá alegar ignorancia del expediente?

Seguramente otras inteligencias claras verán más problemas si meditan sobre estos expedientes de reanudación. Pero a nuestros fines el problema que queremos plantear y pretendemos resolver, aunque ro con la confianza del acierto, es el de si la exigencia del artículo 202 de la L. H., cuando es imposible de cumplir, ya por resistencia de la persona a recibir la citación, ya por ignorarse su domicilio, implica un cierre, o mejor dicho, una negación del derecho a rectificar el Registro por la vía del expediente de dominio.

La teoría y doctrina de quienes mantienen la denegación de tales expedientes es de absoluta ortodoxia hipotecaria, y desde luego la mejor defensa del prestigio de la Institución. Pero no se ha de olvidar la distinción de nuestro sistema en dos grandes grupos de propietarios, los registrales y los no inscritos, como tampoco los distintos alcances de partes contratantes, terceros y tercero hipotecario, y sobre todo que tal estado jurídico de la propiedad española está recogido en el artículo 1.473 del Código civil, con una especie de jerarquía de la tradición: inscripción; en su defecto, posesión material; y en su defecto, antigüedad del título. Y este estado jurídico ha de ser barajado para la solución del problema, sin dejar en el olvido que, en donde existe una jerarquía ha de haber un medio de ascenso, del mismo modo que donde hay escalafón existe corrida de escala. En el campo del Derecho inmobiliario la jerarquía máxima con todos los pronunciamientos de absoluta legalidad está la inscripción, y a ella deberá llegarse, no por puertas falsas o artículos 29 sin lucha, sino con las garantías, que dadas las circunstancias, sea posible exigir. Se ha de luchar con el titular inscrito o con sus causahabientes, pues se le llama a la palestra de la lucha, y se le llamará con los medios hábiles que el entendimiento aconseje, pero siempre que tales medios no constituyan un imposible o un absurdo. Exigir un imposible es manifestarse abiertamente partidista o del lado de uno de los contendientes. ¿Es esto lo que quiere hacer el artículo 202?

¿Por qué el artículo 202 ha puesto el tope de treinta años? ¿Ha querido impedir la cancelación registral de derechos posiblemente vivos? La *mens legis* debió ser esa; se induce del artículo 209 y si-

guiente de la L. H., ya que según ellos las cargas, gravámenes y Derechos reales en cosa ajena que hayan *prescrito* con arreglo a la legislación civil y según la fecha de la inscripción, se pueden cancelar a virtud de un expediente en el que los titulares inscritos o sus causahabientes ya no han de ser oídos o citados personalmente, sino que basta con que lo sean por cédula o por edictos. Pero sin embargo tenemos una duda, ya que el art. 40 de la L. H., en el apartado a) dice que, si la inexactitud registral proviene de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar por tres medios: 1.º, por la toma de razón si hubiere lugar a ello; 2.º, por la reanudación de tracto sucesivo, y 3.º, por la resolución judicial ordenando la rectificación. ¿Cuál ha de ser esta resolución judicial y en qué procedimiento se dicta? ¿Se refiere a la Sentencia que no tenga pendiente un recurso de casación? Si se refiere a ésta, ¿por qué emplea la palabra *rectificación* en vez de la de *cancelación* que es la adecuada? Esto quiere decir que la valoración de la palabra *rectificación* ha de buscarse, no en el campo de las cancelaciones y, por tanto, del artículo 82 de la L. H., sino en el campo de las discordancias entre realidad y Registro, en el campo de la realidad jurídica y, por tanto, en el de la *justificación* de la existencia de Derechos reales en colisión o pugna con los que en el Registro constan. Pero la resolución judicial a que se refiere este artículo 40 de la L. H. no es la del auto, que pone término al expediente de dominio y, por tanto, el procedimiento que la determine no puede regularse por los trámites de los expedientes de reanudación de tracto, y en consecuencia no le puede ser aplicable las exigencias del artículo 202 de la Ley, sino solamente las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento civil relativas a notificaciones y citaciones. Más con esta última consecuencia, si bien hemos despejado la incógnita relativa a la eliminación de la citación personal; sin embargo, subsiste la duda respecto al procedimiento y la naturaleza de la resolución.

También nos hemos formulado esta otra duda: ¿los expedientes tramitados con arreglo al 201, pero no inscribibles con sujeción al 202, son totalmente inoperantes o sin efectos jurídicos? Creemos que no, pues pudiera acontecer que un propietario careciera de título escrito, en cuyo caso le sería difícil promover con facilidad el declarativo correspondiente por falta de documentos iniciales, y para tal evento, ese propietario sin título escrito tiene el mejor cami-

no en el expediente. Esto aparte de lo ya apuntado respecto a prescripción y posible nulidad de actos realizados por la persona citada en cualquiera de las formas de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En este terreno de los celos y de las dudas nos formulamos también esta otra. ¿Por qué las citaciones por cédula o por edictos hechas por el mismo Juzgado, con las mismas garantías de búsqueda, entrega, publicación de edictos, y practicadas todas estas diligencias por el mismo funcionario, unas veces tienen eficacia y otras no? En donde hay la misma causa de obrar, ¿por qué no hay la misma eficacia de actuación?

Y ésta: ¿la exigencia del 202 que tanto defiende en apariencia la imprescriptibilidad de la inscripción, sirve para impedir expoliaciones de derechos de menores?, no, porque no existe ningún precepto en la regulación de los expedientes, tanto de la Ley y Reglamento Hipotecarios como de la Ley de Enjuiciamiento civil que exijan el requisito de la edad; ni siquiera en las circunstancias de la cédula figura la de la edad. La omisión está justificada porque la comparecencia no es forzosa o insustituible, y solamente para este supuesto de comparecer en juicio es para el que se exige la capacidad de obrar.

Volviendo al planteamiento de nuestro problema lo podemos ya formular en los siguientes términos: Cuando la exigencia del artículo 202 de la L. H. es materialmente imposible de cumplir, ¿existe o no existe el derecho a rectificar el Registro? También lo podemos formular en estos otros: ¿es admisible que un cuerpo legal establezca un derecho de imposible realización? ¿No habrá que acudir ante esta posición ilógica, a una interpretación que produzca efectos?

El empleo que acabamos de hacer de las palabras *establecer a imposible*, nos trae al recuerdo un pasaje de Ulpiano recogido en el libro 2.º, título 2.º, párrafo 2.º del Digesto. No es que sea exactamente aplicable a nuestro caso o problema; pero, desde luego, viene a cuento y encaja bien. La esencia del párrafo se refiere a que lo *establecido* por el Edicto del Pretor, sino tiene o produce efecto, se ha de tener por no puesto, y su contenido no puede tomarse según suenan las palabras. La injuria, si no produce efectos, no es injuria. Del mismo modo una norma reguladora de un derecho previamente establecido, pero cuya regulación es imposible de cumplir, no deberá ser tomada en el sentido literal de sus palabras, tal y

como ellas suenan, sino en el adecuado para que produzcan efecto. El pasaje a que aludimos dice así: «las siguientes palabras: lo que *estableciere quien tiene jurisdicción*, se toman como suenan, cuando han producido efecto; pero si queriendo producir efecto, se prohíbe, entonces no tiene efecto el Decreto y cesa el Edicto, porque la palabra establecer significa cosa perfecta, y consumada injuria, no la no comenzada».

La exigencia del artículo 202 de la L. H. es imposible de cumplir, tal y como suenan las palabras *citar personalmente*, en los casos de resistencia de la persona a quien se cita, y en el de desconocerse el domicilio y el paradero de la misma. Pero no es imposible de cumplir según una hermenéutica basada en principios generales de Derecho, en la concordancia de artículos de la Ley y Reglamento Hipotecarios, en los fines perseguidos al establecer el derecho a rectificar el Registro, en la finalidad de economía de tiempo y dinero al regularse los expedientes de dominio y actas de notoriedad, y en la historia de las notificaciones, citaciones y emplazamientos de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Los preceptos de la Ley situaria civil relativos a las citaciones constituyen el derecho subsidiario para los expedientes de dominio. El Reglamento Hipotecario, en el artículo 277 nos remite a aquella Ley para todo lo relacionado con las citaciones; concretamente los artículos 262 y siguientes: «las citaciones prevenidas en la regla tercera del artículo 201 de la Ley —dice— deberán practicarse en la forma determinada por los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil». Aunque no hiciera esta remisión, forzosamente habría de interpretarse o tenerse por hecha, porque ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecarios existe ningún precepto que diga, cómo han de llevarse a efecto las diligencias de citación personal, ni cómo han de hacerse constar tales diligencias en el expediente. El mismo artículo 286 del Reglamento, que exclusivamente se refiere a los expedientes de reanudación del tracto, sólo alude a «la forma en que se hubieren practicado las citaciones de la regla tercera del artículo 201 de la Ley». Entre estas formas está la citación en persona, en su defecto la de cédula, y en defecto de ambas, la de edictos en periódicos oficiales y en los tablones de anuncios.

El artículo 202 de la L. H. contiene tres párrafos. El primero se refiere a expedientes tramitados frente a inscripciones contradic-

torias de más de treinta años, los cuales, una vez tramitados conforme a las Leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento civil, ingresan en el Registro.

El segundo párrafo se refiere a expedientes que tienen en contra una inscripción contradictoria de menos de treinta años, pero en el cual, ha comparecido el titular inscrito o sus causahabientes. Poco importa que la comparecencia haya sido consecuencia de una citación personal o por cédula, o por edicto; lo esencial es que ha comparecido y ha sido oído en el expediente.

Y el tercer párrafo se refiere al supuesto de un expediente frente a una inscripción contradictoria de menos de treinta años en que el titular inscrito o sus causahabientes no han sido oídos. Para que en tal supuesto sea inscribible el testimonio del Auto, dicho párrafo 3.º exige que, aquellas personas hayan sido citadas tres veces, una por lo menos *personalmente*.

Tal y como suenan las palabras de este tercer párrafo, equivale a decir que sin el requisito de la citación personal, el testimonio del Auto no es inscribible, ni procede la cancelación de las inscripciones contradictorias. Pero veamos lo que dice el Reglamento.

El artículo 286 del Reglamento exige que, en el Auto aprobatorio del expediente, *necesariamente* se haga constar la *forma* en que se hubieren practicado las citaciones de la regla 3.ª del 201. Pero si en los supuestos del párrafo 3.º del 202, lo esencial es la citación en persona, y ésta sólo puede hacerse tal y como lo regula, bajo pena de nulidad, la Ley de Enjuiciamiento civil, ¿a qué otras formas puede referirse el Reglamento? Se podrá argumentar en defensa del artículo 286 que está escrito con carácter de generalidad para todo el artículo 202, en su conjunto, y no desglosado por párrafos como nosotros lo estamos haciendo. Esto será evidente, pero la consecuencia que en tal caso se saca es la de que en las Leyes y Reglamentos se escriben algunos preceptos inoperantes, unas veces porque son imposibles de cumplir, y otras porque no hace falta que se escriban, ya que la exigencia de su contenido es inexcusable. En estos casos si se escriben, sólo sirven para pensar que cuando así lo hace el legislador, será porque la lógica exigencia de un requisito no será tan lógica como el jurista piensa.

Pero ese artículo 286, no sólo tiene la contra ya apuntada, sino que también resulta inconsecuente con el artículo 285, su precedente. Este prevé el supuesto de que el iniciador del expediente

desconozca el domicilio del titular inscrito o el de sus causahabientes. La contradicción entre ambos artículos es incuestionable en el supuesto de no comparecencia del citado, porque no cabe admitir en el campo jurídico o, mejor dicho, en el terreno judicial, los intentos de una suerte, con la sola esperanza de ver si pica el citado haciendo acto de comparecencia. Al campo judicial se acude en demanda de justicia, y no con la esperanza, sino con la seguridad de que ella se obtendrá. Si el artículo 285 prevé el supuesto de ignorancia en el actor respecto del domicilio del titular inscrito, el Juzgado no tiene más remedio que admitir los escritos iniciales del expediente que no expresen el domicilio de dicho titular; y si se desconoce ese domicilio, ¿cómo se podrá citar personalmente?

El escrito forzosamente ha de admitirse porque así lo dice el Reglamento; ¿pero los redactores del Reglamento, se expresaron en los términos de dicho artículo pensando que si a la segunda citación por edicto no comparece el citado, el Juez ha de dar por concluso y sin aprobar el expediente? Esto no es admisible, y habrá que volver a citar por tercera vez, con la esperanza de la comparecencia. Y si no hay tal comparecencia, ¿para qué esa tercera citación que no puede hacerse personalmente?

Parece más lógico que en estos supuestos de ignorancia de domicilio no se admitieran los escritos iniciales; pero admitidos porque lo preceptúa el Reglamento, ya no habrá más remedio que procurar que dentro de las normas generales del Derecho, en defecto de las particulares e imposibles, se procura que los expedientes produzcan los efectos que, en reconocimiento de la realidad jurídica deban producir. Creemos que en buena doctrina científica y procesal no debe admitirse un escrito inicial con la omisión de un dato que imposibilita la posterior tramitación; pero si el Derecho ordena la admisión de tales escritos, forzosamente habrá de conferir los medios de subsanarlo con posterioridad. Y estos medios son las citaciones supletorias en defecto de la personal, en el caso de que nos estamos ocupando. Por eso, nosotros entendemos que la interpretación del 286, ya que es posterior al 285 y aclaratorio del 202, es la de que esa citación en persona *es inexcusable* cuando en el escrito inicial *se consigna el domicilio* del titular inscrito, pero que no es necesariamente exigible si tal dato es desconocido. Tal vez la axiología jurídica de las palabras *observar y cumplir*, apoye esta interpretación, porque *observar las leyes, observar los requisitos*, no pa-

rece tan fuerte y exigente como *cumplir los requisitos*. Cumplir equivale a una ejecución, a una consumación, en tanto que observar parece que da a entender el intento de cumplir, aunque ello no haya sido posible por causas ajenas a la voluntad de cumplir.

Esta interpretación de la necesidad de la citación personal se infiere también del párrafo 3.º del 202 en relación con el 286. Si la citación personal sólo tiene como forma de llevarse a cabo la señalada en la Ley de Enjuiciamiento civil, ¿qué alcance tiene la frase: hacer constar la *forma* de la citación? Si algún sentido tiene esa exigencia, no puede ser otra que la de las distintas formas de la Ley procesal.

El párrafo 3.º del 202 nos lleva también a esta interpretación. Exige el requisito de la citación personal, no sólo a los efectos de la inscripción, sino a los de sancionar la contumacia en la incomparecencia con la presunción de que ha renunciado a los derechos que pudieran corresponderle en el expediente. No hace falta pensar en cuáles derechos puedan ser ellos, porque el verdaderamente interesante que es el de formalizar la oposición, lo tiene reservado por el 284 del Reglamento Hipotecario que dice que «la declaración de estar o no justificado el dominio no impedirá la incoación posterior del juicio declarativo contradictorio por quien se considere perjudicado». Hemos transcrito este artículo 284 para hacer resaltar que la sanción de tener por renunciantes a los expresados derechos virtualmente es iroperante. En cambio, si resulta aparentemente eficaz la otra sanción consistente en declarar no inscribible los expedientes que adolecen de la falta de citación personal; decimos aparentemente, porque ese párrafo 3.º del 202, que tiene carácter sancionador, no contiene la declaración de nulidad de los expedientes por causa de dicha omisión; declaración que había de ser expresa como lo hace la Ley de Enjuiciamiento civil para las citaciones tramitadas con infracción de sus preceptos. Llegados a estas consideraciones, nos hallamos frente a un expediente que no es nulo, pero que no produce efectos, al menos el primordialmente buscado. Y lo que no es nulo, ha de tener subsanación de sus defectos. En nuestro caso, opinamos que, por los medios de la Ley de Enjuiciamiento civil, según las razones que seguidamente expondremos.

Obsérvese bien, que si el Reglamento ha previsto el supuesto de ignorancia del domicilio, en cambio, no ha previsto el de que la persona que ha de ser citada oponga resistencia a la función del actua-

rio. ¿Habrá que dar por concluso el expediente? ¿Habrá alguien que opine que, la sola voluntad de un individuo pueda obstaculizar el cumplimiento de las leyes? No se olvide que una cosa es la citación personal, y otra la prueba de haberse efectuado; la diligencia en que se hace constar la entrega de cédula no es acreditativa de haberse hecho la citación en persona.

Esto es lo que resolvió en todos los tiempos, las leyes encargadas de velar por la administración de justicia, y para que la vida civil de los ciudadanos no quede entorpecida sin justas y legítimas causas. La vía de asentamiento de los antiguos, la vía de prueba con la rebeldía y notificaciones en estrados fueron dados para casos de tan alta trascendencia jurídica como la de justificación del dominio en un expediente judicial. La historia de las formas de las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, constituyen un rotundo anatema a la posición adoptada por el párrafo 3.º del 202. Ciertamente que existe diferencia entre juicios ordinarios y expedientes, pero precisamente por eso se idearon los términos notificación, citación y emplazamiento y requerimiento, y a cada uno de ellos se le dió una función específica.

Manresa, Piquer y Reus, en sus comentarios a la primitiva Ley de Enjuiciamiento civil, emitieron el siguiente juicio sintético: «El emplazamiento tiene por objeto la *comparecencia en juicio*; la citación, el *presenciar* alguna diligencia judicial; y la notificación, en sentido estricto, el de *hacer saber* las providencias o decretos judiciales a fin de que paren perjuicio, y pueda hacer uso de su derecho la parte interesada» (1).

Como se ve, la valoración de la fraseología de las notificaciones se aprecia por la función que desempeñan: se emplaza para que se comparezca en juicio; se cita para que concurren a alguna diligencia, y se notifica para hacer saber las resoluciones de la autoridad. La citación no es más que una invitación; Manresa y sus colaboradores en la obra citada, aclaran este sentido, al manifestar que «la citación indica el llamamiento que se hace a una persona, para que concorra, *si quiere*, a un acto judicial que puede pararle perjuicio» (O. c.). Este parecer queda confirmado en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil; allí se habla de la citación a personas que deben ser *parte* en el juicio, y de la de testigos, peritos y personas que no sean parte; pero, sobre todo, se establece al final del artículo 272, que «cuando deba ser *obligatoria* la comparecencia, se le hará esta

prevención...» El legislador hipotecario ha elegido para su lexicografía de los expedientes la palabra *citación*, sin haber agregado el concepto de obligatoriedad en la comparecencia, con lo que la valoración técnico-jurídica de dicha palabra no puede ser otra que la de la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero veamos ahora la historia de las citaciones.

La forma histórica y racionalmente originaria de la citación fué la que venimos llamando citación personal. Nuestras leyes procesales la regularon siempre igual: lectura de la providencia y entrega de la copia al interesado, y constancia en los autos del cumplimiento de la diligencia. Pero ya en este punto de la prueba de haberse efectuado la citación en la persona que se busca, la Ley fué muy previsora. Previó los supuestos de que la persona citada no sepa, no pueda o no quiera firmar la diligencia; y también previó el supuesto de que la citación en persona no pudiera llevarse a efecto, cualquiera que fuese la causa. Los supuestos de no saber o no poder firmar, como causas independientes a la voluntad del interesado, se suplían admitiendo que éste ofreciera un testigo para firmar; pero el no querer, implica acto voluntario y de oposición, y entonces se requería la presencia de dos testigos designados por el actuario. El supuesto de que la persona que ha de ser citada ofrezca resistencia a la función del actuario y, por tanto, no pueda tener efecto la citación personal como manda la Ley al igual que el de los casos de ocultación maliciosa o de ausencias intencionadas, fué orillado con la creación de la cédula, que por eso se llamó cédula de citación. El origen racional de la cédula nos la explica Manresa diciendo que las personas que debían ser citadas se escondían deliberadamente para alargar el pleito y desesperar al demandante; «quien ha tocado —continúa diciendo— las dilaciones y gastos que esto producía, y quien ha visto llenar páginas enteras de un expediente con esas diligencias de busca, que muchas veces se estampaban sin haberse practicado, comprenderá la importancia de la reforma», y termina diciendo: «La Ley ha tenido necesidad de proveer remedio para este caso a fin de que no quede ilusoria la actuación.» El origen de los edictos se halla en el hecho corriente de la ignorancia del domicilio y paradero de las personas que han de ser citadas.

