

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVIII

Abril 1952

Núm. 287

Partición de herencia por Comisario

CITACIÓN PARA EL INVENTARIO EN LAS PARTICIONES DE HERENCIA PRACTICADAS POR COMISARIO (CONTADOR-PARTIDOR) NOMBRADO POR EL CAUSANTE SI DEBE ESTIMARSE NECESARIO, A TAL EFECTO, EL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR JUDICIAL PARA EL HEREDERO MENOR DE EDAD SOMETIDO A LA PATRIA POTESTAD CUANDO EL PADRE O MADRE QUE LA EJERZA ESTÉ TAMBIÉN INTERESADO EN LA SUCESIÓN DE QUE SE TRATE.

Una inveterada y continua corriente de opinión viene insistiendo en la necesidad de dicho defensor por entender se da en tal supuesto la consabida incompatibilidad de intereses.

Si en todo caso el intentar marchar contra corriente, sino arriesgado, es al menos complicado y difícil; en el de que se trata es algo peor: una osadía; pues en verdad el criterio unánimemente mantenido encuentra su firme apoyo en una nutrida jurisprudencia que además hay que estimar correcta y acertada en los casos resueltos por las resoluciones que después serán examinadas.

La única disculpa que podría encontrar tan temeraria pretensión sería poder demostrar que en el punto a estudiar no se planteó a su tiempo la cuestión en sus justos y precisos términos, y que por ello nunca quedó definitiva ni perfectamente resuelta.

Antes de entrar en materia hemos de fijar unas bases mínimas, pero firmes, que sin constituir novedad alguna nos han de servir de punto de apoyo en todo cuanto después tengamos que sostener.

Sabido es que el Código civil, en su artículo 1.057, faculta al testador para encomendar por acto INTERVIVOS o MORTIS CAUSA para

después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos. Y que en su párrafo segundo ordena que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela ; pero el Comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios».

Tales son las diminutas normas que nuestro derecho positivo dedica a la partición por Comisario.

Autores y jurisprudencia tienen sentado de consuno que la función del dicho Comisario es esencialmente personalísima. De aquí se desprende no sólo que no es delegable sino que tampoco puede ser compartida con nadie.

La intervención y aprobación de los herederos en esta clase de particiones, sostiene atinadamente ROCA SASTRE (1), las desnaturalizaría, haciéndoles perder su carácter esencialmente unilateral y transformándolas en particiones otorgadas por los herederos.

De un modo más breve y tajante confirma esto mismo nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado al decir (Resolución de 15 de julio de 1943) que el Comisario es un juez imparcial y una autoridad dirimente, no parte contratante.

Practicada la partición por el Comisario no precisa, para surtir efectos jurídicos, ni la aprobación por los herederos ni menos la aprobación judicial, aunque entre éstos haya alguno menor de edad o incapacitado. Tal partición, como dice el autor citado —ROCA—, es apta o idónea por sí sola para el tráfico jurídico.

Con este modesto bagaje nos lanzamos a nuestra intrépida empresa, en la que nos será forzoso comenzar por distinguir que la partición de que se trata tenga que realizarse con o sin la llamada liquidación de la sociedad de gananciales.

* * *

El primer escollo y el más serio que encuentra con frecuencia el Comisario en su función contadora-partidora es el de la necesidad de practicar la llamada liquidación de la sociedad de gananciales cuando el causante de la sucesión era casado y su matrimonio, en

(1) «Instituciones de Derecho Hipotecario» (programa de oposición a Registros de la Propiedad), tomo II, 2.ª edición, página 468.

su aspecto económico, estaba sometido al régimen de dicha sociedad.

Y no es que se le pongan cortapisas o se entienda que su función no alcanza a tal liquidación; antes al contrario, pues si normalmente la liquidación de repetida sociedad de gananciales (al igual que la de otra sociedad o le da una comunidad en que el causante estuviere interesado y que hubiera que practicar al quedar aquéllas disueltas a su fallecimiento), debiera ser realizada por los herederos del causante y los demás consocios o comuneros que lo fueron de éste, no sucede así sin embargo, sino que por verdadera excepción y con el deseo de facilitar tal clase de particiones de herencia se reconoce por la jurisprudencia que el Comisario, con la conformidad o acuerdo del cónyuge supérstite, puede practicar sin la intervención de los herederos del causante de la herencia la repetida liquidación. Así está resuelto en Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943 y en múltiples Resoluciones de nuestro Centro directivo, entre ellas, las de 14 de marzo de 1903, 26 de febrero de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908 y 6 de marzo de 1923.

Las dificultades y problemas nacen más bien al amalgamar y confundir operaciones de tan distinta naturaleza jurídica como la liquidación dicha y la partición de herencia por Comisario, ya que no se tiene en cuenta que mientras que la primera constituye un negocio jurídico contractual, la otra no puede perder nunca su carácter de unilateralidad.

Para examinar mejor estas cuestiones creo que basta presentar un dilema y optar por una de sus proposiciones, después de estudiar y rechazar la contraria.

Puede sentarse el siguiente: O la liquidación de la sociedad de gananciales no es más que una de las varias operaciones integradoras de la partición hereditaria, o por el contrario es un negocio jurídico distinto e independiente, y por ello separable del de la partición de herencia.

Son variadísimas, en verdad, las prácticas particionales seguidas por Abogados, Notarios y demás técnicos, cada una de las cuales pone de relieve el mejor o peor estilo de sus autores. Y algunas de ellas, como afirma un antiguo y competente tratadista —SÁNCHEZ ROMÁN (2)—, son ingeniosas y de cierta originalidad. Pero si exa-

(2) «Estudios de Derecho Civil», tomo V, vol. III, pág. 2.129.

minamos los modelos que suelen suministrar los tratadistas o las fórmulas empleadas en los títulos que cotidianamente se someten a nuestra calificación hipotecaria profesional, se observará en todos que la liquidación de la sociedad conyugal y la de gananciales se ofrecen como una parte integrante de la misma partición de herencia de que se trate.

En efecto, se aprecia en seguida y en primer lugar que ambas operaciones comienzan con un inventario general o común a las dos, en el que se comprenden todos los bienes existentes al disolverse el matrimonio, tanto los que sean propios o privativos de una y otro cónyuge como los que eran comunes o llamados «de origen ganancial». Por esto, sin duda, GÓMEZ MORÁN (3), después de considerar la simultaneidad dicha y al tratar de la partición hecha por Comisario, afirma que la elaboración del inventario no está sujeta a ninguna regla, y que cuando haya de liquidarse alguna sociedad conyugal, se ajustará dicho inventario a lo dispuesto en los artículos 1.419, 1.428 y 1.431 del Código civil.

Fijado después en forma breve el llamado cuerpo general de bienes o cuerpo de hacienda, se practica, en primer lugar, la liquidación de la sociedad conyugal (4), deduciendo como primera baja común el capital o aportación de cada cónyuge (aunque por lo que respecta al del marido no está ello acorde con los artículos 1.422 y 1.423 del Código civil). Determinado así el haber bruto de la sociedad de gananciales, se liquida éste haciendo también las bajas procedentes, y lo que resulte como neto (si así sucede) se divide por mitad numéricamente; una de ellas forma el haber del cónyuge sobreviviente como socio o copartícipe en los lucros o ganancias matrimoniales, y la mitad restante pasa a integrar, con los bienes privativos o aportados por el difunto, el verdadero haber hereditario partible. Viene en seguida, sin solución de continuidad, la liquidación y división de la herencia, la formación de haberes y las adjudicaciones de bienes por tantos cuantos distintos conceptos hayan ido revelando las distintas operaciones de liquidación. A veces se sigue la práctica (totalmente recusable) de una vez fijados los haberes del cónyuge viudo, por aportaciones, mitad de gananciales, cuota

(3) «Tratado teórico-práctico de particiones», Madrid, 1950, págs. 290 y 318.

(4) A veces, entre el inventario y la liquidación se intercalan las llamadas bases o supuestos, que de ordinario van a la cabeza de la partición.

vidual y de algún legado que le hiciera el causante, se le adjudican bienes en pago del total de ellos, sin discriminar los bienes que lleva por cada uno de los distintos haberes o conceptos parciales.

Parece por tanto, al menos de hecho, que la llamada liquidación de la sociedad de gananciales no es más que una parte integrante de la partición de herencia.

Este es el criterio de algunos autores. Si la disolución de la sociedad de gananciales, dice el citado SÁNCHEZ ROMÁN (5), tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges, la liquidación de aquélla forma parte de las operaciones de la testamentaria. Y en otro lugar (6) considera dicha liquidación, con la de la sociedad conyugal, como un anejo indispensable de alguna de las operaciones que integran la partición de herencia para fijar el verdadero caudal hereditario partible y que, lo mismo que la de otra sociedad a que hubiera podido pertenecer el causante, la llamada liquidación accidental y relacionada con la herencia y factor indispensable para la práctica de la partición de ésta.