Ante la racionalidad de este orden supletorio de citaciones, parece lo lógico que la interpretación del párrafo 3.º del 202, en el caso de resistencia y de ignorancia del paradero, y de haber justificado

el dominio a juicio del juzgador, sea la de no haber lugar a la denegación inscribitoria del testimonio. Por esto, algunos juristas han llegado a entender que la cédula equivale a la citación personal, sin haber reparado que la citación por cédula tiene tantos o más peligros que la citación por edictos, y que la ley no admite en su literalidad la cédula.

Para reafirmar este criterio, no está demás el hacer presente que esta doctrina de las citaciones la recogió fundamentalmente la Ley de Enjuiciamiento civil primitiva, de la Ley de 4 de junio de 1837; y que aquélla, según los autores ya citados, y según Pedro Gómez de la Serna (2), fué redactada por la Comisión, tomando «como punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro»; si bien, procurando «purificarlo en el crisol de la ciencia y perfeccionarlo dentro de sus mismas condiciones».

La ley citada de 1837 nos hace comprender el porqué de la exigencia de más de una citación en determinados casos. Estatuyó la notificación por cédula para todos los casos, salvo en los emplazamientos o traslados de demanda, notificaciones de estado y citaciones de remate en juicio ejecutivo; para estos tres supuestos, la citación por cédula requería expreso mandamiento del Juez. La cédula se había de entregar siempre a la primera diligencia en busca sin haber hallado a la persona. La Ley de Enjuiciamiento civil recogió el precepto, pero sin hacer las tres salvedades enumeradas; mas en cambio introdujo la novedad de que en las citaciones de remate y en las de juicio verbal de desahucio no se podían hacer por cédula a la primera diligencia de busca, sino después de haberle buscado dos veces en su domicilio con el intervalo de seis horas. Tanto esta segunda diligencia de citación como antes la exigencia del expreso mandato del Juez, no son más que garantías procesales de las citaciones por cédula. La actual legislación exige estas dos diligencias en el caso de que la comparecencia sea obligatoria.

En nuestros expedientes de dominio para el supuesto del párrafo 2.º del 202, la comparecencia reviste el carácter de obligatoria, puesto que no se puede ser oído sin comparecer, pero sin embargo dicho párrafo 2.º no contiene la conminación de desacato a la autoridad que regula la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero cuando pasamos al párrafo 3.º se pierde el carácter de obligatoriedad, para sustituirlo por una tercera citación. ¿No son ya bastante garantía la exigencia y ejecución de tres citaciones por medio de periódicos ofi-

ciales? Lo que no se ha regulado es el plazo de unas a otras, como lo hacía la anterior L. H.

En resumen, creemos firmemente que si la acción rectificadora del Registro es un derecho derivado de una propiedad extrarregistral justificada en un expediente, según el juicio del juzgador, tal derecho a la rectificación no puede ser negado ni por la acción pasiva de un titular inscrito ni por causas ajenas a la voluntad del iniciador del expediente, que por añadidura están previstas y resueltas en las leyes procesales. Y en consecuencia que, si los expedientes de domicilio se dieron para producir efectos contra quien ya no es tercero hipotecario en toda la intensidad del concepto legal, según dijimos al comienzo, la interpretación del artículo 202 de la Ley ha de hacerse subordinada a que en el escrito inicial conste el domicilio, y que la persona señalada no haga resistencia al cumplimiento de la citación personal en forma. Así, y con las tres citaciones, el expediente es algo útil, el titular inscrito o sus causahabientes tienen medios de enterarse y los iniciadores del expediente se ven asistidos en su derecho.

Pensar que la actitud de una persona pueda a su antojo entorpecer el ejercicio de legítimos derechos, no sólo horroriza, sino que nos llevaría a pensar que *cualquier tiempo pasado fué mejor*. Porque sépase que, en los tiempos antiguos, no ya los de principios de la Era cristiana, sino los más lejanos de la égida de las Doce Tablas, el problema de la citación en los casos de resistencia del llamado, estuvo admirablemente resuelto. Aquella ley facultaba al demandante para que violentamente, cogiendo por el cuello al demandado, *aborto collo*, como decía Plauto, lo condujera al Tribunal. Y no valían excusas de enfermedad, ni achaques de vejez, porque tales impedimentos estaban ya previstos que quedarían obviados, poniendo a disposición de la persona enferma o vieja una litera o un asno. Sólo cabía salvarse ofreciendo el *vindex*.

Pero a pesar de nuestra conclusión, nos sentimos más inclinados por una racional reforma de estos expedientes, que lleven la tranquilidad a los hipotecaristas sin distinción, y no dejen en el aire, bajo la alucinación del espejuelo actual, a tantos inocentes que acuden a los Juzgados en busca de un amán, que si se les da allí, no entra en los Registros.

Mucho allanaría este camino el que en las inscripciones se hiciera constar un domicilio a efectos de notificaciones, como se hace

para las hipotecas; el que en las cédulas y edictos se consignara forzosamente la edad de las personas que se han de citar o se buscan; la información sumaria de la imposibilidad de conocer el domicilio actual; el plazo de unos a otros edictos o entrega de cédula; identidad de personas, y otros pequeños detalles de fácil adición a las leyes vigentes.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS
Registrador de la Propiedad.

NOTAS: 1.—«Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada».—Madrid, 1856; 7.º, 1.º.

2. «Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil».—Madrid, 1857.

La Ley de los alamannos o de los alemanes

Fueron los alamannos uno de los grupos germánicos que se establecieron en la Alemania central, entre el Rhin y la Bohemia, de cuyo nombre se derivó el actual de Alemania, integrado en un principio por diferentes tribus, entre las cuales destacaba como más importante la de los suevos.

Aliados unas veces y enemigos otras del Imperio Romano, extendieron por el Sur su territorio hasta los Alpes. A mediados del siglo V ocupaban el Mein, la Suevia, Suiza y Alsacia, penetrando en territorio de los Francos, hasta que Clodoveo los derrotó y los hizo tributarios.

Esta Ley corresponde al grupo suevo y según reza en sus comienzos, se debió al rey Clotario, aunque fué redactada en tiempos de Lansfrido de Suavia a principios del siglo VIII. Tiene un marcado parentesco con la Lex Baiuvariorum o de los bávaros. Tampoco en esta ley se observa una técnica legislativa, ni en ella existe método, ni orden, sino que como las anteriores ofrece un conglomerado de disposiciones, en su mayoría de carácter penal; sin embargo, aparecen ya agrupadas las disposiciones civiles de procedimiento y penales que afectan a la Iglesia, a la que hacen referencia los 23 Títulos primeros; siguen a continuación, hasta el 51, los que se refieren o relacionan con el Rey y los Duques, y luego, hasta el final, los demás.

En esta Ley se observa una mayor preponderancia de la Iglesia; aparece por primera vez el derecho de asilo, se prohíbe el trabajo servil en día de domingo, se regula el Sacramento, se señalan los

tributos que deben pagar los siervos y es muy curioso el procedimiento para resolver los conflictos entre colindantes.

El latín *perruno* que caracteriza a las dos leyes anteriores se va perfeccionando y haciendo más inteligible, más romanizado, aunque persisten germanismos que lo oscurecen.

Las ediciones de Lindembrogio y de Balucio constan de 99 Títulos y la de Heroldi inserta uno más después del 34 y añade otros ocho al final. Inserta, además, unos capítulos tomados del viejo Códice remense que aparecen en la edición de Esteban Balucio.

«Comienza la Ley de los Alamannos que fué dada en tiempos del Rey Clotario con participación de todos sus Príncipes o sea de 33 Obispos, 34 Duques, 72 Condes y de todo el pueblo.» Así reza al principio.

*Tít. I. De las personas libres que entregan
sus bienes a la Iglesia*

Si un hombre libre quisiere donar a la Iglesia sus bienes y aun a sí mismo, nadie tendrá derecho a oponerse a ello, aunque sea Duque, Conde o cualquier otra dignidad, si no que ha de ser lícito al hombre cristiano servir a Dios y redimirse a sí mismo con sus propios bienes. El que tal se propusiere hacer, otorgue carta de donación a la Iglesia a que quisiere donarlos; confirme la donación en presencia de seis o de siete testigos, cuyos nombres deben expresarse en la misma; póngala en el altar, en presencia del Sacerdote que la sirve y de este modo pase la propiedad de dichos bienes a tal Iglesia y para siempre.

Si alguna persona, o el mismo que donó o cualquiera de sus herederos, quisiere con posterioridad recuperarlos o reivindicarlos o pretendiese apoderarse de ellos no lo consiga (incurra en el juicio de Dios y en la excomunión de la Santa Iglesia), pague la multa que se expresara en la carta de donación, devuelva las cosas íntegramente si llegó a apoderarse de ellas y pague al Fisco las costas como ordena la Ley.

Tít. II. De los hombres que entregan sus bienes a la Iglesia de Dios y luego los reciben a título de beneficio en usufructo.

Si un hombre libre diere sus bienes a la Iglesia por carta firme, como antes se dijo, y después los recibiere a título de beneficio para satisfacer sus propias necesidades por los días de su vida, pagando un censo a la Iglesia, haga nueva carta firme para que a su muerte no sean reclamados los bienes por sus herederos. Y si acaeciére que al morir el donante dejare un hijo y éste alegare que la posesión de la herencia le correspondía legítimamente, aunque el padre no se la hubiere dejado expresamente, ni dado carta firme, no le sea permitido prestar juramento, como prueba de su derecho, sino que la carta firme otorgada por el padre debe traerse a juicio y aquellos testigos que pusieron sus manos en la carta juntamente con el Presbítero de la Iglesia, como manda la Ley, den testimonio de cómo estuvieron presentes en el otorgamiento y de que vieron con sus ojos y oyeron con sus oídos, que el padre había hecho donación de sus bienes a la Iglesia, otorgado la carta y que habían sido llamados como testigos. Digan todo esto bajo juramento y añadan que son testigos veraces. Y después de esto el pastor de la Iglesia reciba y posea tales bienes y el usurpador que lo impugnare o contradijere sea condenado a pagar a la misma, la multa que en dicha carta se exprese.

Si la carta de donación se hubiere quemado o perdido, entonces le será lícito a aquel heredero jurar con cinco testigos, él en sexto lugar, y en la misma Iglesia, que su padre no había hecho donación ni otorgado carta. Si tal hiciere posea los bienes libremente.

Tít. III. De los que buscan refugio en la Iglesia
(derecho de asilo).

Si un fugitivo, sea libre o siervo, lograre atravesar las puertas de la Iglesia, cuando es perseguido por otro hombre, nadie tenga poder para arrancarlo por la fuerza, ni para matarlo dentro del templo, sino que por temor a Dios y por honor a la Iglesia, debe limitarse a requerir al sacerdote e interpretarlo por su siervo; ruéguele que lo devuelva, dando fianza legítima de haber perdonado su culpa y el presbítero entregue en paz el siervo a su señor.

Cuide el sacerdote de mantenerlo a su lado, para que no se evada el fugitivo y si se fugare procure recuperarlo sin dilación y entregarlo a su dueño y si no lo pudiere encontrar, devuelva otro siervo semejante o pague su precio.

Si fuere sacado por la fuerza con injuria y agravio para la Iglesia, el que tal hiciere pagará a ésta 80 sueldos y 60 más al Fisco, por haber obrado contra ley, no haber guardado el honor debido a la Iglesia, ni tenido reverencia de Dios, a fin de que otros conozcan, cuál sea el temor de Dios entre los cristianos y el respeto que se debe a su Iglesia.

Tít. IV. Del que mata a un hombre dentro del templo.

Si un hombre libre matare a otro libre dentro del templo, reconózcase culpable de obrar injustamente contra Dios y de profanar su Iglesia; deberá pagar 60 sueldos a la Iglesia profanada e igual cantidad al Fisco, más la composición debida a los parientes y herederos del difunto.

El *Tít. V.* se ocupa de los que roban cosas de la Iglesia o a su custodia encomendadas, imponiendo a más de la restitución una pena dineraria que a veces alcanza a nueve veces el valor de lo robado.

Tít. VI. De los Cojuradores, cuáles y cuántos deben ser.

En las causas de pequeña importancia le bastará al que se excusa presentar un sólo cojurador que libremente puede elegir.

Si lo que se dilucidare en juicio valiese dos saigas más de un sueldo, entonces el que inició la causa debe presentar una lista de tres cojuradores y el que se defiende puede rechazar a dos y con el tercero cojurar y defenderse en el Sacramento. Esto es válido hasta tres sueldos.

La saiga, añade, es la cuarta parte de un tremiso equivalente a un denario y el tremiso la tercera parte de un sueldo o sean cuatro denarios. Si excediese dos saigas de los tres sueldos el actor designará a cuatro cojuradores y el demandado podrá rechazar a dos de ellos y deberá cojurar con los otros dos. Esto mismo se observará hasta la cuantía de seis sueldos.

Si excediere dos saigas de los seis sueldos, se designarán a cinco cojuradores con facultad de rechazar a dos de ellos.

Esta prueba del Sacramento debe practicarse en forma que los cojuradores pongan su mano sobre la arqueta (capsam) (1) y sobre las manos de éstos las del demandado, debiendo éste sólo pronunciar el juramento, para que así Dios le ayude o las reliquias encerradas bajo sus manos y pueda verse libre de la acusación o demanda que sobre él pesa.

Viene a continuación los *Tít. VII* al *XVII*, que se refieren a delitos de robo, homicidios, entrar armado en la residencia de los Obispos y Sacerdotes y de los que injuriarán a las diversas personas eclesiásticas, así como de los homicidios de los manumitidos por la Iglesia.

Tít. VIII. De la sierva manumitida y de la mujer alamanna que se casaren con siervo.

La sierva manumitida por carta o en la Iglesia que casare después con siervo de la misma, volverá a servidumbre de la Iglesia.

A la mujer libre alamanna que se casare con siervo de la Iglesia si rechazare el trabajo servil, se le permitirá eximirse de la servidumbre. Los hijos que tuviere de su matrimonio serán siervos de la Iglesia sin que puedan eximirse. La madre podrá librarse de esclavitud cuando quisiere con tal de que lo manifieste antes de transcurrir tres años. Si durante ellos se hubiere mantenido en servidumbre, sin que sus parientes se opusieren a ello, pasadas tres calendas de marzo, ya no podrá liberarse y permanecerá sierva para siempre, sus hijos serán siervos y sus hijas esclavas.

Tít. XIX. De los que poseen bienes de la Iglesia sin carta.

Nadie pretenda poseer bien alguno perteneciente a la Iglesia sin carta que acredite la transmisión. Y si no la mostrare al ser requerido lo que hubiese comprado a un pastor de la Iglesia, será nulo y perderá su posesión en favor de la misma.

(1) Capsa. Arca o arqueta que contenía reliquias de los santos.

Tít. XX. El Presbítero no podrá vender bienes de la Iglesia.

Ningún Presbítero, ni Pastor de la Iglesia tiene facultad para vender tierras de la Iglesia si no percibe otra tierra, ni cosa mueble si no recibiere otra en su lugar. Si hiciere permuta, tanto de inmuebles como de muebles, otorgue siempre carta firme, para que no surjan pleitos y pierda la Iglesia lo que legítimamente deba poseer.

El *Tít. XXI* castiga con triple composición al que acogiere en su casa y ocultare a un siervo de la Iglesia, fugitivo.

Tít. XXII. De qué manera deben pagar los siervos de la Iglesia sus tributos.

Deberán hacerlo en la siguiente cuantía y forma: Entreguen quince siclas (medidas o monedas) de cerveza, un puerco que valga un tremiso, dos modios de pan, cinco pollos, veinte huevos. Hagan además y con diligencia cuanto se les ordene. Trabajen en el campo mitad para sí y mitad para su señor o tres días de la semana para uno y tres días para otro.

El *Tít. XXIII* castiga a los colonos eclesiásticos que se negaren a pagar tributos o a acudir al llamamiento del Obispo o de su juez.

Los *Títts. XXIV al XXXIV*, con inclusión del que intercala la edición de Heroldi, castigan: al que induce o aconseja matar al Príncipe o Duque, al que invita a gente extranjera para devastar o incendiar y a los que suscitaran discordias dentro del ejército, los cuales perderán la vida o serán desterrados con pérdida de sus bienes; a los que cometen hurto entre las tropas y los que desobedecen las órdenes selladas del Duque, Conde o Centurión; al que matare a un hombre en la residencia del Duque o a su enviado en la provincia; a los que hurtaren cosas del Duque o en su residencia; a los que causaren daño a las mujeres a su servicio o promovieren sedición, y a los que intentaren invadir sus bienes o la provincia hostilmente.

Título XXXV. Del hijo del Duque que se subleva contra su padre.

Si un Duque tuviere un hijo malo y contumaz que intentare alzarse contra su mismo padre, por malicia propia o consejo de malos hombres que pretendan arruinar a la Provincia y llegare a hacerlo, cuando aún su padre tiene vigor físico y puede rendir servicio a su Rey, esto es cuando aún puede mandar un ejército y montar a caballo, y su hijo pretende deshonrarlo y por ambición obtener su Ducado, no consiga lo que pretendió; y si su padre lo venciese y llegare a aprehenderle, lo tenga bajo su poder o le destierre fuera de la región y nada perciba en su día de la herencia paterna, por haberse ilícitamente levantado contra su padre. Si tuviere otros hermanos a ellos pasará la herencia sin que se les consienta darle participación. Si no tuviere más hijos pasará al Rey o a quien éste quisiere darla, incluso al mismo hijo que se rebeló, si éste en fuerza de lealtad y de servicios al Rey, hubiere granjeado su perdón.

Tít. XXXVI. De cómo debe reunirse la Asamblea según la antigua costumbre.

Reúnase la Asamblea según la vieja costumbre en toda Centenada ante el Conde o el Delegado regio y ante el Centenario. Tal reunión debe celebrarse de sábado en sábado o aquel día que señalen el Conde o el Centenario de cada siete en siete noches, si la paz está amenazada en la Provincia, o de catorce en catorce noches si la situación es más favorable.

Si una persona quisiere citar a otra para que responda de cualquier demanda o delito debe emplazarlo en la reunión pública ante su Juez para que éste le obligue según Ley y pueda aquel responder en justicia a su vecino o a cualquier persona que lo emplazare. En la primera reunión a la que acudiere el emplazado, expóngase la pretensión y conteste en su defensa el demandado. En la segunda si desea jurar, hágalo en la forma prescrita por la Ley. En la primera debe presentar los sacramentales y los fiadores que la Ley prescribe y además la prenda o fianza al Conde o al Centenario que presida para garantizar que jurará legítimamente el día señalado,

que no se evadirá entre tanto, y si fuere considerado culpable, que pagará la composición debida.

Si no se presentare en el día señalado y se evadiere, será siempre responsable ante el Fisco de sesenta sueldos. El Presidente de la Asamblea tome las medidas necesarias y no sea negligente para que no se produzca la irresponsabilidad, ni los pobres sufran injuria, ni por quedar desamparados ante la Ley maldigan al Duque o a su pueblo, para que los réprobos se abstengan de delinquir y los que son buenos conserven la paz.