El admitir la primera proposición del dilema, o sea considerar la llamada liquidación de la sociedad de gananciales como parte integrante de la partición de herencia del cónyuge fallecido, nos conduciría a un absurdo o imposible jurídico. En efecto, teniendo el cónyuge viudo a más de este carácter el de heredero en cuanto a su cuota vidual y practicando el mismo en virtud de contrato con el Comisario la liquidación de la dicha sociedad, cuyo inventario es común tanto a ella como a la partición de herencia, se seguiría de aquí que la partición por Comisario, en cuanto a una de las operaciones que la integran al menos, tendría carácter contractual, y no sólo esto, sino que podría prescindirse en tal contrato del concurso de los demás herederos distintos al repetido cónyuge viudo.

El obstáculo que de aquí naciera no podría ser salvado ni recurriendo al expediente que pudiera intentarse de que el repetido cónyuge sobreviviente resignare en el Comisario su facultad o derecho a intervenir y consentir en la liquidación de la repetida sociedad para que éste pudiera practicar por sí solo las dos clases de operaciones divisorias a que nos referimos; pues en lugar de quedar zanjadas las dificultades éstas habrían de aumentar al presentarse en

(5) Ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 850.

(6) Ob. cit., tomo V, vol. III, pág. 1.999.

escena esa tan oscura como poco estudiada figura del autocontrato.

Y si contemplamos el supuesto de que el cónyuge supérstite hubiere renunciado a su cuota vidual y a cualquier otro derecho que pudiese corresponderle en la herencia de su fallecido consorte, entonces se daría el contrasentido de que no teniendo interés en la misma como heredero tuviera, no obstante, que practicar en unión del Comisario parte de las operaciones particionales de aquélla (como es el inventario), por el hecho de constituir uno de sus elementos la tan repetida liquidación de la sociedad de gananciales, y alterando también con ello el carácter esencialmente unilateral de las particiones que se estudian.

No, no es posible, por tanto, admitir esa primera proposición del dilema planteado, y dado lo que éstos significan es forzoso por ello aceptar la proposición segunda y, en consecuencia, sostener que las repetidas operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y de la de gananciales son distintas de las de partición de herencia, tanto por los bienes que son objeto de las mismas como en cuanto a las personas que deben practicarlas. Dentro del mismo Código civil existen preceptos con los que poder demostrar lo antes afirmado.

La llamada por una verdadera sinécdoque de tipo jurídico liquidación de la sociedad de gananciales, no la constituye sólo la simple operación jurídico-matemática, empleada a fin de determinar las ganancias o lucros matrimoniales que pudieren existir, sino que lleva como precedente obligado la de la liquidación de la sociedad conyugal, y ambas están integradas por una serie de operaciones análogas a las que forman la partición de herencia, distintas de las de ésta, y que comienzan con un inventario y terminan con la adjudicación de bienes.

Para convencerse de todo ello basta examinar, aunque sea a la ligera, los preceptos que aquel texto dedica a esta materia, o sean los artículos 1.418 al 1.431, insertos en la sección 7.ª, título III del libro IV, cuyas normas llevan, como abreviado epígrafe, el de «De la liquidación de la sociedad de gananciales».

De ellos se desprende todo esto:

1.º Que como primera operación de esa llamada liquidación de la sociedad de gananciales existe la formación de un inventario, que comprende tanto los bienes privativos de uno como del otro con-

sorte (7) que existan o se conserven en la sociedad conyugal y aquellos que les hayan sustituido (cuando se trata de cosas específicas), como los comunes o llamados «de origen ganancial». Es por tanto dicho inventario, en cuanto a su contenido, más amplio o extenso y distinto al que haya de servir de base a la partición de herencia propiamente dicha.

2.º Que las liquidaciones son también distintas a las que haya de provocar después la partición de herencia, pues han de deducirse, para su pago posterior, en primer lugar, las aporaciones de la mujer por parafernales y dotales; después las «deudas, cargas y obligaciones» de la sociedad, y en último término si existen bienes suficientes, la aportación marital.

3.º Que también pueden existir los aumentos por colación, que nada tienen que ver con las colaciones de la partición de herencia ni responden a finalidades idénticas. Y que por último han de dividirse las ganancias líquidas, que puedan resultar, entre marido y mujer, o el uno y los herederos del fallecido.