Si el hombre libre desdénare acudir a la Asamblea o no quisiere presentarse al Conde, su Delegado o al Centenario, se le castigará con multa de diez sueldos. Ninguna persona, cualquiera que sea su calidad, ni aun las del séquito del Duque o del Conde, sea negligente en acudir a la Asamblea para que en ella los pobres expongan sus quejas y demandas; si los asuntos no terminaren en una sesión, acábese a la siguiente para que la Patria se vea libre de la ira de Dios y los rebeldes, que cometieren hurto, no tengan facilidad de volverlo a cometer.

Si la condición de la persona citada fuere de tal altura que sobre ella no tuviese autoridad para obligarla el Conde, su Delegado o Centenario, oblíguele el Duque o el Príncipe y procure éste agradar a Dios más que a los hombres, para que su alma no tenga que responder ante su Creador de negligencias y daños.

El *Tít. XXXVII* prohíbe la venta de inmuebles a extranjeros so pena de perder el precio y componer al Fisco.

Tít. XXXVIII. Del que hiciere trabajo servil en domingo.

En el día del domingo nadie pretenda efectuar trabajos serviles que la Ley prohíbe de acuerdo con las Sagradas Escrituras. Si un siervo fuere cogido en este pecado, se le apaleará; si fuere libre, se le amonestará y corregirá hasta tres veces. Si después de la tercera amonestación fuese aprehendido en tal pecado, despreciando el descansar en el día del Señor, pierda la tercera parte de sus bienes; y si después de haber cumplido esta pena, incurriese de nuevo en este pecado por negarse a honrar el día del Señor, una vez convicto y confeso ante el Conde, redúzcasele a servidumbre en el

lugar que el Duque señalare y porque no quiso descansar en acatamiento al Señor, permanezca siervo para siempre.

El *Tít. XXXIX* sanciona las nupcias incestuosas con separación de los cónyuges y pérdida de bienes a favor del Fisco; y el *XL* castiga los fraticidios y patricidios con pérdida de bienes, prohibición de heredar y hacer penitencia conforme a los sagrados cánones.

Tít. XLI. Que nadie pretenda oír ni juzgar pleitos sin estar autorizado para ello por el Duque.

Nadie pretenda oír pleitos ni sentenciar sin haber sido nombrado Juez por el Duque con la aclamación del pueblo; el juez nombrado no ha de ser mentiroso, ni perjuró, ni debe aceptar regalos y dádivas, sino que deberá sentenciar los pleitos con sujeción estricta a la Ley y ser hombre temeroso de Dios. El Juez que obrare con justicia tenga por seguro que recibirá recompensa de Dios y justas alabanzas de los hombres.

Si por avaricia, envidia o por temor sentenciare en contra de alguno, contra lo dispuesto en la Ley, reconozca haber delinquido y sea declarado culpable, debiendo abonar doce sueldos a quien perjudicó con su sentencia injusta y además restituir todo el mal y perjuicios que le ocasionó.

Si el Juez que justamente dictó sentencia fuese objeto de censura, desprecio o desacato, por parte del que perdió su pleito o éste fuere diciendo públicamente «que no le habían fallado rectamente», si por otros jueces se reconociera su recto y justo fallo, el que injurió de tal forma al Juez deberá abonarle doce sueldos y no pretenda en modo alguno desoír o menospreciar la sentencia porque así conviene al honor del Duque y de todo el pueblo reunido en pública asamblea.

Tít. XLII. De que no se debe permitir la prueba del juramento al acusado de un delito notorio.

Si una persona fuere acusada de un delito, ya sea homicidio, hurto u otro de menor importancia y sobre el hecho hubiesen declarado tres o cuatro testigos que gozaren de buena fama entre las

gentes, que no sean perjuros, ni falaces, ni de los que se venden por dinero, sino que son de los que dicen solamente la verdad, recozócalo así el Juez y no consienta que el acusado jure, para que por su maldad, no se vean otros obligados a ser perjuros y pierdan su alma por culpa ajena.

Tít. XLIII. No valga la escritura en que no se exprese el día y año.

No serán válidas las escrituras en que no se exprese claramente el día y año en que fueron redactadas.

El *Tít. XLIV* castiga al que acusa a una persona libre de delito sancionado con pena capital, sin probarlo, en cuyo caso podrá reivindicarse con la espada en la mano en lucha contra el acusador.

Tít. XLV. De las riñas que a veces suelen ocurrir.

Si surgiere riña entre dos hombres, en la calle o en el campo y uno matare al otro y cuando huye el homicida, los parientes del muerto le siguieren hasta su casa con las armas en la mano y allí le mataren, pagarán con una sola composición el precio de su vida.

Mas si permanecieren en el lugar donde surgió la riña junto al muerto, sin seguir al asesino hasta su casa y más tarde llevan el cadáver a la vecindad, congregan a sus parientes y deponen sus armas; si posteriormente marcharen hostilmente a casa del homicida y allí le mataren, tendrán que satisfacer nueve veces el precio de su vida.

Los *Tít. XLVI* al *LII* castigan diversos delitos, sin interés.

Tít. LIII. Del que abandona a su prometida.

Si un hombre abandonare a la hija de otro con la que se hubiere prometido o celebrado esponsalicio y se prometiére a otra, pague a aquélla 40 sueldos y jure con doce testigos sacramentales, cinco designados por ella y siete por él, que no había encontrado en ella

vicio ni tacha, ni había sido tocada, sino que el amor a la otra le había inducido a dejarla y entonces podrá desposarse con esta última.

Tít. LIV. Del que casa con hija, sin estar prometido.

Si un hombre tomase por mujer a la hija de otro sin estar previamente desposado y el padre le requiere, devuélvala y páguele 40 sueldos. Si antes de adquirir dominio sobre la misma muriese ésta, pagará a su padre 400 sueldos; y si hubiere engendrado hijos y éstos muriesen en iguales circunstancias, compondrá al padre por cada uno de ellos su valor.

Tít. LV. De la viuda sin hijos.

La mujer que quedare viuda sin hijos y quisiere casar con otro hombre de igual condición, podrá tomar su dote legítima y cuanto los parientes de su primer marido le hubieren legítimamente donado y además lo heredado de sus padres, con tal de que no se hubiere gastado en su manutención, o constante el matrimonio hubiere sido vendido. La dote legítima se fija en 40 sueldos y deberá aboarse en oro, plata, bienes muebles o cualquier otra cosa de valor.

Tít. LVI. De los parientes del marido muerto que reclaman la dote.

Si algún pariente del marido premuerto quisiere reclamar o contradecir la dote de la viuda que se vuelve a casar, lo que no es de Ley, defiéndase ella con el juramento de cinco testigos designados por los parientes del primer marido o defiéndala su segundo marido en lucha con la espada. Y si la mujer demostrare que adquirió legítimamente la dote, a su muerte no pasará a los parientes de aquél, sino a su segundo marido o a los hijos que de este matrimonio tuviere, pertenecerá para siempre. Si la misma mujer afirmase que su marido le había dado la morgengabe (donación de la mañana) compute su valor en oro, plata, muebles o dinero hasta la suma de doce sueldos y sea lícito a la mujer jurar por su amor y pruébelo diciendo: «Mi marido me la dió en propiedad y yo debo poseerla» (a esto llaman los alamannos *nastahit*.)

12

Tít. LVII. De la herencia de dos hermanas que sobreviven al padre sin tener hermanos.

La herencia del padre corresponderá a las dos por iguales partes, pero si una casare con hombre de su misma condición y la otra le hiciere con colono del Rey o de la Iglesia, aquélla recibirá las tierras que al padre pertenecieron y las demás cosas las dividirán por igual. La que se casa con colono por no haberse casado con persona de su igual, pierde su derecho sobre las tierras.

El *Tít. LVIII* se refiere a delitos contra la honestidad y su particularidad estriba en sancionar doblemente los cometidos con mujer a los cometidos con doncella.

Los *Tít. LIX* al *LXXXI*, inclusive, tratan de diversos delitos, fijando verdaderas tablas de composición según la importancia de las heridas o de las mutilaciones y valora diversamente los hurtos, incendios y homicidios de las personas libres y de los siervos.

El *Tít. LXXXII* castiga también de diverso modo a los que roban o matan a los perros, pero aquí la distinción estriba en la calidad del perro robado, según que sea el primero en la carrera, el que acompaña al hombre, al guardián de los puercos, al que está con la vacada, al galgo corredor de liebres, al perro del pastor, al que defiende la casa, liberando de responsabilidad al que lo mata por haberle hecho presa en sus vestidos o simplemente para defenderse si fué atacado.

Tít. LXXXIII. Del que corta el agua y la embalsa con peligro para otro.

Si alguno quisiere construir un molino o embalsar agua, hágalo sin daño para nadie. Si perjudicare a algún vecino, deshágase la obra. Cuando las dos orillas son propiedad del que embalsa, tiene facultad para hacerlo y si una de ellas perteneciese a otro o pida permiso o cómprele su derecho. Si por efecto del embalse o de la subida de aguas pereziese un niño o criado o ganado, restituya y componga con arreglo a la Ley.

Tít. LXXXIV. De los que pleitean acerca de los límites de sus tierras.

Si surgiere contienda entre dos personas o grupos de herederos acerca de sus tierras y uno dijere: «Aquí está mi lindero» y el otro lo marcase en lugar distinto diciendo lo propio, hállese presente en el terreno el Conde de aquel término y ponga una señal en cada uno de los sitios fijados por los contendientes y juren cada uno su pretensión. Después de jurada, vengan ambos al punto medio de la tierra disputada y en presencia del Conde cojan un puñado de tierra de la que los alamannos llaman *curffodi* (especie de turba), claven en ella una ramita de árbol y los contendientes la pondrán en manos del Conde, quien la envolverá en un lienzo y la sellará, confiando su custodia a una tercera persona, para que la presente en el día que se fije. Prometan para ese día los contendientes que acudirán dispuestos al duelo. El día señalado acudirán las partes, el Conde depositará la tierra cuya custodia fué encomendada a un tercero, en medio del terreno disputado y entre ambos litigantes; se prepararán para la lucha y tocarán previamente con la punta de sus espadas la referida tierra y pondrán por testigo al Dios creador para que vea aquél que tenga la razón y la justicia de su parte. Y luchen. El que venciere poseerá la tierra en litigio y el vencido, por haber pretendido lo que no era suyo, satisfará además a la otra parte doce sueldos.

El *Tít. LXXXV* castiga al que acoge a un siervo fugitivo y se niega a devolverlo, y el *LXXXVI* regula la responsabilidad de un delito cometido por el siervo dado en prenda, distinguiendo si la prenda fué legítima o contra Ley, debiendo componer en el segundo caso el que lo tiene en su poder y en el primero su verdadero dueño.

Tít. LXXXVII. Del que encuentra alguna cosa propia en poder de otro y éste se niega a restituirla.

Si alguno encontrare en casa o poder de otro alguna cosa suya, de cualquier género que sea, ya muebles, ganado, oro, plata u otros objetos y éste se negare a devolverla y se opusiere, si después ante el Juez se declarase convicto y confeso, deberá devolver la misma cosa u otra semejante y además componer con doce sueldos por haberse negado a la restitución.

El *Tít. LXXXVIII* dispone que los hermanos después de muerto el padre no podrán disponer, ni gastar las cosas de la herencia, antes de haberlas dividido entre todos los herederos.

Los *Tít. LXXXIX* al *XCI* no ofrecen especial interés.

Tít. XCII. De la herencia que deja la mujer muerta a consecuencia o después del parto.

Si una mujer que tiene recibida y en su poder la herencia paterna, después de su matrimonio diese a luz un hijo y a consecuencia del parto o en el momento mismo de él muriese; si el recién nacido permaneciera vivo algún tiempo, al menos una hora, de forma que pueda abrir los ojos y ver el techo y las cuatro paredes de la casa y después muriese también, la herencia materna corresponderá al padre de la criatura, si pudiere probar con testigos, que su hijo abrió los ojos y pudo ver el techo y las paredes de la casa. En este caso, podrá defender legalmente la propiedad de la herencia y en otro caso pasará a quien o quienes corresponda.

Los restantes Títulos, hasta el 99 de la edición del Lindembrogio, en su mayoría de carácter penal, ofrecen escaso interés, como asimismo los siete restantes de la edición de Heroldi.

Tít. CVII. Del que pone resistencia a un ladrón.

Si alguno se apodera de cosa ajena o de la Iglesia y otra persona lo quisiere impedir con violencia éste no comete por ello delito alguno; porque no obra con violencia el que intenta repelerla o el que se enfrenta con el que obra mal.

Nadie pretenda tampoco invadir predio ajeno, sin autorización para ello y el que tal hiciera sepa que será arrojado, con sanción.

A continuación se ven unos capítulos, añadidos en número de cuarenta y cuatro y que forman a manera de tablas de composición para diversos delitos y mutilaciones.

FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ

Registrador de la Propiedad

De la exclusión de herederos legítimos

El tema vuelve a la actualidad con la traducción de las Sucesiones de Kipp en el *Enneccerus* y especialmente por las notas de Roca Sastre, reseñadas en la *Revista de Derecho Privado* de diciembre de 1951, por J. Martín Blanes, conforme al parecer con el ilustre anotador.

Este opta por el término exclusión, preferido antes por Casso, don Jerónimo González y Castán; pero el de desheredación emplea el programa de Notarías en una pregunta —que da a suponer la posibilidad de tal desheredación en España—; como una modalidad especial de la desheredación trata a la exclusión el Diccionario de Casso y Cervera; desheredación llama el pueblo a la privación, y aun parcial, de la herencia al heredero natural presunto dejándola a otra persona; y en obras y textos legales antiguos se usa la palabra desheredación en un lato sentido análogo al indicado, por ejemplo, en las Partidas, leyes 2.^a y 12, tít. VII, Partida 6.^a; DE BUEN reconoce ese sentido genérico; y el propio ENNECCERUS denomina a la exclusión exheredación y desheredación; todo lo cual demuestra que la terminología fluctúa.

De los pocos que se han ocupado de la exclusión expresa en España, aceptan la validez de tal disposición en un testamento, CASSO, que abrió la marcha en 1940, y DON JERÓNIMO Y CASTÁN. El primero no muy claramente, es cierto, pues su trabajo se dedicaba al Código alemán, pero en los párrafos iniciales parecía referirse al tema en general, y además no dice nada en contrario a su admisibilidad en nuestro Derecho mientras que sí manifiesta una actitud adversa en el punto concreto de la posibilidad de la privación —exclusión— del lecho conyugal y otros derechos concedidos a los viudos en nuestro Código.

Mirando el problema en el Derecho español, don Jerónimo Gon-

zález se pronunciaba abiertamente por la validez de la exclusión en las dos ocasiones en que se puso en contacto con el asunto (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 156 y 169, años 1941 y 1942), afirmando la posibilidad de la exclusión con tal de que sea expresa o indubitada, de acuerdo con la libertad dispositiva testamentaria y con la compatibilidad de las dos clases de sucesión; fuera porque en el núm. 156 de la Revista se ocupaba directamente de cierto caso relacionado con la exclusión tácita o porque enterdiera indudable la expresa, no se extiende en consideraciones sobre el particular, y en el núm. 169 la Redacción de esta misma Revista condensaba la doctrina española al respecto basada principalmente en la subordinación de la sucesión intestada a la voluntad del causante y en la consideración que como testamento merece un otorgamiento de exclusión con las formalidades de aquél.

El señor CASTÁN opina que dicha manera de testar, puramente negativa, es perfectamente admisible, porque al excluir a unos se provoca el llamamiento de otros herederos y así no falta la disposición de bienes que exige el Código civil en el art. 667.

De la distinta expresión de cada uno de los tres autores citados, parece inferirse que los dos primeros aceptan la exclusión al modo alemán, como exclusión a secas, sin disposición de los bienes en sentido afirmativo, dando ello por resultado la transmisión de la herencia en sucesión intestada prescindiendo en absoluto del excluido.

La opinión del señor CASTÁN difiere de aquellas dos y habrá que clasificarla como adepta a la doctrina dominante en Derecho italiano, para la cual la exclusión de un heredero implica la institución de los otros, con lo que se satisface la exigencia contenida en la definición del testamento en el Código civil.

Ninguno de esos dos modos de entender la exclusión comparte don FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ, quien, en 1942, en su obra para oposiciones a Notarías dice: «...cabría instituir como legatarios a personas que no son llamadas en la sucesión intestada, con un carácter universal o en participaciones intelectuales y, a la vez, que ese testamento no llevara institución de herederos» y con esto, añade: «teníamos la misma figura jurídica que en Alemania». No del todo enfocada nos parece la opinión del expresado autor, pues en un testamento como imagina falta el apartamiento del heredero legítimo y no hay omisión de disposición positiva de los bienes, que son los dos elementos de la figura alemana a que alude.

En el Diccionario de Derecho Privado, de 1950, se trata de la exclusión como una modalidad de la desheredación, sólo para decir no ve tan clara como el señor CASTÁN la compatibilidad de la exclusión con la definición de testamento en el art. 667 del Código civil; opinión la del Diccionario que conduce a negar la validez de la exclusión por no poder equipararse ésta a la disposición de bienes.

ROCA SASTRE rechaza la exclusión como figura jurídica de propia eficacia, por sí sola y la tolera según la mencionada teoría de la institución tácita o implícita. Su actitud refractaria a la exclusión como figura jurídica de consistencia específica, la funda en la inspiración española (romana) de la sucesión legítima, distinta a la que vivifica y prestigia a la misma en el Derecho alemán; nos ofrece serias reflexiones sobre la ideación y desarrollo mental de la sucesión *mortis causa* en ambos derechos y afirma que nuestro Código ni siquiera pensó en la posibilidad de la exclusión.

Es cierto que la sucesión testada en el Derecho romano y en sus derivados es el último y más trascendental acto del *jus disponendi* y que la intestada es la interpretación —remedio— de su mutismo; mientras que la ley germana regula la sucesión como cosa pública a su cuidado, si bien admite al gobierno de la misma al de cuius por creerlo el más capacitado como mejor conocedor del círculo familiar, siendo las medidas que puede tomar al respecto o el llamamiento de otros herederos o el veto a alguno de los herederos legales (artículos 1.937 y 1.938 del Código alemán), pero el resultado en uno y otro sistema, sean cuales sean sus diferencias, viene a ser el mismo: ante todo hay que atender a la voluntad del causante manifestada en su testamento, pues como dice el profesor señor CASSO —y tratando del Derecho alemán actual precisamente— es un principio ya secularmente consagrado que la sucesión *mortis causa* legítima sólo entra en juego a falta de la testamentaria.

Difícil parece negar eficacia plena a la exclusión de heredero en nuestro Derecho, cuyo principio capital en la sucesión *mortis causa* es el de considerar ley suprema de la misma a la voluntad individual, emancipación de la autarquía privada y consecuencia también del derecho de propiedad, con preponderancia, por tanto, de la sucesión testamentaria (art. 658 del Código civil), en la que la voluntad obra «a su placer», con libertad de disposición proclamada en el 763 y reafirmada y hasta ampliada en el 764 y defendida en el 743.

Hemos dicho que antes del Código de 1942 la doctrina italiana dominante admitía la exclusión. La admitía, sí; pero tomándola como una institución tácita implícita que era lo que veía en la exclusión, y así la admiten para nuestro Derecho los señores CASTÁN y ROCA SASTRE, según también hemos indicado ya, es decir, que en el testamento otorgado para excluir nada más, esta teoría no lee lo que está escrito sino más bien lo que no lo está, verbi gratia ante la exclusión de Caio (uno de los tres hermanos del testador) contempla el llamamiento de los otros dos, Sempronio y Mevio, que no figuran en el testamento, reduciéndose la exclusión a una cierta manera de hablar. El ejemplo lo pone Polacco en este párrafo: «Ticio muere dejando tres hermanos y hace un acto de última voluntad en el que no se ha dicho otra cosa sino que no quiere venga a la sucesión Caio, que es uno de los tres. Hay en esto un verdadero y propio testamento como habría si, silenciando a Caio hubiese expresamente llamado a la herencia a los otros dos, Sempronio y Mevio.»