Todas esas operaciones, desde el inventario a las adjudicaciones en pago de los respectivos haberes, tanto al viudo o viuda como a los extraños, son realmente distintas e independientes a las que haya de comprender luego la partición de herencia del fallecido. Esta herencia ha de surgir como una consecuencia de la citada liquidación de la sociedad de gananciales, ya que la han de formar los mismos bienes aportados por el cónyuge fallecido o en su caso los que hubiere podido recibir como equivalentes de entre los que existan en la sociedad conyugal y su mitad en los lucros o ganancias y por exclusión, y ya en concreto, integrarán la repetida herencia aquellos bienes de la sociedad conyugal que dejaron de adjudicarse al cónyuge sobreviviente y demás personas que hubieren recibido en pago bienes de aquélla; pues no es preciso añadir que en la liquidación de la repetida sociedad de gananciales no es necesario adjudicar bienes al cónyuge fallecido por los dos conceptos expresados, ni tampoco formulariamente a su herencia o testamentaria, ya que según una conocida jurisprudencia dichos bienes pasan o se transmiten directamente a sus respectivos herederos, a quienes después se les adjudiquen en la partición.

(7) No es práctica recomendable a mi juicio, como a veces se acostumbra, la de excluir los bienes inmuebles propios del cónyuge viudo.

También algunos autores estiman como distintos dichos negocios jurídicos de liquidación de sociedad de gananciales y de partición de herencia.

El citado ROCA SASTRE (8) considera la liquidación y adjudicación de la comunidad ganancial disuelta como un acto previo y distinto al de la partición de herencia.

Esta autorizada opinión encuentra además su apoyo en lo mantenido reiteradamente por nuestro Centro directivo. Así lo comprueba la Resolución de 14 de marzo de 1903, en la que aquél dijo que la simple facultad de hacer la partición de herencia es acto distinto de la liquidación de la sociedad conyugal.

En las de 26 de febrero de 1906 y 6 de marzo de 1923, también el mismo Centro tiene declarado que la liquidación de la sociedad conyugal afecta a intereses y derechos distintos de los que constituyen el caudal propio del causante.

En la de 11 de septiembre de 1907 se sienta que la repetida liquidación y división de la sociedad de gananciales es una operación previa e indispensable para determinar el verdadero caudal partible del causante de la sucesión.

Y por último existe otra Resolución, cuyo examen hemos dejado para este lugar por ser la más perfecta y definitiva en este aspecto, como es la de 7 de marzo de 1914, en la que se sienta de un modo claro y rotundo que hay que distinguir entre la citación al solo efecto de inventariar los bienes relictos, la liquidación de la sociedad de gananciales con el cónyuge supérstite y la partición propiamente dicha del caudal hereditario, «POR SER ACTOS JURIDICOS SEPARABLES y de antecedentes y consecuencias distintos».

Creo que con lo que antecede queda suficientemente demostrado lo que nos propusimos. Y si ello es así, ¿por qué los expertos en las prácticas particionales siguen empeñados, erre que erre, en seguir reiteradamente mezclando y hasta confundiendo, esto en parte, lo que debiera aparecer perfectamente discriminado, como es, de un lado, la repetida liquidación de la sociedad de gananciales (mejor sería llamarla partición de bienes de la sociedad conyugal), y de otro, la partición de herencia?

Sin duda que ello obedece a un deseo de simplificación o a un ahorro de trabajo; pero en verdad no debiera seguirse tal sistema,

(8) Obra y tomo citados, pág. 476.

en todo caso por estas consideraciones: Es cierto que cuando son las mismas las personas interesadas en ambas clases de particiones, y cuando además son los herederos y el cónyuge sobreviviente (sea o no éste también heredero) los que las realizan o practican, es indiferente que se hagan aquéllas al mismo tiempo o en el mismo documento, o por el contrario, separadamente, siempre que se observen las normas atinentes a las unas y a las otras y que además resulten con claridad los distintos conceptos por los que se forman los respectivos haberes de cada interesado y sus correspondientes adjudicaciones en pago. Pero no debiera procederse así en los casos, frecuentes en la práctica, objeto de nuestro estudio, de partición de herencia hecha por Comisario con liquidación de la sociedad de gananciales, ya que su formulación conjunta provoca complicados problemas y dificultades que pudieran evitarse, alguno de los cuales vamos a poner de relieve a continuación.