¿Pero no es inverosímil que quien tenga tres hermanos presuntos herederos abintestato y quiera nombrar herederos testamentarios a dos de ellos se le ocurra hacer un testamento no para eso, para instituirlos, sino para expulsar de la sucesión al tercero? En cambio, a las veces, en alguna especial ocasión, cualquiera puede encontrarse respecto de un su pariente heredero legítimo presunto, en situación que le lleve a separarle de esa expectativa, sin que por el momento le interese designar sucesor entre los demás parientes, que incluso cabe no conocer, ignore sus nombres o su existencia, o ni sepa si viven todavía, y por consiguiente deje a la previsión de la Ley el destino de su herencia, pensando y decidiendo «lo que la Ley haga, bien está». Los casos que después expondremos demostrarán la realidad de tal voluntad *mortis causa* que es la que se plasma en un testamento de exclusión.

La institución implícita es una ficción consistente en querer diga un testador lo que no ha dicho, con objeto de encajar su testamento dentro de lo que se cree es una definición del testamento. Quizás en Italia, donde su Código de 1865 exigía en el testamento una disposición de los bienes «in favore di una o più persone» (art. 759) condujera a los exégetas a tal solución para satisfacer la indicada definición legal y del testamento, pero en España los términos del artículo 667, más holgados, nos libran de llegar a esos extremos, pues aunque habla de disposición de bienes —aparte de que de la histo-

ria y de los preceptos del Código en conjunto, la apropiada definición del testamento sería la de acto en que se expresa la última voluntad—, con la exclusión de heredero no se hace otra cosa que disponer de los bienes, ¿pues sobre qué recae si no?

La misma definición de la figura: «exclusión de heredero legítimo», presupone que se está en un caso de sucesión legítima, con la particularidad que le introduce la exclusión, pero que no deja de ser sucesión legítima. Si el testador extrae de la sucesión legítima a uno de los herederos presuntos, sólo puede eliminarlo a base de que permalezca vigente la sucesión legítima, y no es comprensible cómo una disposición en tal sentido puede operar una trasplantación de la sucesión legítima a la testamentaria en el llamamiento de herederos.

KIPP, en su obra citada, trata de la exclusión en la parte dedicada a la sucesión legal. Y en el programa de Notarías la formulación de la pregunta «la desheredación en la sucesión intestada», en un tema destinado al orden de llamamientos en esta clase de sucesión, no puede revelar más a las claras que estamos dentro de la sucesión abintestato y que la exclusión es una modificación de la preferencia o graduación legal de llamamientos.

La exclusión tomándola en el sentido de institución implícita, no es admitirla configurándola con su propia silueta, con su claroscuro resultante de un apartamiento expreso junto a la carencia de institución de heredero.

La teoría de la institución implícita contradice la voluntad del testador, pronunciada bajo la base de la sucesión intestada suprimiendo a un heredero, y sin que existan razones para la violenta suplantación de voluntad que lleva a efecto, pues en estos tiempos la voluntad actúa directamente, a su tenor, sin que para la validez de sus disposiciones obligue nuestro Derecho a ningún zig-zag conceptual, o formalístico, como a veces era necesario en Derecho romano.

Y no se crea que en definitiva es indiferente regir la sucesión que estudiamos por las normas de la sucesión legítima o por las de los llamamientos de herederos testamentarios, pues volviendo al ejemplo de Polacco, si Sempronio y Mevio premurieran al testador, o habría que continuar forzando la interpretación y rellenar la voluntad del testador suponiendo ha rombrado sustitutos de aquéllos a quienes sigan en la lista graduada legal de herederos y así sucesivamente, o habría que negar eficacia al testamento por falta de heredero —ni aun implícito— y abrir la sucesión legítima a favor del

excluido cuya eliminación precisamente era el único extremo sobre el que el causante había declarado explícitamente su voluntad.

Ni son esas las únicas cuestiones originadas por la teoría de la institución implícita, pues los conflictos empiezan al tener que determinar quiénes son los llamados implícitamente por el testador, si los parientes presuntos herederos abintestato al testar aquél o los parientes presuntos herederos abintestato al fallecer el causante, problema que ROCA SASTRE resuelve de golpe a favor de los primeros, salvo que se deduzca lo contrario de las circunstancias del caso; la representación en la institución implícita también se debate; los medios y los procedimientos para determinar los herederos implícitos tampoco se sabe con certeza cuáles sean: ¿información ad perpetuum, acta de notoriedad, declaración de herederos judicial?, etc.

Ninguna duda ni cuestión puede suscitarse si se acepta la exclusión como una remisión tácita —si no la hay expresa— a la sucesión abintestato, que se deferirá como si el excluido no existiera. Dada la compatibilidad entre las dos especies de sucesiones y la no limitación de la intestada a los casos previstos en el art. 912 del Código —pues procede en todos aquellos casos en que no tiene lugar la distribución de bienes en virtud de los principios de la sucesión testamentaria, como dice DE BUEN—, no puede plantearse ningún problema en el desarrollo de la sucesión cuando haya exclusión, debiendo recaer la declaración de herederos sobre los llamados por la Ley descontando al excluido.

¿Acaso si suponemos un testamento con legado del tercio libre a cualquier extraño y desheredación de un hijo sin institución adjunta (es decir, sin disposición de los otros dos tercios), no procederá la declaración de herederos abintestato en estos dos últimos tercios restantes subordinándola a aquella desheredación? Pues bien, este es un caso sobremanera análogo al ocasionado por la otra desheredación: la de herederos abintestato; y ello es natural, porque en esencia ambas desheredaciones son lo mismo, el apartamiento por la voluntad particular (reglada o no) privando del derecho expectante a una persona impuesta por la Ley como sucesor en determinadas circunstancias; y si en el supuesto presentado de desheredación de heredero forzoso se combinarían las sucesiones, también deben compaginarse en el supuesto de desheredación de herederos legítimos.

Más lógicos que los partidarios de la disposición implícita son los autores que niegan lisa y llanamente la validez de la exclusión,

como hace uno de los más conspicuos detractores de la misma, CICU, quien después de decir que fuera de la limitación impuesta por las legítimas se reconoce la voluntad concreta individual, emite su sentir en este párrafo «debe negarse eficacia a la pura y simple voluntad de exclusión de uno o más parientes de la sucesión legítima. Al testador se le consiente disponer de sus bienes como crea, dentro de los límites de la Ley; sólo disponiendo de los bienes puede llegar a un resultado diverso o contrario al previsto en la sucesión conferida por ley». (CICU: «Successione legittima e dei legittimari», 1947, págs. 5 y 9.)

Poco convincente es eso, porque tanto se dispone de los bienes ordenando vayan a Ticio, como ordenando no vayan a Ticio.

Para poner en su punto la opinión del celebrado jurista italiano, no debe echarse en olvido que establece previamente unas directrices para la interpretación, o quizás, mejor dicho para la ejecución de un testamento distintas a las de nuestro Derecho, pues sostiene que prevalece la sucesión legítima sobre la testamentaria, y ello a pesar del silencio deliberado y elocuente del Código de 1942. Tal preponderancia conduce, a juicio del ilustre autor, a abandonar el principio del «favor testamenti», a no reconocer valor jurídico al sentimiento, moralmente respetabilísimo, que hace considerar como sagrada la voluntad del difunto, a renunciar definitivamente a utilizar como medio constructivo o de interpretación a la presunta voluntad del difunto. Y es por la aplicación del principio de dicha supremacía por lo que niega eficacia a la exclusión.

Antes hemos citado el artículo 743 del Código civil español. Según preceptúa, sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código serán ineficaces las disposiciones testamentarias; con toda energía defiende la validez de cualquier disposición testamentaria, salvo las expresamente rechazadas por el mismo, entre las cuales no figura la de exclusión de un heredero abintestato. El artículo 743 es una de las consecuencias de aquella exaltación de la voluntad testamentaria recordada por el catedrático señor Viñas en el Colegio Notarial de Valencia el año 1947, exaltación, decía, que se traduce en el valor asignado a las determinaciones del testador que siempre se procura dejar a salvo.

El precepto del B. G. B., la atención prestada a la exclusión por la doctrina italiana—y la francesa, coincidente en un buen sector con

aquella—, la jurisprudencia que, al decir de FERRI (*Rivista di Diritto Civile*, 1941) y PLANIOL y RIPERT, han elaborado los tribunales italianos y franceses sobre el mismo asunto y la pregunta referida ya del cuestionario de Notarías, indican la realidad de la existencia de testamentos limitados a excluir. Por nuestra propia experiencia sabemos de tres, sin búsquedas ni investigaciones, dos notariales y el tercero o'ógrafo.

El primero, otorgado en 1932, después de nombrar única heredera a una hermana del testador, consigna: «Para el caso de que la heredera no llegara a serlo por cualquier causa, dispone que su tía... o los hijos o descendientes de la misma, queden excluidos de toda participación en la herencia intestada del otorgante.» Perfecta cláusula de exclusión como se ve, notable por su concisión, la previsión para evitar malentendidos y que indica una buena indagación de la voluntad del otorgante, lo apropiado de los términos empleados y la convicción y seguridad que revela en el autorizante.

En el otro testamento público, posterior en unos diez años (no conservamos nota de la fecha exacta), el testador priva a su esposa de sus derechos en la sucesión intestada en la siguiente forma... : «queriendo sean nombrados herederos a quienes corresponda según la Ley, pero con exclusión de su consorte». Verdadera y pura cláusula de exclusión, como la anterior transcrita, pues en ellas no existe nombramiento de sucesores, sino una remisión a la herencia intestada, y cuya redacción evidencia el concepto que merece a sus autores, cual una modificación (desheredación) de la sucesión legítima, y una ya de 1932, cuando todavía no se había dado a conocer en España esa especial desheredación.

El testamento o'ógrafo a que nos hemos referido no lo conocemos directamente. Se nos informó del mismo después de los otros y como de fecha reciente, conteniendo sólo una cláusula de exclusión de determinado heredero legítimo.

No se crea que con este trabajo hacemos una apología de la exclusión ni que padecemos ningún tic al respecto, al contrario, estimamos desde luego preferible y más aconsejable se otorgue el testamento en forma positiva, aunque sea en último extremo instituyendo herederos a aquellos parientes a quienes corresponda en su día la herencia intestada; pero la voluntad del otorgante es lo primero a que hay que atender y como existen testamentos de exclusión se han de interpretar. De lo que sí se debe de huir siempre es

de desheredar a Caio si lo que quiere el testador es instituir a Mevio y a Sempronio.

Como no pretendemos hacer un estudio sistemático y completo del tema, pasamos a decir algo de la exclusión tácita, según nuestros recuerdos y apuntes, aun sin ser merecedores de la publicación.

La exclusión tácita no constituye una declaración expresa de voluntad sino todo lo contrario, y le interesa al Notario para procurar evitar las dudas que pueden surgir si la persona favorecida en un testamento con una institución parcial, una legítima o un legado, llegara a ser heredera abintestato. ¿Ha de entenderse que el testador cuando deja algo a un posible futuro heredero legítimo, quiere decir además «esto te dejo y no tendrás nada más en ningún caso?»

Tales llamamientos testamentarios coexistentes con los legales plantean serdos problemas de interpretación de voluntad, de siempre, a los profesionales y a los Tribunales, pero cuyos trabajos y Sentencias no tienen engarce con la teoría de la exclusión ni han sido vistos a su luz.

Conocemos un testamento notarial de otorgante sin descendientes ni ascendientes, en cuya única cláusula únicamente lega a su esposa la mitad de una casa. ¿Quiso el testador excluir a su esposa de la herencia intestada caso de ser llamada a la misma?

En cierta ocasión intervino con toda su vehemencia el Notario don Ramón Solano para evitar que una viuda, heredera bajo la condición de no contraer nuevo matrimonio, adquiriera la herencia abintestato después de haber infringido la prohibición impuesta. En el escrito interponiendo recurso de casación por infracción de Ley, publicado por el señor Solano, se tocaba la exclusión de herederos expresa, como puede verse también en la Sentencia de 2 de febrero de 1929 (no resolvió el fondo del asunto), pero adolecía de falta de técnica la argumentación del recurrente, cuyo valedor hizo, sin embargo, un excelente alegato forense. (En dicho escrito manifiesta el señor Ossorio y Gallardo su opinión favorable a la validez de la exclusión expresa, según el sentido que nosotros le damos.)

Cuando una disposición *mortis causa* es sospechosa de llevar consigo una desheredación en la sucesión legítima del mismo favorecido con aquella disposición, la interpretación en cada caso ha de decidir si hay o no exclusión tácita. Esta interpretación es un auscultar de lo hablado callando. No consiste en construir con todo detalle explicativo la institución o el legado, es decir, lo que el testador que-

ría se hiciera en virtud de la disposición que ordenaba, sino en determinar lo que no quería que ocurriera bajo ningún supuesto; no en perfilar lo enunciado, sino en desentrañar la reticencia.

Y para terminar expondremos sucintamente otro caso que tuvo lugar en Mallorca, donde es muy frecuente la institución en usufructo de un cónyuge por el otro, con facultad de disponer de los bienes a favor de los parientes del testador. En el testamento aludido el marido instituía heredera a su mujer «facultándola para disponer de los bienes que le destinó en usufructo a favor de uno o varios de mis parientes del grado que le pareciere y cuya disposición podrá modificar tantas veces como tuviera por conveniente». Fallecida la viuda dos años después que su marido, y habiendo usufructuado los bienes de éste en el intervalo, por no haber hecho testamento a su vez, fué declarada aquélla única heredera abintestato de su esposo, por auto de 11 de mayo de 1928 del Juzgado de Inca, después de fallecida, adquiriendo mediante ese rodeo un hijo de su primer matrimonio los bienes del padastro.

El resultado pareció chocante, originó desavenencias entre los distintos y opuestos interesados, unos, parientes del marido propietario de dichos bienes y testador, y otros de la esposa usufructuaria y apoderada para disponer de los bienes entre los parientes de aquel causante. Para resolver la cuestión, se ofrecían varias soluciones:

1.^a Por no haber dispuesto el testador, de la nuda propiedad de los bienes inmuebles, procedía la declaración de herederos según el Código civil, desdeñando la clásica romana incompatibilidad de las dos sucesiones, que siempre se había creído vigente en Mallorca, y pasando por alto el problema de exclusión que pudiera plantearse. El auto del Juzgado daba estado a dicha solución.

2.^a Variante de la anterior; pues si bien aceptaba la declaración de herederos con arreglo al Código y de acuerdo con la jurisprudencia, no obstante aquella incompatibilidad del Derecho romano, se planteaba el problema de la exclusión de la esposa para la sucesión legítima y lo resolvía en el sentido de existir tal exclusión tácita al llamar el testador a sus parientes a la nuda propiedad a través de la elección que hiciera su esposa en quien depositó su confianza el marido; exclusión que tanto más se imponía como sanción a la conducta quizás aviesa de la mujer y en evitación de que los herederos de ésta se antepusieran a los parientes consanguíneos

del causante. Esta solución no se detiene tampoco ante la prohibición mencionada e infringe los principios romanos, pero se ajusta a la voluntad suficientemente expresada y toma en cuenta la exclusión tácita que contiene, y es la que se relaciona directamente con el tema de nuestro trabajo; pero casi a título de curiosidad reseñaremos las otras soluciones.

3.ª Optaba por conocer toda la herencia a la esposa, en virtud del derecho especial de acrecer que en tales situaciones decretaba el Derecho romano a favor de los instituidos en parte determinada, con objeto de dejar a salvo el principio de la incompatibilidad. No había lugar para la exclusión tácita.

4.ª Resolvía también la cuestión aplicando el Derecho romano vigente en la isla, y veía en la institución tal y como estaba formulada un fideicomiso tácito a favor de los parientes del testador, según la proximidad de grado, cumpliendo de esta manera por los cauces romanos la voluntad de exclusión de la esposa que parece evidente en aquella disposición, de acuerdo con los dictámenes de memorables jurisconsultos, recogidos en el Digesto, en casos análogos, singularmente con una conocida institución a favor de la mujer en que su marido añade «te pido, carísima mujer, que después de tu muerte no les dejes nada a tus hermanos, pues tienes hijos de tus hermanas a quienes dejarlo»; fallecida intestada la mujer y perteneciendo su herencia legítima a su hermano, se decidió podían pedir el fideicomiso los hijos de la hermana (citado por SAGUER: «Institución de los fideicomisos y de sus efectos en Cataluña», página 17).

El asunto terminó por transacción.

Don Jerónimo González exigía para la exclusión tácita, que sea indubitada. Del tenor del testamento depende el alcanzar ese punto de claridad requerido por el esclarecido civilista.

ENRIQUE MOLINA RAVELLO
Notario

La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas

En un trabajo anterior sobre esta misma materia, publicado en esta Revista (1), decíamos que la función de la inscripción y anotación de esas resoluciones judiciales en el Registro de la Propiedad es suspender, en cuanto a las fincas o Derechos reales anotados, los efectos del principio de publicidad. Y lo explicábamos en la siguiente forma: «Si un loco o sordomudo, por ejemplo, vende una finca, el comprador no se puede amparar en su inscripción para sostener la validez de su compra; pero si ese comprador enajena, a su vez, esa misma finca, y el segundo comprador inscribe en el Registro, con buena fe, su adquisición no se invalida al invalidarse la de su transmitente. No rige para él el principio *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, y su adquisición es firme. Pero si se hubiera inscrito o anotado la incapacidad del primitivo titular, loco o sordomudo, por ejemplo, entonces rige para él y para todos los sucesivos adquirentes, íntegramente, el referido principio romano *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, pues este mismo principio rige en nuestra legislación inmobiliaria no registral.» Y añadíamos que esa doctrina se deduce del artículo 34 de la Ley, que dice que «un tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, una vez inscrito será mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no consten en el mismo Registro», puesto que *a sensu contrario* se in-

(1) Año 1952, pág. 20.

fiere que ese tercero no será mantenido en su adquisición si las causas de nulidad constan en el Registro, que es, precisamente, lo que ocurre en el caso de que las resoluciones judiciales de incapacidad consten inscritas o anotadas en el propio Registro.

Esta es la legislación vigente ; ¿pero era ésa antes de la reforma de 30 de diciembre de 1944?

El párrafo primero del artículo 23 decía : «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro no perjudicarán a tercero.» No cabe duda de cuál era el sentido literal de este artículo; pero si alguna hubiere, basta repasar los escritos de don Jerónimo González : «Aplicado con todo rigor el primer párrafo del artículo 23 —dice—, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallan inscritas o anotadas.» «Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación jurídica, de los datos del asiento.» «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, según la cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada» (1).

Es decir, el que contrata con un incapaz es tercero respecto a la declaración judicial de incapacidad no inscrita ; pero según don Jerónimo González —y su opinión fué unánimemente aceptada por expositores y comentaristas—, el artículo 33 de la Ley impide que su inscripción produzca efecto alguno. ¿Es esto exacto?

La argumentación de don Jerónimo González entendemos que es insostenible, y preguntamos : ¿Es que el sexo, la edad, el matrimonio, la familia, la religión, la vecindad civil y la ciudadanía son incapacidades declaradas por el Juez e inscribibles en el Registro de la Propiedad? El número cuarto del artículo 2.º de la Ley anterior (y su redacción actual apenas varía) decía que eran inscribibles en el Registro «las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia o la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción civil o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto

(1) *Estudios*, tomo I, pág. 386.

a la libre disposición de sus bienes». La Ley Hipotecaria no decía, ni dice, que sean inscribibles el sexo, la edad, etc., sino las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar... o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes. Don Jerónimo González añade que frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria se estrecharán las consecuencias que se quieran sacar del artículo 23. Pero ¿no estaríamos frente a una regla general (artículo 33) y una excepción (artículo 23)?

Analicemos cómo juegan, qué efecto producen esas resoluciones judiciales en el orden civil extrarregistral.

Para que un acto o contrato traslativo sea válido se requiere que los otorgantes tengan la capacidad legal necesaria para ese acto o contrato. La capacidad para enajenar o gravar bienes inmuebles se halla en el Código civil más restringida que para enajenar bienes muebles y obligarse. El mayor de edad tiene, por regla general, plena capacidad. La mujer casada necesita licencia de su marido. Pero no basta ser mayor de edad, y es necesario, además, capacidad intelectual para poder prestar el consentimiento. Al mayor de edad se le presume esa capacidad intelectual, pero si se demostrase que obró en un momento de locura, el acto o contrato sería nulo. Por el contrario, si esa persona mayor de edad hubiera sido declarada judicialmente loca, el acto o contrato traslativo sería nulo aunque se demostrase que había obrado en un momento de lucidez, pues el Código civil sólo admite en los testamentos la validez de los actos otorgados por un loco en momentos de lucidez. Obsérvese bien la diferencia: mientras que los actos *inter vivos* del declarado judicialmente loco son siempre nulos, los actos celebrados por un mayor de edad no declarado judicialmente loco son válidos, mientras no se demuestre que obró en un momento de extravío o locura. Al que contrata con una persona declarada judicialmente loca, le perjudica gravemente esa declaración, lo sepa o lo ignore, y esté o no inscrita en el Registro civil, pues todos los actos o contratos que haya celebrado posteriores a la declaración de incapacidad son nulos de pleno derecho.

Pues bien: a nuestro modesto entender lo que decía el artículo 23 de la Ley Hipotecaria es que esa declaración de incapacidad no perjudica al que inscribía en el Registro su derecho antes de la inscripción o anotación de esa resolución judicial. Para él estaba sin

declarar la locura del titular registral (supuesta la buena fe), y para anular su adquisición habría que demostrar que el transmitente obró en un momento de extravío mental (1).

La diferencia aún es mayor en los casos de interdicción civil, prodigalidad y quiebra. Estos estados de incapacidad no existen hasta que los declara el Juez. La resolución judicial es *constitutiva* de la incapacidad. Nadie es pródigo, ni quebrado, ni está sujeto a interdicción civil sin que lo decrete el Juez competente. Pero a partir del momento en que el Juez lo decreta, los actos del pródigo, del quebrado y del sujeto a interdicción civil son nulos de pleno derecho. El artículo 23 establecía la excepción: esas incapacidades decretadas por el Juez no perjudicaban a tercero hasta su inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad. El precepto no podía ser más lógico ni más conforme con el sistema de la Ley Hipotecaria. Era un precepto casi idéntico a los de las anotaciones preventivas de demanda de propiedad. Desde que se entabla la demanda de propiedad está en entredicho quién tiene el poder dispositivo del derecho inscrito, y por eso se anota en el Registro. Desde que se solicite la declaración de prodigalidad, quiebra, etc., está en duda si el titular registral debe tener el poder dispositivo del derecho inscrito a su nombre y por eso se anota también en el Registro. Si el demandante triunfa en la demanda de propiedad, el derecho se inscribe a su nombre. Si triunfa la solicitud de incapacidad (prodigalidad, quiebra, etcétera), se inscribe en el Registro para que conste quién tiene en lo sucesivo el poder de disposición del derecho inscrito. El poder de disposición sobre el derecho inscrito ha cambiado y es como si cambiase la titularidad del mismo.

Don Jerónimo González no intentó puntualizar la diferencia que hay entre una incapacidad natural y una incapacidad declarada o decretada judicialmente, ni los diversos efectos que unas y otras producen en el orden civil. No se trataba de que «las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena,

(1) El Código civil llama loco a todo el que carece de plena capacidad intelectual. Sin embargo, parece ser que existen muchas clases de enfermedades mentales, y cada una de ellas puede tener muy diversa intensidad, hasta el punto de que en muchas ocasiones resulta muy difícil determinar, clínicamente, si una persona es o no enferma mental. Puede suponerse lo difícil que tiene que ser en esos casos obtener la declaración de nulidad de un acto o contrato celebrado por quien no ha sido previamente declarado incapaz.

vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento hayan de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos del asiento». Se trataba, exclusivamente, de que las resoluciones judiciales *constitutivas* de una incapacidad no perjudicasen a tercero hasta su inscripción en el Registro. Se trataba de suspender los efectos de esas resoluciones judiciales hasta su inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad, y quedaban suspendidos aunque fuesen *constitutivas* de la incapacidad o de la modificación de la misma. No era, como creía don Jerónimo González, que tanto las incapacidades como las prohibiciones no pudieran perjudicar a tercero cuando no se hallasen inscritas o anotadas. Era, simplemente, que las incapacidades y prohibiciones *creadas* por resolución judicial no perjudicaban a tercero hasta su inscripción o anotación en el Registro. El que adquiriera un derecho real de persona declarada judicialmente incapaz e inscribía en el Registro sin que previamente se inscribiese o anotase la resolución judicial, adquiría o no el derecho independientemente de lo que declarase esa resolución judicial, pues ésta no le perjudicaba. Para el adquirente regían las normas ordinarias del Código civil. Esto es, a nuestro modesto entender, lo que decía el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, aun cuando se tratase de una inscripción primera o de inmatriculación, pues para eso existe el libro de incapacidades. El artículo 33 era la regla general, y el artículo 23 la excepción a esa regla general. Era evidente que si una persona declarada judicialmente pródigo, quebrada o sujeta a interdicción civil otorgaba un acto o contrato traslativo de inmuebles, una compraventa, por ejemplo, con tradición real o fingida, había otorgado un contrato nulo, y el comprador nada adquiriría; pero si el comprador o adquirente inscribía en el Registro sin que previamente hubiese sido inscrita o anotada esa resolución judicial, su adquisición quedaba convalidada.

Por lo demás, el precepto no podía ser más lógico. Si una persona es o no mayor de edad, es cosa que fácilmente puede averiguarse, y lo mismo si una mujer es o no casada. Torpe será también quien contrate con un loco y no se dé cuenta de ello, y a él mismo debe imputar su propia torpeza, cuando no su mala fe. Pero no hay forma de saber o averiguar si quien nos vende una finca en Madrid o en Sevilla ha sido declarado loco, pródigo, quebrado o sujeto a inter-

dicción civil en Barcelona, Vigo o Vitigudino, si no está inscrita en el Registro la declaración de incapacidad (1).

Como don Jerónimo González no expuso con claridad este problema, por los expositores y por la jurisprudencia se hizo caso omiso del artículo 23 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la inscripción de esas resoluciones, se abogó por suprimir su inscripción, y finalmente, la reforma de 1944 optó por suprimirle. La Rica, comentando la supresión, en la ley de 30 de diciembre de 1944, del artículo 23 de la antigua, dice (2) lo siguiente: «Del contexto general de la reforma, puesto de relieve en el preámbulo, y de lo que queda vigente de la Ley anterior, se deduce implícitamente esta norma general: lo no inscrito nunca puede perjudicar a lo inscrito, salvo los casos de excepción que la propia Ley determina; y... no hay que olvidar que el artículo 606 del Código civil, con más perfección que el suprimido 23 de la Ley Hipotecaria, dice que los títulos de dominio y de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero. Queda, pues, subsistente el indicado principio negativo, fundamental en nuestro sistema, y aunque no merezca censura su supresión, si obedece a evitar repeticiones y no a un prurito de conservar sin alteración la numeración del articulado, no estará de más recordar que, aunque lo contenga el Código civil, ese principio siempre ha de tener su lugar adecuado y preferente en el texto de una ley inmobiliaria.» De acuerdo con estas orientaciones, en el texto refundido de 8 de febrero de 1946 se transcribió, en su artícu-

(1) La dificultad es incomparablemente mayor si el transmitente es extranjero. Aunque el Código civil no lo diga expresamente, de su artículo 9º de la reciprocidad que justamente aplican los Tribunales y de los principios generales del Derecho Internacional Privado, se deduce que la capacidad civil de los extranjeros se rige por su ley nacional. Y si un extranjero ha sido declarado loco, pródigo o quebrado por los Tribunales de su nación, no tiene en España, aunque esto pueda parecer discutible, más capacidad civil que la que su ley nacional reconozca a los locos, pródigos y quebrados (no los sujetos a interdicción civil, pues la Ley penal carece de extraterritorialidad), y lo normal será que no les reconozca capacidad alguna para contratar. Con la legislación hoy vigente en España creemos que esas incapacidades perjudican a los que contraten con ellos, aunque el acto o contrato se inscriba en el Registro de la Propiedad. Con arreglo a la legislación anterior, esas incapacidades no perjudicaban al que inscribiera en el Registro si previamente no estaba inscrita la declaración de incapacidad, declaración esta que para su inscripción necesitaría los mismos requisitos que para ejecutar en España una Sentencia dictada por Tribunales extranjeros.

(2) *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, pág. 27.

lo 32, literalmente el 606 del Código civil. Y así quedó suprimido, después de ochenta y tres años de vigencia, un precepto tan importante de nuestra Ley Hipotecaria, como era el artículo 23 de la Ley anterior, en cuanto a los efectos de la inscripción de resoluciones judiciales que afectasen a la capacidad civil de las personas: sin ser comprendido por los expositores y comentaristas, sin ser alegado por los litigantes (1), sin ser aplicado por los Tribunales, sin que el legislador se diera cuenta de lo que hacía y sin la menor protesta de nadie. ¡Triste destino el del artículo 23 de la anterior Ley Hipotecaria!

Y ya se han levantado voces (2) clamando contra los perniciosos efectos jurídicos y económicos de la retroacción de la quiebra del artículo 878 del Código de Comercio. Sería también conveniente pedir el restablecimiento del artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior, tan indebidamente suprimido.

MARIANO HERMIDA LINARES
Registrador de la Propiedad.

(1) En Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 y 31 de mayo de 1927, se alegó el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que era a todas luces inaplicable.

(2) ROCA SASTRE: *Curso de conferencias de 1951 sobre Derecho Propietario Registral*, pág. 138 y ss.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1952.— *Pago de rentas en el precario: Culpa extracontractual.*

El primero y el segundo motivos del recurso, amparados ambos en el número 1.º del art. 1.692 de la Ley procesal civil, coinciden en que siendo la figura jurídica del precario, de carácter gratuito por su naturaleza, ya que en su concepto más simple consiste en la tenencia material de un fundo ajeno sin pagar renta o merced y sin otro título que la tolerancia del dueño, se infringe la doctrina legal que esa definición enseña al condenar a la entidad recurrente al pago de ciertas cantidades como rentas no abonadas durante la ocupación del inmueble. Asimismo, los actores que en todo momento calificaron la ocupación del hotel como efectuada en precario y en tal concepto fundaron su acción de desahucio, van contra sus propios actos al reclamar unas rentas que no son debidas. Si bien es cierto que la nota característica de la ocupación en precario es la gratuidad porque de no ser así habría que incluir esta figura jurídica en la órbita contractual o cuasi contractual, dicha nota de gratuidad se halla únicamente amparada en la mera tolerancia del dueño del fundo ocupado mientras se mantiene la existencia de aquella situación jurídica, pero cesa al manifestar la terminación de dicha situación mediante el requerimiento de entrega de la cosa ocupada, como en el presente caso efectuó el Juzgado de Responsabilidades Políticas.

A partir de este momento, la posesión de la cosa sin causa o título que lo justifique hace incurrir al poseedor en la culpa contractual que regula el artículo 1.902 del Código civil, problema jurídico debatido y resuelto, y que viene a demostrar que no son incompatibles las acciones ejercitadas por los demandantes, tanto en el pleito anterior, que tuvo por objeto poner fin a una situación posesoria injustificada como en el actual, en el que, sobre situaciones de hecho reconocidas y no impugnadas en la anterior Resolución judicial, el Tribunal *a quo*, apreciando en su libre albedrío la realidad del perjuicio causado como ganancia dejada de obtener,

condenó en aplicación del citado artículo 1.902, cuya aplicación no ha sido impugnada a su resarcimiento, sin que tenga este abono la cualidad de rentas devengadas y no pagadas, sino que las cantidades fijadas con el módulo económico que pareció adecuadamente reparador, en relación con la clase de perjuicio sufrido, pronunciamientos de la Sentencia que no son combatidos en el recurso, por lo que quedan subsistentes y llevan a la conclusión de la desestimación de los dichos motivos primero y segundo del recurso claramente inoperantes en el mismo.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1952.—Créditos litigiosos: Interpretación del artículo 1.535 del Código civil.

Si se examina con detención el artículo 1.535 del Código civil, se advierte que por su colocación al final del capítulo VII, que con la rúbrica de la transmisión de créditos y demás derechos incorporados, forma parte del título IV del libro IV de la Ley sustantiva civil, contempla el caso peculiar de la transmisión o cesión, a título oneroso, de un crédito litigioso, y aunque, sin duda, por su general acepción, el concepto jurídico de la palabra crédito no ha tenido ocasión de ser interpretado por la jurisprudencia y ni aun los tratadistas o comentadores del Código han parado mientes precisamente en él, pues la doctrina jurídica se ha limitado, por lo general, a examinar la extensión y alcance del adjetivo litigioso, los precedentes históricos del precepto y la figura *sui generis* de retracto que el dicho precepto integra, con la relevante afirmación de algún sector de la doctrina (Cataluña), de que los artículos 1.535 y 1.536 del Código civil si bien establecen para la venta de créditos litigiosos sanciones paralelas a las de la Ley Anastasiana, no extienden sus disposiciones a otros contratos ni a otros derechos, procede (con fines únicamente de utilidad a efectos del estudio de este recurso, y desde luego sin propósito de establecer una definición jurídica de la palabra crédito, que iría contra la norma o criterio general de nuestra legislación positiva, que elude la expresión de definiciones), señalar un concepto simple y vulgar del vocablo crédito para que pueda ser explicado el contenido del aludido artículo 1.535, y a este efecto puede servir la acepción lexicográfica de la repetida palabra, que es *derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa*.

Que con este concepto del crédito es fácil explicar lo prevenido en el artículo 1.535, esto es, que cuando la persona que ha de recibir la cosa (acreedor) reclama de quien ha de entregarla (deudor), mediante interpelación judicial en que ha de decidirse sobre la existencia de la obligación y el *quantum* de su importe, que por ser dudoso ha de resolverse mediante Sentencia (condición para calificar al crédito de litigioso, a que se refiere la jurisprudencia de esta Sala en sus Resoluciones de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904) y si durante la tramitación del pleito el acreedor vende su derecho a otra persona, que se subroga en aquel derecho, pero no en obligación alguna, es en este trance cuando el deudor puede utilizar la especie de retracto que el repetido precepto tiene establecido, pero sin

que este privilegio pueda ser utilizado por quien no ostente la cualidad de deudor en la relación jurídica a la que se pretende poner fin.

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1952.—*Retracto*.

Es doctrina reiteradamente declarada por esta Sala, entre otras Sentencias en las de 20 de mayo de 1943 y 8 de julio y 21 de diciembre de 1946, que la acción de retracto, por su carácter real, no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiere retraer entra en posesión de la misma por tradición real o simbólica, pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compra-venta no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, ya que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor, aunque pueda existir por parte del comprador una acción personal para reclamarlo.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1952.—*Culpa extracontractual*.

El ejercicio de los derechos no exime de incurrir en la sanción establecida para la culpa extracontractual, cuando se realiza aquel ejercicio de modo abusivo.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1952.—*Traspaso. Enajenación judicial del derecho de traspaso*.

Declarada la quiebra, por la Sindicatura se procedió en dicho procedimiento a la enajenación judicial de los diversos bienes de la masa, entre ellos el derecho de traspaso que a una Sociedad correspondía sobre un local de negocio, derecho que fué adjudicado en pública subasta a don J. C., con fecha 13 de diciembre de 1948 en precio de 125.775 pesetas, las que hizo efectivas dicho rematante. En 11 de enero de 1949 éste ofreció al arrendador y demandante, mediante acta notarial, 12.577 pesetas, importe del 10 por 100 de la cantidad en que fué realizado el derecho de traspaso y al día siguiente el dueño don A. A. hizo saber por medio de acta notarial al don J. C. que no le reconocía derecho alguno a ocupar el local que se decía traspasado, requiriéndolo para que se abstuviera de penetrar en el mismo, como no fuera para llevarse los enseres y mercancías que en la subasta le fueron adjudicados. No existió constancia alguna de que se hiciera saber al propietario del inmueble la enajenación del derecho de traspaso, ni que contrajera compromiso alguno el rematante conforme al artículo 45 letra b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El legislador, buscando una solución armónica al conflicto entre los derechos de un propietario del inmueble arrendado y el que reconoce al arrendatario el artículo 44 de la citada Ley para cederlo mediante precio a un tercero que habrá de subrogarse en los derechos y obligaciones nacidas del contrato de arrendamiento, ha atribuido al propietario el derecho

de tanteo para quedarse con el local de negocio que se proyecta traspasar en el precio por él ofrecido, exigiendo el inquilino y al nuevo adquirente el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 45, muy singularmente el de dar conocimiento al arrendador de hallarse concertada la venta y sus condiciones, y para el caso de que no se hubiera verificado la preceptiva oferta, el derecho de retracto, derecho que asistirá también al arrendador cuando el traspaso de un local se hiciera por dación o adjudicación judicial o extrajudicial en pago de deudas, según preceptúa taxativamente el artículo 48. lo que viene a corroborar el artículo 53 al disponer que para el traspaso del local de negocio obligue al arrendador cuando el arrendatario al realizarlo venda existencias, mercaderías, enseres o instalaciones de su propiedad que en él hubiere, será menester, tanto en la oferta como en la escritura, que se consigne el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos, precisando que en estos casos y aunque la transmisión se debiera a dación o adjudicación en pago de deudas, conservará el arrendador los derechos de tanteo y retracto referidos al local exclusivamente.

Tan necesaria es la intervención del propietario del inmueble en lo relativo a la enajenación del derecho de traspaso, que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos que para éste tenga lugar exige el capítulo 4.º de la Ley, engendra en el arrendador el derecho a desconocer el traspaso y da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, conforme al número 3.º del artículo 149 del propio ordenamiento legal, que es precisamente la acción ejercitada en el presente pleito.