Citación para inventario.—Deben estudiarse, aunque sean brevemente, estos puntos: Objeto o finalidad; su importancia, su forma y necesidad o no del nombramiento de defensor en los supuestos que serán presentados.

Vimos cómo según el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, cuando esté interesado en la herencia algún heredero menor de edad o sujeto a tutela, el Comisario, contador-partidor, ha de inventariar los bienes de aquélla con citación de los acreedores, coherederos y legatarios.

No nos explican los autores cuál sea la finalidad perseguida con tal citación; pero parece indudable que en cuanto a los menores o incapacitados no es más que una garantía establecida en su beneficio o interés. En cuanto al Comisario, constituye una limitación, que se le impone al ejercicio del cargo, y en cuanto a la partición, un requisito, sin el cual no puede admitirse como válidamente practicada.

Constituye, por tanto, una invitación obligada para el Comisario, dirigida a ciertas personas para que asistan, si así lo estiman oportuno, a la práctica del inventario, como primera operación y una de las más importantes de la partición de la herencia.

No expresa el Código, tan parco en esta materia, en qué haya de consistir tal asistencia.

Desde luego ha de ser, al menos, para que presencien la práctica

del repetido inventario. Así se desprende, por analogía, con lo dispuesto por el mismo texto (artículo 1.010) para el caso de formación judicial de inventario en los supuestos de aceptación de herencia a beneficio de inventario, o por haberse ejercitado el otro beneficio, llamado derecho de deliberar. Este es el criterio de nuestro Centro directivo, al decir en la Resolución de 4 de noviembre de 1935 que el fin de esa citación es el de que los sucesores conozcan el patrimonio en que han de participar, su cuantía y composición.

El Código sólo exige la citación ; pero no obliga a comparecer a los citados, ni esta comparecencia la considera como requisito inexcusable. Sin duda quiso evitar todo obstáculo a dichas particiones, ya que, como dice la Resolución de 6 de marzo de 1923, de estimarse necesaria aquella comparecencia se entorpecerían en grado sumo las operaciones particionales, y se echaría sobre los interesados (que pueden vivir lejos del lugar en donde se realice el inventario, o tener en el mismo reducido interés), una carga desproporcionada.

La comparecencia de los citados no se ha de limitar al simple acto de presencia ; nada se opone, a mi juicio, a que puedan hacer al Comisario las indicaciones o sugerencias que crean oportunas, así como solicitar del mismo la inclusión o exclusión de determinados bienes o deudas cuando así lo estimen preciso. Tampoco puede privarse al Comisario del derecho a solicitar de los interesados los antecedentes, documentos o noticias que considere necesarios tanto para la formalización del inventario como para cualquiera de las demás operaciones de la partición ; ahora bien, en lo que hay que tener sumo cuidado en esta clase de particiones por Comisario es en no confundir la intervención de los herederos con los convenios, pactos o contratos que puedan celebrar con los contadores y aquéllos entre sí, ya que ellos, según vimos, les hace cambiar de naturaleza, convirtiendo la partición por Comisario, acto unilateral, en partición contractual entre herederos, con las consecuencias que de una y otra derivan.

Algo de esto fué lo ocurrido en el caso resuelto por la citada Resolución de 15 de julio de 1943. Como contra la doctrina sentada por la misma se ha lanzado cierta censura, a mi juicio injustificada, conviene detenerse brevemente en el examen de aquélla y de la crítica formulada, con lo que al mismo tiempo romperemos una lanza en defensa de tal Resolución, en la que en cierto aspecto fué el que expone parte interesada por razón de su profesión.

El caso resuelto fué el siguiente: La persona que causó la herencia tenía otorgado testamento, el vigente, en que instituyó herederos, por iguales partes, a sus cinco hijos, sin perjuicio de la cuota viudal de su esposo, que le sobrevivió. Nombró en él, además, dos Comisarios. Estos formalizaron el cuaderno particional, y por ser menor de edad uno de los hijos practicaron las correspondientes citaciones para el inventario, y por lo que toca al menor la hicieron al cónyuge viudo, como padre y representante legal del mismo, cuyo cónyuge, según manifestaron, había renunciado a su cuota viudal y participación en los gananciales. Tanto el inventario como al final del cuaderno firmaron todos los interesados, incluso personalmente la menor, en prueba de conformidad. Y dando después por sentado que se trataba de simple partición de herencia por Comisario, se otorgó el mismo día de la fecha del cuaderno una escritura pública, que llamó el Notario autorizante de protocolización de operaciones particionales, renuncia de gananciales y declaración de obra nueva. En ella comparecieron: los dos Comisarios, dando por firmemente cumplido su encargo; el viudo, para renunciar solemnemente su legítima y su participación en los gananciales, y solo dos, de los cinco hijos, para declarar el edificio por ellos construido sobre la finca que en el cuaderno particional (de la misma fecha, como se dijo), y según su inventario, figuraba sólo como solar.