El punto fundamental de éste consiste en resolver si, para la enajenación del derecho de traspaso precisa o no dar cumplimiento a los aludidos requisitos cuando éste se lleve a cabo judicialmente para pago de deudas del arrendatario, ya que es incuestionable que el derecho de traspaso forma parte del patrimonio económico del quebrado, punto que hay que resolver afirmativamente, sin que a ello pueda ser obstáculo que las normas procesales no especifiquen la forma en que haya de resolverse en la práctica el derecho del propietario a hacer uso del tanteo o de retracto, pues aunque es cierto que ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el Código de Comercio de 1929, regulador esencialmente del procedimiento de la quiebra, contienen preceptos relativos al ejercicio de los mencionados derechos de tanteo y de retracto, es de todo punto evidente que pudo solicitarse y obtenerse del Juzgado la notificación al propietario de la subasta que había de celebrarse, interesar la suspensión de la aprobación del remate hasta que pasaran los treinta días marcados por la Ley para que el propietario ejercitase su derecho, contraer el rematante el compromiso de no enajenar su derecho hasta pasado el término marcado por la Ley. Como nada de esto se ha hecho en tiempo oportuno, limitándose el rematante a ofrecer al propietario el 10 por 100 del precio a que se refiere el artículo 51 en relación con el 54, es evidente que subsiste el derecho del arrendador a desconocer el traspaso y procede resolver el contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las acciones procedentes entre la Sindicatura de la quiebra,

obrando en representación del quebrado, y el rematante del derecho de traspaso.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1952.—*Acción resolutoria de contrato arrendaticio por demolición.*

Según el artículo 115 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la autorización del Gobernador civil para la demolición del inmueble es imprescindible para que prospere la acción negatoria de la prórroga del contrato de arrendamientos, aunque la autorización no prejuzgue su procedencia, pero contra ella no se concede recurso alguno; es decir, que ejercitada dicha acción después de obtenida tal autorización, en el juicio correspondiente puede decidirse sobre la concurrencia o no, de las demás condiciones legales exigidas para el éxito de la acción, pero de ninguna manera sobre supuestas faltas de fondo o de forma del procedimiento seguido ante el Gobernador civil para autorizar la demolición, lo que equivaldría a admitir y decidir un recurso judicial que pudiera incoarse para ejercitar la acción resolutoria del contrato, infringiendo la prohibición expresa de la Ley.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1952.—*Rebassa morta.*

Comprendido en el artículo 1.656 del Código civil el contrato de *rebassa morta*, para que por sus reglas se rija como norma especial del de arrendamiento, de cuyos caracteres participa, dispone este precepto lo relativo a su extinción y otorga al cedente la acción de desahucio sólo para el caso de incumplimiento del término del contrato, con lo que viene a excluir del juicio que con esta finalidad se insta, las cuestiones que no siendo debatibles en los de su clase han de remitirse al declarativo correspondiente.

Por esta razón, la materia litigiosa susceptible de ser discutida y resuelta en el juicio de desahucio, al que el presente recurso se refiere, se había de concretar necesariamente a los extremos relativos a la legitimación activa de la demandante, a la ocupación actual por el demandado de la finca objeto de la demanda, como cesionario o continuador en la cesión del establecimiento en la misma de la *rebassa morta* y al transcurso del tiempo que legalmente produce la extinción, con exclusión de cuantas cuestiones tuvieren su adecuado lugar en el juicio ordinario, por no depender de ellas la determinación de los expresados extremos.

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1952.—*Carácter constitutivo de los requisitos del traspaso de local de negocio.*

La falta de cualquiera de los requisitos señalados en la Ley de Arrendamientos Urbanos para el traspaso legal de un local de negocio, facultará al arrendador a no reconocer el traspaso, precepto que tiene su complemento en la causa 3.ª del artículo 149, que autoriza al arrendador para

resolver el contrato cuando el traspaso de local de negocio se verifique sin dar cumplimiento a los referidos requisitos.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1952.—A) *Servidumbres*. B) *Voluntad real y voluntad declarada*.

Como declaró la Sentencia de esta Sala, de 4 de noviembre de 1897, en los contratos en que se constituye servidumbre o se establece algún gravamen que afecta a la libertad de las fincas, ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre tales extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente, criterio reiterado en la Sentencia de 13 de noviembre de 1929, habiendo declarado también la de 5 de marzo de 1942 que, en los casos dudosos, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes.

Además y bajo otro aspecto, que según estableció igualmente esta Sala en su Sentencia de 23 de mayo de 1935, si bien es regla general que en caso de divergencia entre la voluntad real y la declarada, debe prevalecer la primera, este principio ha de entenderse con ciertas restricciones, entre las cuales, y de conformidad con la doctrina científica más generalizada figuran como fundamentos los siguientes: Primero. Que la divergencia ha de ser probada por quien la afirma, ya que si no se prueba el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico.

PROCESAL

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1951.—*Congruencia*.

Si el principio de congruencia, acogido por el artículo 359 de la Ley procesal como rector de las resoluciones que pongan término a los procesos propios de la jurisdicción civil, impide, según ha entendido con acierto la Sentencia recurrida, que en grado de apelación se propongan cuestiones que no hayan sido discutidas en la primera instancia del juicio, el mismo principio preside con rigor formal y sustancial la casación, dando lugar a ésta cuando la Sentencia contra la que el recurso se ha interpuesto no es congruente con las pretensiones que oportunamente hayan deducido los litigantes, y privando de acceso a ella a las cuestiones no debatidas en el pleito, conforme disponen para estos supuestos el ar-

título 1.692 en su número 2.º, y el 1 729, en el 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y como lo exigen la naturaleza y finalidad propias de los recursos de la clase expresada, que no sólo no consienten que la actividad de este Tribunal Supremo se aplique al conocimiento íntegro del litigio como si iniciaran una instancia más, sino que la restringen sometiénola al examen y discusión de los motivos formulados en cuanto guardan relación con lo que se haya debatido en el pleito y resuelto en el fallo recurrido, limitación que excluye el tratamiento de cuestiones nuevas.

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1952.—*Juicio de desahucio.*

En el Título 17 del Libro 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, que trata del «juicio de desahucio», no se regula un procedimiento especial para la sustanciación de dicho juicio, sino que se refiere al de los verbales (artículos 1.570, 1.589 y 1.593), al de los incidentes (artículo 1.594) y al de menor cuantía para la segunda instancia (artículo 1.592), y con validez para todos esos procedimientos; pero con independencia de cuál sea el seguido, establece, bajo el epígrafe «Disposiciones generales», varias reglas, una de ellas, la que prohíbe, sin distinción de casos, admitir al demandado los recursos de apelación y casación, sin acreditar al interponerlos tener satisfechas o consignadas las rentas vencidas o de pago adelantado (artículo 1.566).

Las de Arrendamientos Urbanos sigue igual sistema de referencias a procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento civil, que, de modo general, se declara en el 180 de aquélla, «subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento», y por ello, por la semejanza de naturaleza, de fin y de procedimiento de los juicios en los que se decreta el desahucio y aquellos en que se decreta la resolución por causa que obligue al arrendatario a desalojar el local arrendador, analogía que es razón para aplicar a éstos la prohibición establecida para aquéllos con independencia del procedimiento por el que deban sustanciarse, y porque la Ley de Arrendamientos Urbanos no exceptúa de esa prohibición más que cuando la Sentencia apelada se refiere a viviendas y el desahucio no se haya fundado en falta de pago, la resolución recurrida aplicó con acierto al caso en cuestión los preceptos legales citados.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1952.—*Costas en la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

Formulada la demanda al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos y seguido el juicio conforme el procedimiento establecido en la misma, es de aplicación, en cuanto a las costas de la primera instancia, el artículo 166 de dicha Ley y tal precepto dispone que cuando la condena al pago de costas no resulte de lo dispuesto en la expresada Ley, se impondrán a la parte cuyos pedimentos hubieran sido totalmente rechazados y ello independientemente de los motivos que se hayan tenido en cuenta para desestimarlos, que pueden obedecer, como en el presente caso ocurre,

a que tales pedimentos hayan sido formulados en un procedimiento inadecuado para obtenerlos o a que no obstante haberse pedido en el oportuno juicio sean improcedentes por sí mismos, pero en ambos casos su total desestimación lleva consigo la imposición de costas contra la parte que los haya formulado indebidamente, ya que no hay motivo para establecer entre uno y otro caso una distinción que los términos de la Ley no autoriza.

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1952.—*Apelación sin firma de Letrado.*

Si bien el artículo 1.º del Real Decreto-ley de 2 de abril de 1924 autoriza la suspensión del término improrrogable o de caducidad procesal si concurre fuerza mayor que impida utilizarlo, no hay posibilidad jurídica de atribuir tal concepto de fuerza mayor al hecho de que el Juez de Primera Instancia haya admitido indebidamente la apelación, pues no se trata de ningún suceso que el Procurador apelante no haya podido prever, o que previsto resultado inevitable, ya que, con independencia de la actuación judicial, a él exclusivamente incumbía la obligación de apelar en forma y, en su caso, subsanar la falta cometida dentro del término improrrogable.

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1952.—*Carácter sumario de la jura de cuentas.*

Es doctrina reiterada de esta Sala —Sentencias de 29 de diciembre de 1892, 29 de septiembre de 1920 y 18 de marzo de 1935— que las resoluciones recaídas en el procedimiento sumario y privilegiado establecido en el artículo 8.º de la Ley Procesal civil, de naturaleza esencialmente ejecutiva, sean o no favorables al agraviado, no producen excepción de cosa juzgada, puesto que no impiden que pueda promoverse juicio sobre el mismo objeto debatido.

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1952.—*Litis pendencia.*

La finalidad de la *litis pendency*, establecida en el artículo 533 de la Ley Procesal como medio preventivo de impedir que se dicten resoluciones distintas sobre una misma pretensión, sólo cabe proponerla, conforme a dicho precepto y la doctrina de esta Sala, cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión y en los propios términos que la planteada en el pleito en que aquélla se aduce, de modo que la Sentencia recaída en uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro; y como es notorio que el Ayuntamiento de Madrid no es órgano jurisdiccional, ni, por tanto, el expediente administrativo ante él seguido en el pleito excluyente a que se refiere la Ley, susceptible de producir cosa juzgada, es obvio que la Sala sentenciadora aplicó con recto criterio jurídico la norma que se supone quebrantada.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1952.—*Locales ocupados por Entidades benéficas: Competencia objetiva.*

Los locales ocupados por las dependencias de las Entidades benéficas, Asociaciones piadosas y, en general, por cualquier otra que no persiga fin

de lucro, tienen la consideración de viviendas a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, según previene el artículo 8.º de la misma, y, por lo tanto, el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de dicha Ley corresponde a los Jueces municipales, a tenor del artículo 160 del expresado texto legal, por lo que en el presente caso ha debido conocer de la demanda promovida contra el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid sobre resolución del contrato de arrendamientos de la casa que dicha Entidad tomó para la instalación de una Agencia o Sucursal en Toledo, el Juez municipal de dicha capital, y no el de Primera Instancia, ante quien la demanda se formuló.

Que esto establecido, se impone la aplicación del artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque si bien es cierto que el supuesto de dicha norma es la carencia de jurisdicción en el Juez o Tribunal para conocer de un asunto por razón de la materia, de la que correspondería conocer a una autoridad o jurisdicción distinta de la ordinaria, no lo es menos que el mismo carácter de derecho necesario que tienen las normas legales sobre jurisdicción la tienen también las que dentro de una misma jurisdicción determinan la competencia de los respectivos Jueces o Tribunales, que se refieren a la naturaleza del asunto, a su cuantía o a la jerarquía del Juez o Tribunal, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes (artículos 54 y 56 de la Ley de Enjuiciamiento civil) y, por lo tanto, cuando un Juez o Tribunal actúa contra tales normas que le señala la esfera en que necesariamente ha de desenvolverse, da origen a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones que con exceso de poder haya realizado y procede hacer tal declaración de nulidad conforme previene el último párrafo del citado artículo 74.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de diciembre de 1950.

Esta Resolución reafirma la doctrina de las de 31 de enero y 19 de septiembre de 1950, en el sentido de que para que el Impuesto sea exigible se requiere, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento, la existencia de un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto, o de una convención expresamente consignada por los contratantes, o de un acto que, con arreglo a los principios de derecho, pueda lógicamente y legalmente deducirse de la intención o voluntad de los contratantes, ninguna de cuyas circunstancias se da en el caso a que la Resolución se refiere, consistente en la entrega de cuatro chasis de camión por una Compañía importadora a otra entidad, previa orden de entrega de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Comercio.

La Oficina Liquidadora sostuvo la sujeción al impuesto, así como el Tribunal Provincial, frente al criterio de la cesionaria adquirente, que decía que no existía contrato y que en todo caso se trataba de uno sobre mercaderías, exento al amparo del número 8.º del artículo 6.º del Reglamento en relación con su artículo 24.

Esta segunda tesis no la admite el Tribunal Central, pero sí la primera, diciendo que el hecho consumado de la obligatoriedad por parte de la cedente de atender a la adjudicación de los chasis le priva del carácter contractual indispensable para causar el impuesto, cualquiera que sean las circunstancias o requisitos que hayan precedido a la adquisición.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de diciembre de 1950.

EL MANDAMIENTO JUDICIAL DE EMBARGO ES LIQUIDABLE INDEPENDIENTEMENTE DE QUE LA ANOTACIÓN LLEGUE A REALIZARSE EN EL RE-

GISTRO DE LA PROPIEDAD, Y SI NO ES PRESENTADO OPORTUNAMENTE EN LA OFICINA LIQUIDADORA Y DA LUGAR AL REQUERIMIENTO DE ÉSTA ES PROCEDENTE LA EXACCIÓN DE LA MULTA CORRESPONDIENTE.

Antecedentes: El Juzgado de Primera Instancia expidió mandamiento de anotación preventiva de embargo que no fué presentado en la Oficina Liquidadora del partido. En su consecuencia, y previo el correspondiente requerimiento de presentación, se giró liquidación con la multa del 50 por 100.

Los interesados reclamaron y argumentaron diciendo que no existía obligación de presentar el mandamiento en la Oficina Liquidadora, por lo cual el requerimiento de presentación debía anularse; y en cuanto al fondo de los mandamientos judiciales de embargo de inmuebles solamente tributan en razón de su anotación en el Registro de la Propiedad, por lo cual no está sujeto el discutido porque los interesados no creyeron conveniente llevarlo al Registro, y mientras esa aportación no se realiza, no existe propiamente anotación ni obligación, por tanto, de tributar por ella.

Desestimada la reclamación en Primera Instancia, el Tribunal Central insiste en el mismo criterio, y dice en cuanto a la obligación de presentar el documento que no es cuestión en sí misma independiente del fondo, puesto que si el documento se estima liquidable en todo caso, forzosamente habrá que declarar la obligación de presentarlo, y por ende, la procedencia del requerimiento en tal sentido; y si, por el contrario, se admite la otra hipótesis, ninguna consecuencia habrá producido el requerimiento en perjuicio del contribuyente, puesto que el simple requerimiento no constituye acto administrativo reclamable, ya que ni declara ni niega obligaciones tributarias, las cuales no se producen hasta la comprobación de valores o hasta que se gire la liquidación.

Respecto a la cuestión fundamental planteada, de si el mandamiento de embargo debe ser liquidado cuando los interesados no lo presentan en el Registro de la Propiedad, dice el Tribunal que el artículo 17, apartado 1) del Reglamento declara sujetas a tributación las anotaciones de embargo y secuestro y las de prohibición de enajenar cuando unas y otras deban practicarse en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamientos judiciales, dictados en asuntos civiles o criminales, y no exige, para que el impuesto sea liquidable

que tales anotaciones lleguen a efectuarse, sino solamente que estén decretadas, entre otras razones porque para que se haga la anotación es requisito indispensable que el mandamiento satisfaga el impuesto previamente y porque ese documento no puede perder su carácter liquidable por no haberse realizado la anotación merced a la voluntad de los interesados, hecho posterior a la expedición del mandamiento que no afecta a su validez.

Tal tesis la refuerza el Tribunal con la de las Resoluciones de 6 de diciembre de 1932 y 22 de diciembre de 1942, dictadas en casos de anotaciones de embargo que no pudieron tener eficacia registral por aparecer las fincas inscritas a favor de terceros; doctrina, dice, que con mayor razón debe ser aplicada cuando, como ocurre en el caso, la anotación no llega al Registro por la propia voluntad de los que la solicitaron.

Resuelto el fondo en la forma expuesta, es claro que el requerimiento de presentación hecho por el Liquidador, era procedente y procedente también la imposición de la multa del 50 por 100 de la cuota, por aplicación del artículo 221 del Reglamento del Impuesto.

Comentarios: Respecto a esta última parte de la Resolución nada hay que decir ni comentar, supuesta la doctrina sentada respecto al fondo de la cuestión. Este, en cambio, sí merece alguna apostilla.

En primer lugar el argumento esgrimido por el recurrente se encierra realmente en un círculo vicioso, puesto que si el documento que contenga el mandamiento de anotación no es liquidable ni el impuesto exigible hasta que no esté inscrito aquél, esto es, hasta que la anotación sea efectiva hipotecariamente; y, por otra parte, como muy bien dice el Tribunal, el documento no puede tener acceso al Registro sin su previa liquidación, es evidente que quedan cerrados los caminos para toda posible solución.

No se puede desconocer que, como dice el contribuyente, mientras el mandamiento no ingresa en el Registro la anotación del embargo no se puede decir propiamente hablando que exista, pero también es verdad que el argumento precisamente por probar demasiado no prueba nada y conduce, como acabamos de decir, a un callejón sin salida, y todo ello ocurre porque se toma o se quiere tomar a la letra el precepto reglamentario: al parecer se pretende hacerle decir que lo que tributa es la anotación ya realizada y perfecta registralmente, y la verdad es que cualesquiera que puedan ser las imperfec-

ciones gramaticales del texto del apartado 1) del artículo 17 del Reglamento, no se puede razonablemente discutir que lo que quiere decir es que lo que se somete a tributación es el derecho a anotar o el acuerdo o mandamiento ordenando la anotación, que es el que crea el derecho, siquiera éste para consumarse exija la constancia con el Registro por medio de la correspondiente anotación.

Verdad es que el texto dice que *las anotaciones de embargo...* tributarán sobre la base del importe de la obligación que garanticen, de donde parece deducirse que lo que tributa es la anotación ya hecha, pero también lo es que el texto pone antes como premisa que se trate de las que *deban practicarse en el Registro*, cuya acepción verbal bien ostensiblemente da a entender que no se trata de las ya practicadas, sino de las que hayan de practicarse, o lo que es lo mismo, como antes decimos, que lo que tributa es el derecho a garantía que nace del mandamiento que ordena la anotación.

Argumento análogo al esgrimido por el recurrente, podría aducirse en la liquidación de las hipotecas, ya que en éstas —artículo 145 de la Ley Hipotecaria— para que queden válidamente constituidas es necesario que la escritura en que consten se inscriba en el Registro de la Propiedad, y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido hacer semejante argumento.

Por último, ofrece el tema un matiz que no deja de ser interesante, y es éste: dice el Tribunal que el criterio sustentado en este caso se refuerza con el de sus dos Resoluciones de 6 de diciembre de 1932 y 22 de diciembre de 1942, en las que se dijo que el mandamiento de anotación era liquidable, aun en el caso de ser ineficaces registralmente, las anotaciones ordenadas a causa de aparecer las fincas a las que habría de afectar la anotación inscritas a favor de terceras personas; y esto supuesto, cabe preguntar, ¿cómo un derecho sin ningún contenido económico puede causar liquidación?

El problema no deja de tener enjundia, porque está fuera de discusión que el Impuesto recae sobre «bienes determinados y de posible estimación», como dice el número XIX del artículo 5.º, o como dice el artículo 44, referirse a actos o contratos que contengan «cantidad, cosa o derecho valuable»; por lo tanto, si la hipótesis es que, por la razón dicha, la anotación es completamente ineficaz, su contenido económico ha desaparecido o, por mejor decir, no ha existido y, por ende, la razón legal del Impuesto tampoco tiene vida.

Con este modo de argumentar no pretendemos llegar, ni se puede

llegar a sostener que el mandamiento de anotación no sea liquidable antes de su acceso al Registro, pero sí se podrá llegar en los casos dichos a invocar el artículo 58 del Reglamento con la pretensión de obtener una declaración de inexistencia de contenido económico del acto y una posible devolución del impuesto, sin que esto quiera decir que prejuzguemos el resultado.

Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de diciembre de 1950 y de 16 de enero de 1951.

DONADA LA NUDA PROPIEDAD DE VARIAS FINCAS LA BASE LIQUIDABLE HA DE FIJARSE TENIENDO EN CUENTA EL VALOR FISCAL DE AQUÉLLA SIN TENER EN CUENTA EL DEL USUFRUCTO.

Antecedentes: Unos padres hicieron donación a sus hijos de la nuda propiedad de varias fincas valoradas en una cantidad considerable, aun después de deducir las cargas hipotecarias censos que sobre ellas pesaban.

La Abogacía del Estado al liquidar la correspondiente escritura, giró las oportunas liquidaciones por el concepto de adjudicación para pago, dada la existencia de las aludidas cargas, y, además, como es consiguiente, por donación, pero aplicando el tipo de liquidación del número 29 de la Tarifa, teniendo en cuenta el valor total de los bienes, y no solamente el de la nuda propiedad transmitida, aunque la base sobre la que giró el impuesto fué la del valor de la nuda propiedad; de tal manera que el tipo fué de 8,75 por 100, letra i), del número citado, en vez del tipo de 8,25, letra h).

Esa segunda liquidación fué recurrida fundándose en el error padecido al aplicar el apartado dicho a una base que estaba comprendida entre uno y dos millones de pesetas; error en que había incurrido la Abogacía del Estado al sumar el valor de la nuda propiedad al del usufructo para fijar el tipo de tarifa, con lo que se había incurrido en una evidente infracción del Reglamento, el cual, en efecto, en su artículo 66 regula todas las situaciones, dice el recurso, que puedan ofrecerse respecto a los derechos de usufructo y nuda propiedad, sin que en ningún caso los acumule para fijar la base tributaria cuando se transmiten separadamente.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación por entender que el usufructo es un derecho limitativo del dominio que forzosamente

ha de extinguirse y consolidarse en el nudo propietario o en quien de él traiga su derecho, por lo cual el valor de lo que éste adquiere lo constituye el del pleno dominio de la cosa transmitida.

Después de insistir los recurrentes en sus puntos de vista ante el Tribunal Central, éste revocó la decisión del inferior diciendo que es cierto, como dice la Resolución recurrida, que el nudo propietario consolidará el pleno dominio de los bienes al fallecer el usufructuario, sin necesidad de ningún nuevo título para la consolidación de tal dominio pleno, pero también lo es que el mismo artículo 60 del Reglamento en que eso se consigna, trata de la adquisición de bienes y *derechos*, y que el 66 de las reglas para valorar los derechos de usufructo y nuda propiedad en los usufructos vitalicios según la edad del usufructuario, y es ablece que al constituirse los usufructos pagarán el usufructuario y el nudo propietario el impuesto que corresponda, *tomando como base el valor de los respectivos derechos transmitidos en dicho momento*, por lo cual es forzoso concluir que mientras no se dicte otra norma especial para el caso, no existe razón para alterar en perjuicio del contribuyente la regla expresamente establecida por el Reglamento.

Por consiguiente, valorada la nuda propiedad en cuestión en menos de dos millones de pesetas debe fijarse, aplicando el número 29 de la tarifa, el tipo solicitado por el recurrente.

Nos parece tan claro el caso, que hace innecesario todo comentario dentro del derecho constituido, aunque en derecho constituyente fuese sostenible la tesis del Tribunal Provincial.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de enero de 1951.

EN LOS CONTRATOS DE SEGURO SOBRE LA VIDA EL ACTO ORIGINARIO DE LA LIQUIDACIÓN NO ES EL CONTRATO MISMO, EL CUAL NO ESTÁ SUJETO AL IMPUESTO, SINO QUE EL DETERMINANTE DE LA EXACCIÓN ES EL FALLECIMIENTO DEL ASEGURADO.

Antecedentes: En la Abogacía del Estado se presentó una póliza de seguro de vida pactada en 1.º de agosto de 1941 por la que la Compañía X se obligaba a pagar el 2 de junio de 1956, 50.000 pesetas a doña C. Martínez, contratante, si don J. Sánchez, asegurado, vivie-

ra en dicha fecha, y si falleciera antes, aquella cantidad la percibiría la doña C. Martínez, la cual no tenía parentesco con el asegurado. La Compañía manifestó que don J. Sánchez había fallecido en 12 de junio de 1949 y que la cantidad dicha la percibiría la doña C. Martínez, contratante y beneficiaria.

En su virtud, la Abogacía del Estado liquidó sobre la base de 50.000 pesetas, a cargo de la repetida señora, aplicando el tipo de extraños, cuya liquidación fué recurrida, diciendo aquélla que había sostenido el pago de las primas como contratante, y había recibido, por tanto, el importe de la indemnización a título oneroso como beneficiaria; que estaba amparada por la disposición transitoria 1.^a de la Ley del Impuesto de 1947, porque celebrado el contrato en 1941 no puede serle aplicada esta Ley, que así se desprende de las facultades del contratante en las pólizas de seguro con actos de disposición sin ninguna intervención del asegurado; que en el caso pudo ser rescatada, siguiendo la técnica de esta clase de operaciones aun después de fallecido el asegurado, sin pago de tributo alguno e incluso ignorándolo la aseguradora.

En alegaciones amplió el razonamiento añadiendo que el capital asegurado no estaba en el patrimonio del causante don J. Sánchez, por lo que no hubo transmisión de bienes, y aun en el supuesto de que el contratante fuera el mismo asegurado, tampoco el artículo 428 del Código de Comercio considera el cobro del capital por el beneficiario como una transmisión de bienes, y que el asegurado se presta únicamente como «objeto» de aseguramiento para que a su fallecimiento se perciba una indemnización por la causa que sea.

Tanto el Tribunal Provincial como el Central coinciden en lo sustancial y denegaron el recurso diciendo que el Reglamento anterior y el actual en sus apartados 8) y 9) del artículo 31, respectivamente, gravan a los beneficiarios de las pólizas por su importe y por herencia con arreglo al parentesco entre el contratante y el beneficiario, a lo que añade el segundo inciso del dicho apartado 9) que si el beneficiario es el mismo contratante, se atenderá al grado de parentesco entre él y la persona sobre cuya vida se hubiese constituido el seguro; añadiendo que el acto originario de la liquidación no es el contrato de seguro, y que el determinante de la exacción es el fallecimiento del asegurado, lo cual significa que ocurrido ese hecho en 1949, es aplicable el vigente Reglamento en el citado segundo apartado del párrafo 9) del artículo 31.

Comentarios: Parece completamente claro, en primer lugar, que debe descartarse como manifestamente inaplicable la legislación anterior, o sea la de 1941, y no la vigente de 1947, porque lo que se liquida no es el contrato de seguro y, por lo mismo, el hecho de ser pactado antes de la vigencia de la actual Ley nada implica.

La exacción del impuesto se origina por el hecho del fallecimiento del asegurado, y por eso lo que el Reglamento dice es que «las cantidades que perciban de las Compañías o Entidades aseguradoras los beneficiarios designados en las pólizas del seguro sobre la vida, contribuirán...», y con esto queda fuera de duda que no hay aquí ningún problema de derecho transitorio.

Los restantes argumentos afectan al fondo y no dejan de tener consistencia, pero, téngala o no, lo cierto es que ante el texto claro y terminante del mencionado párrafo 2.º del apartado 9) del repetido artículo 31, no cabe discusión en el terreno constituido: «si el beneficiario fuese el mismo que figure en la póliza como contratante, se atenderá al grado de parentesco entre él y la persona sobre cuya vida se hubiese constituido el seguro»; y como esta norma es la aplicada, puesto que la contratante y al mismo tiempo beneficiaria, no tenía parentesco con la persona sobre cuya vida se hizo el seguro, la liquidación no es atacable con arreglo a lo legislado.

Otra cosa sería si el tema se plantease fuera de la legalidad escrita. En ese terreno no es fácil de comprender la razón del transcrito texto legal. Repárese que la realidad es que doña C. Martínez, que es la contratante y obligada al pago de las primas del seguro, es al mismo tiempo la beneficiaria, y como tal percibe al fallecer el asegurado, que era extraño, la cantidad pactada; y ante esto hay que preguntar: ¿qué razón hay para tomar en cuenta este parentesco?

Se comprende la norma del primer inciso del citado apartado 9), que fija el tipo de liquidación por el parentesco entre el contratante y el beneficiario, y también la del inciso tercero que la fija en los seguros sociales por el existente entre el asegurado y los beneficiarios, sus familiares; pero no es fácil de comprender el otro supuesto de que aquí se trata.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS EN LA LEY DE 1861, Conferencia de don Manuel Villares Picó, pronunciada en el «Centro de Estudios Hipotecarios» el 29 de marzo de 1952.

Nada puede enaltecer y honrar al que está dedicado al servicio de una función como la exaltación y la fe en esa función que desempeña, el convencimiento íntimo y sincero de la utilidad social que la misma cumple y reporta. Y este es el caso de Manuel Villares Picó, uno de los más auténticos Registradores de la Propiedad —de ayer, de hoy y de siempre— que contó nuestra organización. Y como estamos seguros que esto es para él el mejor timbre de gloria, con proclamarlo le rendimos al par que nuestra admiración, nuestro afecto.

Por ello, por el largo esfuerzo de una dilatada vida profesional dedicada a pregonar los efectos de la inscripción, ha podido poner en cuantas oficinas sirviera (pocas, pues todas, aún siendo modestas, merced a su talento, se hicieron o rehicieron bajo su dirección y mandato) ese valiente y sincero apotegma: «¿Para qué sirve la inscripción? Para adquirir sin temor a perder lo que se adquiere».

Y con añadir que su conferencia no fué sino el desarrollo de razonamientos que le han conducido a aquella afirmación tan apasionada y resuelta, razonamientos que brillan y seducen por su singularidad en contraste con los expuestos por nuestros más modernos y conspicuos tratadistas en la misma materia, cerramos este a manera de exordio para dejar hablar —esquemáticamente— al conferenciante.

* * *

En cuanto expone —insistimos— tan sentido por aquél que esti-

mando que en la magistral Ley primitiva se hallan los *Principios* —que sus autores llamaron *cardinales del Sistema*— hipotecarios, con sólo no haberlos desvirtuado, ateniéndose a su Exposición de Motivos, el *mejor preámbulo y el más autorizado comentario de la ley*, según el Gobierno que la presentó, acaso se hubiera evitado tanta y tanta interpretación arbitraria como immotivada.

He aquí los Principios que informaron, según Villares, aquella Ley.

«Existen dos principios fundamentales, que son las columnas que sostienen todo el sistema, y son el principio de *Publicidad* y el de *LEGALIDAD*. Sin los cuales no hay sistema inmobiliario perfecto. Luego hay otros principios o presupuestos que son coadyuvantes de aquellos dos fundamentales, como son el de *ESPECIALIDAD*, que actúa en función de publicidad, y el de *TRACTO SUCESIVO*, que actúa en función de publicidad y del principio de legalidad, reflejando el historial o las mutaciones jurídicas de cada finca, y por esto mismo es elemento coadyuvante de la calificación.

Otros principios existen que son corolarios o consecuencias de los fundamentales y de los mismos coadyuvantes, como son los principios de *INSCRIPCIÓN*, de *PRIORIDAD* y de *PRECLUSIÓN*, derivados del principio de publicidad y los de *LEGITIMACIÓN* y de *FE PÚBLICA REGISTRAL* y el de *BUENA FE*, resultantes de los principios de publicidad, de legalidad y de tracto sucesivo.»

* * *

Al hablar del principio de Especialidad hace referencia al Registro competente por la situación de las fincas y a los Títulos sujetos a inscripción que tanto la Ley primitiva —artículo 2—, la actual —artículo 1— y el Código civil —artículo 605—, emplean como sinónimos de actos o contratos, siquiera hay que reconocer que en ocasiones también la ley utiliza la palabra Título como significado de documento, en el sentido de prueba material de la existencia del acto o contrato.

También la forma y elementos de la Inscripción están comprendidos en el principio de Especialidad. Constituyen los elementos, que analiza, la *finca*, el *derecho*, el *sujeto* y el *título*.

* * *

Cuando desarrolla el Principio de Legalidad, empieza por tratar de la necesidad de la calificación por un técnico cual el Registrador que además cuente con los elementos de juicio que el Registro le proporciona: Se refiere después a los antecedentes de dicho principio y al alcance del artículo 18 y a continuación, como consecuencia del repetido Principio, expone el llamado de Tracto Sucesivo que —en frases de don Pedro Gómez de la Serna al hablar del artículo 20 que le consagra «Protege y asegura los derechos inscritos; dificulta fraudes y estafas; cierra, en cuanto es posible, las puertas de los Registros a los actos y contratos de origen ilegítimo; conserva en su integridad la historia de las fincas; impide que aparezcan títulos apócrifos, mezclados en las mismas páginas con los verdaderos, evitando así el desprestigio de los libros.»

Al hacer referencia al historial de las fincas y al medio de dar entrada a éstas por vez primera en el Registro, estudia las distintas modificaciones al respecto, para abocar a esta interrogante de actualidad: ¿Son inscribibles por sí solos los documentos públicos posteriores a primero de enero de 1945? Si el título inmatriculador es posterior a primero de enero de 1945, pero desde su fecha ha transcurrido un año, puede inscribirse por sí solo a nombre de su titular porque siempre se han podido inmatricular directamente los documentos públicos anteriores a la fecha de fehaciencia determinada por la Ley, desde aquella Real orden de 20 de junio de 1863 que permitió inmatricular a nombre del transmitente en el Registro moderno los títulos anteriores a primero de enero del mismo año, hasta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1909, que autorizó a inscribir directamente los documentos públicos anteriores a 1909; y así se han venido inscribiendo los anteriores a 1863, a 1909, a 1922 y a 1932, que fueron las fechas que determinaban la anterioridad exigida por la Ley, y ahora como la anterioridad mínima que exige esta Ley es de un año, precedente al momento de la inscripción, es lógico deducir que también se pueden matricular los documentos públicos otorgados con un año de preferencia, ya que sería absurdo que este documento, que tiene más de un año, sirva para completar otro título inmatriculador posterior y no sirva para inscribirse directamente, teniendo que esperar a algún acto de disposición sobre el mismo derecho.»

Al estudiar Villares la Publicidad en el sentido que llama *material* (el otro, el *adjetivo*, es el de su funcionamiento mediante la oficina del Registro), expresa cómo se desenvuelve en dos aspectos: uno, como fin inmediato de la publicidad, *dar notoriedad a los derechos reales sobre inmuebles, para que sean tales derechos*, y otro referente a los efectos que la Ley confiere a esa exteriorización de los derechos reales.

Y ya fija su atención en el primer aspecto, remarca que para los autores de la Ley del 61 la inscripción fué establecida como un modo de adquirir, de grado superlativo, excluyente, tanto *inter-partes* como para terceros. Para las partes, si bien la inscripción no les publica nada, como para la adquisición por contrato se requiere tradición, aquella, la inscripción, viene a producir este efecto. Para terceros, al trascender *erga omnes* por la publicidad, es patente como se proyecta en modo de adquirir respecto de todos.

Revela claramente la Exposición de Motivos estos asertos: «Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituídos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción (porque si se hace, rige con respecto a todos) subsistente el derecho antiguo (el régimen de título y tradición romana para las partes). Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso (ni entre las partes, ni entre terceros), si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos (que la inscripción es modo de adquirir respecto a todo, partes y terceros); sino se inscribe, aunque tenga la posesión (tradición romana), será dueño con relación al vendedor (y también puede serlo con respecto a terceros civiles), pero no respecto a otro adquirente que haya cumplido con el requisito de la inscripción.»

La inscripción, pues, como efecto del sistema, significa modo de adquirir, que se pone en lugar preferente al otro modo clásico de nuestro derecho, que es la tradición, y por tanto, en las adquisiciones del dominio rige, en primer lugar, la inscripción; en segundo lugar, la tradición real, y luego la ficta. Por esto mismo, en vez de formular la pregunta ¿la inscripción suple a la tradición?, hay términos hábiles para invertir esta pregunta: ¿La tradición suple a la inscripción? La tradición suple a la inscripción a efectos entre los contrayentes y

con respecto a terceros civiles. En este aspecto nuestra legislación quedó influida por el régimen alemán, ya que la inscripción significa tradición, y en nuestra legislación se antepone a la tradición romana, quedando ésta como modo supletorio de adquirir.

Con argumentos de don Pedro Gómez de la Serna —el más autorizado comentarista de aquella Ley—, para el que la inscripción implica tradición registral, señala que cuando se publicó la Ley del 61 había en España, como modo de adquirir, la tradición romana, con una excepción en Navarra, donde bastaba para la transmisión de la propiedad inmueble la escritura pública, con eficacia ésta parecida a la que establece el artículo 1.462 de nuestro Código civil; pero con la Ley Hipotecaria estos modos de adquirir devienen relativos, quedando reducidos a la categoría de supletorios, ya que, si media la inscripción, en caso de colisión, prevalece la eficacia constitutiva de la inscripción, según nos lo dice la Exposición de Motivos y se deduce de la Ley, recogido y respetado su sentido por el Código civil en los artículos 606, 608 y 1.473, al tener del art. 1.537 del Código, que cual pregón de centinela, hace declaración solemne de acatamiento y respeto a la Ley Hipotecaria en cuanto a la venta de bienes inmuebles, y por tanto todo lo que el Código regula sobre la tradición en el título IV del libro III, se entiende sin perjuicio de lo que dispone la Ley Hipotecaria. Los autores del Código civil han puesto muy premeditadamente este artículo 1.537, formando por sí sólo, para que destaque más, el capítulo VIII de dicho título IV; con el fin especial de cerrar el paso a las suspicacias jurídicas, que fueron muchas, no obstante este artículo (bastante olvidado por los tratadistas e intérpretes a dicho respecto), y entre ellas la formada por el criterio de que es necesaria la tradición romana en todo caso para adquirir por contrato los bienes inmuebles. Este artículo 1.537 nos da a entender con claridad que en el régimen inmobiliario la Ley Hipotecaria es la Ley especial en la materia, que rige, en primer lugar, en lo relativo a la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, a través de la inscripción, y que, como la Ley supletoria rige el Código civil a falta de inscripción o hasta tanto que exista, como decía don Jerónimo González.

Son trascendentales las consecuencias que Villares saca de estos razonamientos en su proyección sobre los Principios de Inscripción, de Prioridad y de Preclusión.

Porque al tener transcendencia real en las mutaciones de la pro-

piedad puede decirse que la inscripción es siempre *constitutiva* y a la vez *preclusiva* de los derechos reales que se refieren a la misma finca perteneciente a otro titular que no haya inscrito.

No es exacta, por tanto, para Villares la clasificación que viene haciéndose de las inscripciones en constitutivas y declarativas. Esta clasificación puede aceptarse para el régimen inmobiliario alemán, pero en nuestro sistema la clasificación de la inscripción en cuanto a sus efectos debe ser: Inscripciones constitutivas, cuando actúen como modo de adquirir; preclusivas, cuando dejen sin efecto los derechos reales pertenecientes a titulares que no inscribieron, y declarativas, cuando no aumentan valor adquisitivo a la transmisión, como en la inscripción de herencias, de títulos que contienen decisiones judiciales o administrativas, etc.

El otro aspecto de la Publicidad: el de los efectos que la Ley concede a la exteriorización de los derechos reales (en su modo de ver no hay que añadir que *inscritos*), se halla consagrado en el Principio de Prioridad, en función de *preclusión* de los derechos no inscritos (según ya hemos visto), como de legitimación y fe pública registral —previas la calificación y autenticidad del título correspondiente.

Dicho principio de Prioridad está implícito en los artículos de la Ley, 17, 20, 24, 25, 31, 32, 34, 37, 115 y en el último párrafo del 40, en los que se sobreentiende la regla general de que el que inscribe su derecho se antepone al que dejó de inscribir el suyo, adquirido sobre la misma finca.