A pesar de haberse considerado tal partición como hecha por Comisario en acto unilateral, ello no podía ser aceptado, por las consideraciones que siguen:

En la base cuarta de la partición se dice que «HAN CONVENIDO LOS HEREDEROS» deducir determinada cantidad del importe de las deudas, y en cuanto al resto, adjudicar a uno de los herederos determinados bienes para que los enajene y pague tales deudas.

En la quinta se añade que el viudo e hijos se proponen suscribir el cuaderno particional, prestando su conformidad.

En la sexta se dice «DECLARAN LOS HEREDEROS que no existen donaciones colacionables».

En la hijuela de una de las hijas se dice que, habiendo entregado ésta a sus dos hermanos, que cita, ciertas cantidades, que indica, queda nivelado su haber.

Y por último, la firma del cuaderno particional la hacen los herederos y Comisarios, poniendo por antefirma los términos de «ASÍ LO DISPONEN Y OTORGAN».

De todo lo que antecede, revelador de los acuerdos y estipulaciones llevados a cabo entre Comisarios y herederos, y de éstos entre sí; dedujo nuestro Centro directivo que no se trataba de partición por Comisario sino contractual.

Y si ello es así no era bastante la escritura calificada de simple protocolización, sino otra en que intervinieren todos los herederos y ratificasen lo convenido en el cuaderno particional.

El autor citado, GÓMEZ MORÁN, impugna el criterio sentado por la reseñada Resolución, en la que dice (9) «que si bien se autoriza a los herederos para aprobar las particiones hechas por contador, se les prohíbe, en cambio, intervenir en ellas», y más adelante, en la misma obra (10), califica la doctrina de la repetida Resolución de algo curioso, en que se contradice el espíritu y aun el texto de algunas Sentencias del Tribunal Supremo, y que en ella se declara «que las particiones en que intervienen los herederos, cuando hay contador, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad».

Estimo injustificadas las censuras de tan competente autor, pues es fácil comprobar que en el caso de tal Resolución se trataba de partición de herencia, hecha conjuntamente por el Comisario y los herederos en un cuaderno particional, y que por ello la escritura subsiguiente no podía ser de simple protocolización de partición, sino de ratificación de operaciones particionales y elevación al mismo tiempo a documento público del dicho cuaderno, en la que tenían que intervenir todos los herederos, y no sólo dos de los cinco que existían.

La repetida citación para inventario es considerada por la jurisprudencia como un requisito esencial de la partición de que se trata y sin el cual no puede aquélla producir sus respectivos efectos (como defecto subsanable consideran la falta de citación las Resoluciones de 22 de julio y 4 de diciembre de 1912, y 18 de agosto y 21 de diciembre de 1909).

En cuanto a la forma de hacerla o de justificar tal extremo, no se le ha dado nunca gran importancia por la jurisprudencia.

Es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado parece exigió se justificare en forma auténtica en las Resoluciones de 18 de agosto y 21 de diciembre de 1909, y en la de 22 de julio de 1912; pero fué por circunstancias muy justificadas, y por

(9) Obra citada, pág. 286.

(10) Pág. 288.

tanto no es posible admitir, como cree algún autor, que el mismo Centro rectificó después su criterio. Ha de tenerse en cuenta todo esto: Que en la primera Resolución si bien el Comisario afirmó había existido la citación, esto fué contradicho después por la comparecencia de un interesado ante el Presidente de la Audiencia Territorial en diligencia, para mejor proveer en trámite del recurso gubernativo; en el caso objeto de la segunda Resolución, no se expresaba en el título particional la edad de los herederos y, por tanto, no constaba la referida citación, y en el de la tercera de las citadas no se expresó siquiera que la citación se hubiera realizado.

En otras Resoluciones, la de 30 de abril de 1917 y 6 de marzo de 1923, admite la misma Dirección que basta que el Comisario manifieste en la partición que la repetida citación la había realizado.