En el artículo 32 (antes el 23) está comprendido el principio de prioridad material en toda su extensión, así como la prioridad formal está comprendida en el artículo 17 y en el segundo párrafo del artículo 20. En el artículo 34, la fe pública registral sirve de base o antecedente a la perfección del negocio jurídico, que una vez inscrito (prioridad) queda irrestricta la adquisición respecto a todos.

Se habrá observado que los tratadistas de Derecho hipotecario, especialmente los modernos, no ven o callan la importancia que tiene en nuestra Ley el principio de prioridad material, contenido en el artículo 23 (hoy 32), no obstante ser en nuestro sistema el artículo básico de la eficacia práctica de la inscripción.

¿Cuál, es, pues, la diferencia entre el artículo 32 y el 34, en relación con el 33? Copiemos, para no extraviarnos, las palabras de Villares.

Los arts. 32 y 34 de la Ley responden ambos al principio de publicidad, pero con distinto juego : El primero, de contenido más amplio, más genérico, tiene por objeto proteger a los titulares inscritos contra los peligros de las enajeraciones clandestinas (lo inscrito no se invalida por lo que no está inscrito) ; el artículo 32 establece efectos de la inscripción para producir la preclusión de los derechos no inscritos, por el principio de prioridad, y el artículo 34 establece efectos de la inscripción basados en el principio de fe pública registral y también por el principio de prioridad : la fe pública deriva de la inscripción del transferente, y la prioridad de la inscripción del subadquirente.

La diferencia entre el principio de prioridad material y el de fe pública registral está en que éste legitima el derecho de transferente, pasando al adquirente tal como figura en la inscripción de aquél ; en cambio, el principio de prioridad no convalida, generalmente, el título del transferente ; es decir, que si el título del transferente relativo al derecho transmitido es nulo o ineficaz, el principio de prioridad no lo convalida, y tampoco convalida la inscripción por prioridad las deficiencias en la pertenencia del derecho que el enajenante transmite, con una excepción muy destacada : que es cuando el transferente no es dueño del derecho que transmite por haberlo enajenado previamente a otro que no inscribió, ya que en tal caso, incluso por precepto especial del Código civil, la inscripción confiere preferencia al que inscribe, porque el título de éste es válido, no es nulo en sí mismo, como luego veremos. Queremos decir que la inscripción por prioridad no convalida las deficiencias en la titulación del transferente. En este sentido los autores de la Ley del 61 y quizá fijándose en el artículo 62 de la Ley de 24 de diciembre de 1840 de Vaud, y un poco asustados quizá del amplio alcance del artículo 23, establecieron en el artículo 33 que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. O sea, que este artículo 33 fué incluido en la Ley Hipotecaria como una excepción al contenido del artículo 23 ; pero dándose también cuenta de que con esta excepción la eficacia de la inscripción podía ser siempre vulnerable, sólo con alegar cualquier viso de nulidad, sientan en el artículo 34 una excepción del artículo 33 para robustecer la regla general contenida en el artículo 23 ; y así el artículo 34 fué estatuido al objeto de que si en el título del transferente hubiese alguna nulidad que la inscripción a su nombre no pudiese convalidar o que existiese alguna otra causa de resolución del derecho del transferente, no re-

flejada en el Registro, que quedase a salvo de ellas al subadquirente.

Este juego del artículo 34 se conoce con el principio de fe pública registral, cuya fuerza deriva del principio de publicidad y de legalidad, por la presunción de pertenencia del derecho y de la validez del título.

¿Y cómo debe entenderse e interpretar ese artículo 33 que —en palabras de Villares— ha servido de panacea a tantos para desvirtuar la eficacia de la inscripción?

Decía el repetido Gómez de la Serna —su autor seguramente— que este artículo 33 se refiere a los actos o contratos que sean nulos en sí mismos. Pero el acto-contrato puede ser nulo en sí, aisladamente considerado, como generador de obligaciones (el menor que vende sin poder hacerlo, el guardador que enajena inmuebles del pupilo sin observar las reglas para tal enajenación, etc.), y puede ser nulo en su aspecto real, o sea, por la imposibilidad objetiva de la prestación. La primera nulidad afecta principalmente al título, a la situación o regocio obligacional; en cambio, la nulidad real afecta al modo, al hecho o situación que permita adquirir el derecho en la cosa, y así, si el título generador de la obligación es nulo, el modo no le convalida, no le convalida la tradición, tanto que sea ficta o real, como que sea registral; pero si es válido este título obligacional, puede convalidarse la nulidad real, causada por la tradición civil a favor de otro, por el modo de adquirir más perfecto, o séase que puede la inscripción convalidar esa nulidad relativa o imposibilidad relativa de la prestación o transmisión por parte del enajenante. Esto puede verse claro en el supuesto de la doble venta de inmuebles a que se refiere el artículo 1.473 del Código civil: el enajenante ve de a A una finca, haciéndole entrega de la misma, y luego el mismo vendedor o sus herederos venden a B la misma finca, que adquiere de buena fe y cuyo título inscribe. En esta última venta el título, en su aspecto obligacional, es válido (en nuestra legislación la compra-venta es regocio obligacional); mas en su aspecto real, a primera vista parece ser que existe la imposibilidad objetiva de que el vendedor pueda transmitir la finca, toda vez que ya no la tiene en su poder; pero la inscripción en este caso convalida la nulidad real, porque se considera modo de adquirir absoluto o de grado superior, dejando sin efecto la transmisión anterior que no fué inscrita, aunque el primer comprador haya obtenido la posesión, según la Ley Hipotecaria, aclarada paladinamente en la Exposición

de Motivos y según el Código civil en los artículos 606 y 1.473, ya que la tradición de los bienes inmuebles, existiendo un título inscrito, tiene lugar mediante la inscripción, quedando sin efecto la entrega que el mismo vendedor haya hecho antes a otro, porque la tradición civil se hace siempre, según decía don Augusto Comas, afecta a la condición resolutoria de que luego surja un título inscrito a favor de tercero sobre el mismo derecho; o sea, que la venta no inscrita se considera, ante la Ley Hipotecaria, respetada por el Código civil, hecha con carácter provisional, interino, así como para andar por casa, entre vendedor y comprador, y, si acaso, con respecto a terceros civiles, hasta que sea inscrita y se consolide definitivamente a favor del mismo comprador, o que, continuando sin inscribir quede sin efecto frente a otra venta que se inscriba a favor de otro.

Así es como debe entenderse el artículo 33 de la Ley; es decir, que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos en sí mismos, como negocios jurídicos generadores de la obligación de transmitir, sin considerar comprendida en este artículo la nulidad real a efectos de tercero a que alude el artículo 32.

Consecuente con cuanto va expuesto —y tras un estudio completísimo del principio de Publicidad, antes y después de la Ley del 61— expresó el conferenciante que es en el principio de *inscripción*, actuando como modo de adquirir preferente, no en el de la *fe pública registral* (derivado en la sistemática del autor de aquél), donde hay que centrar la virtualidad de nuestro sistema. Este principio, cuya eficacia se traduce en los principios de prioridad (efecto positivo) y de preclusión (efecto negativo), confiriendo la propiedad al que primero inscribe, en caso de colisión, sin necesidad de que se reúnan los requisitos del artículo 34, siendo generalmente suficiente el precepto contenido en el artículo 32, y en el Código civil en los artículos 606 y 1.473, escudados en el artículo 1.537.

«Por esto, añadió, preguntábamos en un artículo publicado en 1945, qué había sido del artículo 23 de la Ley anterior, del que decían García Goyena y Fernández Negrete que era toda la Ley, y decíamos que si no aparecía, que todavía quedaba como supletorio el artículo 606 del Código civil. Pero gracias a Dios los autores de la nueva Ley articulada lo hallaron en los escombros de la Ley derogada y lo colocaron bien colocado, precediendo al 33. El 32, estableciendo los efectos de la inscripción, como regla general, en for-

ma negativa, el 33, sentando una excepción a los efectos que se indican en el artículo anterior, y el artículo 34 reduciendo el campo de esta excepción, para abundar en la fuerza de aquella regla general del artículo 32.»

«El decir que en nuestro sistema la eficacia de la inscripción deriva solamente del artículo 34, es así como establecer (y perdónese el símil) que sólo se viste elegantemente llevando sombrero de copa alta, aunque sea con traje de diario, siendo el sombrero de copa el efecto del artículo 34, y el traje de diario el contenido del artículo 32, con los otros artículos de eficacia relativa o formal, como los artículos 17, 20, 38, 41, etc., etc.; traje de diario que es el que más se usa, como es natural.»

De ahí —para Villares— la estrechez de criterio en la interpretación de la Ley Hipotecaria en cuanto a efectos de la inscripción. Conjugando los principios de presunción de exactitud registral y de legitimación con las presunciones *juris tantum* y *juris et de jure*, argumentan así: si la situación registral coincide con la extrarregistral, no hay cuestión; si no coincide y el titular registral adquirió con los cuatro requisitos del artículo 34, prevalece la situación registral, por la presunción *juris et de jure*; pero en los demás casos el titular tiene a su favor la presunción *juris tantum*, y por ello dicen que si se prueba que la situación registral está en contradicción con la extrarregistral, dan a entender que debe prevalecer ésta; mas téngase en cuenta que al existir contradicción entre el Registro y la realidad extrarregistral, el titular inscrito puede defenderse contra el tercero no inscrito, no sólo en virtud del principio de fe pública registral, sino por el principio de inscripción como modo de adquirir preferido, sucedáneo de la tradición, al amparo del artículo 32 de la Ley y del artículo 1.473 del Código, resultando protegido por el principio de prioridad con efectos de preclusión; principios que inmunizan la adquisición del titular inscrito al igual que el de fe pública registral, excepto en el caso de que el título del transferente fuese nulo en sí mismo.

Están, pues, protegidas por el artículo 32 todas aquellas adquisiciones inscritas cuyo transferente no tenía inscrito su derecho en el momento de la perfección del acto o contrato.

Finalizó Villares su brillante y original conferencia expresando la manera cómo, tras lo expuesto, actúan los Principios Hipotecarios.

Nuestra legislación —dijo— condiciona la existencia y eficacia del derecho real a un ciclo adquisitivo, a un supuesto de hecho, que generalmente es global, formado por diversos elementos singulares. Estos elementos no suelen aparecer simultáneamente. En Alemania, por ejemplo, el derecho real no surge hasta que se realiza el último elemento singular, que es la inscripción. En el sistema francés, por el contrario, surge el derecho real por el simple consentimiento, pero en el nuestro se necesita el consentimiento y la tradición; ésta puede ser registral o la inscripción, real o la posesión y fingida o la escritura pública, según se deduce del artículo 1.473 del Código civil.

Pero estas dos formas últimas de tradición no son los elementos singulares finales para que surja el efecto jurídico máximo, para que aparezca el derecho real absoluto, sino que son elementos singulares, de efectos interinos, que producen derechos reales relativos; de efectos civiles y no hipotecarios, por la heterovalencia que admite nuestra legislación; el último elemento del ciclo adquisitivo para que surta efectos respecto a todos, es la inscripción.

Por ello se explica que la inscripción sea a la vez causa y efecto del acto o contrato que produce la mutación jurídica. Es causa la inscripción del acto o contrato porque, cuando el subadquirente ve por el Registro que aparece el derecho inscrito a nombre del enajenante o por la titulación que éste exhibe, que permite inscribir, por ser bastante y no haber obstáculo para ello en el Registro, tal situación determina su voluntad para aceptar el acto o contrato y realizar su contraprestación, acto o contrato que, otorgado en escritura pública produce la inscripción, resultando así que ésta es también efecto de aquél.

De lo dicho se desprende cómo, a juicio de Villares, debe entenderse la buena fe en la adquisición. La buena fe, jurídicamente, equivale a creencia o persuasión de que una cosa pertenece a una persona determinada, creer que el enajenante es *verus dominus* y que la adquisición es válida y, que por tanto, nuestro derecho es justo, y concretamente, en cuanto al tercero hipotecario, tendrá buena fe si cree, en el momento de la perfección del acto o contrato, que el derecho del transferente existe y le pertenece, según el Registro o los títulos que exhiba puestos en relación con el Regis-

tro, y además que crea que la adquisición proyectada no adolece de vicio alguno. Al decir tercero hipotecario, nos referimos no sólo al titular registral, según el artículo 34, sino al protegido por el artículo 32; es decir, al que está amparado por la fe pública registral propiamente dicha y también al amparado por el efecto de la prioridad o preclusión; y así se puede decir que para que haya protección registral tienen aplicación conjunta los artículos 433 y 1.950 del Código civil, cambiando la palabra poseedor por las de titular registral.

Es decir, que el momento en que debe existir la buena fe en el adquirente es en el de la perfección del contrato y en todo caso nunca después de realizar su prestación, según se deduce de las Sentencias de 9 de julio de 1909 y 13 de mayo de 1903, y también según hoy se desprende del apartado a) del artículo 36 de la nueva Ley. Por tanto, no afectará al derecho del adquirente el conocimiento que luego alegue, a tenor de la existencia de la inexactitud registral o del vicio que afecte a la titularidad del transferente.

* * *

Comentar esta conferencia excedería de nuestros propósitos y esfuerzos. Por otra parte, según al principio dijimos, basta contrastarla con lo expuesto en la misma materia desde el maestro don Jerónimo González hasta lo escrito últimamente por esos grandes seguidores suyos en este florecer de los estudios hipotecarios, que son Roca Sastre, Núñez Lagos, Angel Sanz, La Rica, Giménez Arnau, etcétera, para darse cuenta del valor y sinceridad de lo dicho por Manuel Villares Picó, cuyas ideas, por otra parte, viene sustentado desde mucho tiempo. Ello, el público reconocimiento de las misma es lo que nos ha impulsado a esta recensión, en testimonio de una admiración muy sentida.

GINÉS CÁNOVAS

Registrador de la Propiedad

PUNTOS DE ORIENTACIÓN PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO, por Pietro de Francisci. Traducción de Juan Iglesias, Catedráticos, el primero, de la Universidad de Roma, y el segundo, de la de Barcelona.—Ediciones Ariel. Barcelona, 1951.

Según nos indica el traductor, este estudio inicia la serie de publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona. El autor, muy conocido por obras publicadas sobre temas romanistas y de los derechos orientales mediterráneos, y especialista en papirología, desarrolla en las conferencias objeto del folleto, pronunciadas en Barcelona, Madrid y Valladolid en 1949, más bien que unos puntos de partida, el esquema de una teoría.

El estudio del Derecho romano como disciplina exquisita e histórica, no satisface. Hay que renovar los métodos de investigación desde dos posiciones: una, de puro conocimiento (ciencia), y otra, de técnica aplicadora y creadora (arte). De aquí arranca el maestro para explicar lo que entiende como ciencia y como arte, como ordenamiento jurídico dentro de un ordenamiento social, como conocimiento histórico del fenómeno jurídico en sus relaciones con la dogmática, etc.

Es un intento de metodología muy atrayente, dirigido a ahondar la comprensión de los fenómenos jurídicos en cuanto hechos espirituales.

SUCESIONES (*Comentarios a los artículos del Código civil, con la jurisprudencia aplicable y formularios prácticos*), por don Antonio Coello Gallardo, Abogado. Prólogo de don Antonio Hernández Gil. Tomo I.—Instituto Editorial Reus. Madrid, 1952.

Contiene este tomo el texto literal y comentarios de los artículos 657 al 789 del Código civil, con 991 resúmenes de Sentencias y Resoluciones, y 41 formularios prácticos. Concluye con el Índice gener 1.

Confiesa el autor en la introducción al libro que el estudio de la jurisprudencia fué el acicate para resumirla y clasificarla en torno a los artículos citados, trabajo que después extendió al comentario de cada uno de ellos para aclarar su contenido.

El fruto obtenido es un libro poco ambicioso, de conceptos dogmáticos o teorías confusas, que pertenece al género de libros prácticos y elementales, revalorizado por las declaraciones de la jurisprudencia.

En los artículos clave (675-781, etc.), la labor jurisprudencial es minuciosa, y en lo posible, relacionando unos artículos con otros.

Constituye, en suma, un medio de trabajo útil y recomendable, de los que se tienen sobre la mesa.

LEYES Y REGLAMENTOS DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y DEL NOTARIADO, por el Doctor don Ismael Acevedo y Criado, Catedrático del Seminario de Derecho Registral y Notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú (Lima). 1950.

Percatado este ilustre maestro de la importancia de reunir en un solo volumen disposiciones dispersas que tienen relación con los Registros y el Notariado, inserta en el libro los artículos correspondientes del Código civil de 1936, del de Comercio de 1902, del Código de minería, pen 1, procesal, Leyes de Barcos, de Impuestos, Hipotecas, Prenda agrícola, etc., como primera parte. En la segunda, comprende el Reglamento de los Registros Públicos de 1940 y otros con él relacionados; y en la tercera, las Leyes y Reglamentos del Notariado.

Los Registros son: de la Propiedad inmueble, de Personas jurídicas, de Testamentos, de Mandatos, Registro Personal, Registro Mercantil, Registro de Buques y Registro de Prenda agrícola. La influencia de la legislación española es irrefutable, pero existen divergencias de fondo, tanto en la parte material o sustantiva, como en la procesal y en la personal.

Con la mayor simpatía hemos examinado la recopilación, y de ella hemos obtenido un perfecto conocimiento de los principios en que se basa y de las distintas facetas que presenta, lo cual, sin duda, es uno de los propósitos del autor, aparte de proporcionar a los funcionarios especializados un instrumento para sus funciones de manejo diario.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad

PROBLEMAS Y SUGERENCIAS SOBRE EL CONTRATO DE SEGUROS: SOBRE-SEGURO, INFRASEGURO, CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN. Por don Luis Benítez de Lugo, Abogado del Estado y Profesor mercantil.

En folleto, cuidadosamente editado, se recoge la conferencia pronunciada por el autor en la Real Academia de Jurisprudencia. Dis-

tinguido especialista el conferenciante y el tema de gran trascendencia, el resultado es un trabajo sugestivo. El contrato de seguro huye de un estatismo peligroso y ofrece, en la exposición del señor Benítez de Lugo, múltiples soluciones, adecuadas a la previsión de los riesgos en todas sus facetas, señala el peligro del infraseguro, que por deficitaria apreciación del asegurado, no cubre la necesidad sentida; estudia las repercusiones del sobreseguro a la vista de las legislaciones extranjeras y española, y trata la doctrina de las cláusulas de estabilización de valor, de candente interés. Una numerosa bibliografía, que por supuesto no puede ser exhaustiva, aumenta la utilidad de la obra.

N. F.

COLEGIO NOTARIAL DE ALBACETE

PREMIO «JERÓNIMO GONZÁLEZ»

La Junta de este Colegio, reunida en sesión extraordinaria, como Juzgador de las Obras optantes al Premio «Jerónimo González», correspondiente al año 1951, ha decidido unánimemente concederlo, de entre las tres obras presentadas, a la titulada *Hipoteca del Derecho Arrendaticio*, de la que es autor don Juan Vallet de Goytisolo, Notario de Madrid.

Entre otras consideraciones, el fallo se fundamenta en las siguientes:

«Primera. Se trata de un profundo estudio en el que con notable sagacidad, abundante documentación e impecable método se examina, revisa y completa la doctrina, legislación y jurisprudencia sobre la materia.

Segunda. Destaca en él su fundamentación doctrinal, y a la vez su finalidad práctica, al intentar abrir cauce dentro de nuestras normas jurídicas, a una figura que orientada a la obtención de créditos puede satisfacer necesidades vitales e influir en el desarrollo de la riqueza nacional.»

Al felicitar al señor Vallet, la Junta hace público reconocimiento de la inteligente y estimable aportación que a nuestra literatura jurídica implican las otras obras presentadas, a cuyos autores les queda reconocida por la colaboración prestada al Premio.