La práctica más frecuentemente seguida es la de que los interesados reconozcan A POSTERIORI que habían sido citados; se apoya en las Resoluciones de 2 de agosto de 1909 y de 7 de marzo de 1914, entre otras.

Pero es claro que el Comisario que quiera quede constancia del cumplimiento fiel de sus obligaciones, en este punto tendrá que constatar la citación en forma auténtica, judicial o extrajudicialmente. Creo más adecuada la forma del acta notarial, y que en cuanto a los que deban ser citados residentes fuera del lugar pudieran emplearse el sistema de correo certificado, con acuse de recibo, con la intervención notarial que autoriza el artículo 202 del Reglamento Notarial. Además, en cuanto se trate de interesados de ignorado paradero o de domicilio desconocido, deberá emplear el Comisario la forma de edicto publicado en los sitios de costumbre.

No es preciso añadir que la citación, en cualquiera que sea su forma, deberá expresar lugar y fecha de la práctica del inventario.

No debe insistirse más en estos puntos. El que sí tiene un gran interés, porque a mi juicio no se planteó nunca en sus adecuados y justos términos, es el relativo (ya enunciado al principio) al nombramiento del defensor judicial.

Para intentar, si no resolverlo, al menos plantearlo y estudiarlo en la forma debida, es necesario comenzar por hacer una previa y fundamental distinción de supuestos, como es la siguiente:

A) Que el Comisario y el cónyuge viudo hagan la liquidación de la sociedad conyugal, Y AL MISMO TIEMPO, EN EL MISMO DOCUMENTO,

aquel Comisario practique por sí solo la partición de herencia del consorte fallecido.

Es lo que siempre se viene haciendo en estos casos, y ello puede realizarse bien previamente en el llamado cuaderno particional o ya directamente en escritura pública, sin que la preceda el dicho cuaderno.

B) O por el contrario, que el mismo Comisario realice por sí solo la partición de herencia, pero DESPUÉS Y SEPARADAMENTE de haber practicado con el cónyuge supérstite la liquidación de la repetida sociedad conyugal y de gananciales.

A este supuesto hemos de equiparar después aquellos otros en que la liquidación de dicha sociedad no sea precisa, por estas o aquellas circunstancias, y los en que el causante de la sucesión no estuviere casado en el momento de su fallecimiento, o no rigiera la sociedad de gananciales.

En el primer supuesto, o sea el de la letra A), si entre los herederos existe alguno de menor edad sometido a la patria potestad del cónyuge viudo, es indudable que ha de nombrarse al menor un defensor judicial para que ostente sus derechos en la citación para formación del inventario y pueda concurrir en su nombre a la práctica de éste, y ello por entenderse existe entre padre o madre e hijo incompatibilidad de intereses.

Este es el firme y racional criterio de la jurisprudencia de nuestro Centro directivo, que después será examinada. Pero es que entiendo que, además de ello, una técnica depurada, al igual que una rigurosa jurisprudencia, podría estimar que esa partición carece de eficacia jurídica alguna sino la aprueban los demás herederos distintos al cónyuge sobreviviente, y que independientemente de ello necesitaría también ser sometida a la aprobación judicial.

En efecto; por mucha que sea la pericia del Comisario o sus asesores, y por mucha habilidad y perspicacia que desarrollen haciendo distingos, salvedades, advertencias y equilibrios tendentes a demostrar que la liquidación de la sociedad dicha la otorgaron el cónyuge viudo y el Comisario, y que en cambio las operaciones propias de la partición de herencia las practicó el Comisario por sí solo, siempre quedará un algo al descubierto encargado de contradecir aquellas afirmaciones. Me refiero al inventario. No pueden ocultar, en efecto, que se practicó un solo inventario común para la liqui-

dación de la sociedad de gananciales y para la partición de herencia. Al servir para la primera tuvo por fuerza que ser otorgado por contrato (como todas las operaciones de la misma) entre el cónyuge viudo y el Comisario; pero como al mismo tiempo fué el inventario de la partición de herencia, no puede ya sostenerse después que esa primera operación, la más importante de ésta, la realizó el Comisario por sí solo; luego se trata de partición hecha, aunque sea parcialmente, por el Comisario y uno de los herederos (el cónyuge viudo), y de aquí se desprende no sólo que para su eficacia deben intervenir todos los demás herederos, sino que al estar uno de ellos (como tendría que estarlo) representado por el defensor judicial, y al ser partición contractual y no por Comisario, debería ser sometida a la aprobación judicial.

Y si se pretendiera afirmar que ese único inventario es exclusivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, entonces no se precisaría la citación de los herederos para la práctica de aquél, ya que todas esas operaciones de la liquidación dicha las realizan por sí solos el Comisario y el cónyuge viudo, según se demostró antes.

Contemplemos ahora el segundo supuesto, el de la letra B). El Comisario y el cónyuge viudo practican todas las operaciones de las llamadas liquidación de la sociedad conyugal y de la de gananciales. Ello pueden efectuarlo con separación o independencia de las operaciones propiamente dichas de partición de herencia de acuerdo, según vimos con el criterio de la jurisprudencia. Y pueden, además, consignarlo bien en el llamado cuaderno particional o bien en otro separado, o directamente en escritura pública.

Y supongamos que después el Comisario, ya por sí solo, sea en documento aparte o bien en aquel cuaderno particional; pero a continuación y separadamente de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal, extiende una diligencia, haciendo constar que da comienzo a las operaciones particionales de la herencia, y que existiendo menores o incapacitados ha de proceder a citar, para inventario, a todos los herederos, acreedores y legatarios, para que comparezcan, si lo desean, a la práctica de aquél. Y si entre aquellos herederos o legatarios hay algún menor de edad sometido a la patria potestad del cónyuge viudo, también heredero por su cuota vidual, ¿habrá aquí que proceder a nombrar un defensor judicial a dicho menor por la supuesta incompatibilidad de intereses y al solo efecto de dicha citación?

Creo que procediendo con alguna lógica habrá que contestar negativamente a tal pregunta.

Debemos, en efecto, tener presente todo esto :

De un lado, que la llamada liquidación de la sociedad de gananciales no comprende sólo la formación de haberes o la determinación numérica de lo que corresponde a cada cónyuge y demás interesados o acreedores, sino que es una partición y reparto total y completo de los bienes de todas clases que existieren en la disuelta sociedad conyugal y de gananciales, y que abarca desde el inventario hasta la adjudicación total de todos los bienes, tanto al cónyuge viudo como a los terceros acreedores, o sea, a los extraños a la sociedad conyugal y al mismo cónyuge fallecido. Ahora bien, si a éste, o mejor, a su herencia o testamentaria, no se hace la correspondiente adjudicación, es por estimarse innecesaria, ya que según se dijo antes la jurisprudencia hipotecaria tiene establecido no ser preciso la adjudicación previa (ni menos la inscripción previa en el Registro, en cuanto a bienes inmuebles), por entenderse que tanto los bienes que pudieren corresponderle por su haber gananciales como por sus aportaciones (aunque fueren distintos a los que aportare) PASAN directamente a los respectivos herederos, o quienes después se lleguen adjudicar en la partición de su herencia. Mas esto no obsta a que pudieren hacérsele a dicho cónyuge fallecido o a su herencia o testamentaria las correspondientes adjudicaciones de bienes, aunque lo fuesen formulariamente y al solo efecto de dejar completas las operaciones de liquidación de que se trata.

Aun no haciéndose esa innecesaria adjudicación, la determinación o concreción de los bienes que después han de integrar la herencia del cónyuge fallecido, como ya antes quedó advertido, no es más que una secuela del inventario y demás operaciones de la repetida liquidación de la sociedad conyugal, ya que surgen por exclusión y tienen por fuerza que ser aquellos del inventario o aquella parte de ellos (en caso de división o segregación material) que dejaron de adjudicarse, por ser los que hubieren pertenecido al cónyuge fallecido.

Y si en otro aspecto tenemos en cuenta que todas las operaciones de la repetida liquidación de la sociedad conyugal las practicaron exclusivamente, de un lado y en su propio nombre, el cónyuge viudo, como consocio o comunero, y de otro el Comisario en representación del causante de la herencia y como si interviniera éste (según

el criterio de la Resolución de 29 de enero de 1908), y si se añade a ello que a ninguno de ellos se puso limitación o cortapisa alguna por razón de un posible perjuicio que pudiere causarse a algún heredero menor de edad o incapacitado, ¿cómo pretender después, por una supuesta incompatibilidad de intereses y un posible perjuicio para los del menor, poner limitaciones o declarar incapaz a aquel cónyuge para poder representar a sus hijos menores en los actos de la citación para el inventario y en el de la comparecencia ante el Comisario para presenciar la práctica de aquél? Sería, en verdad, un absurdo y, por tanto, inadmisibile. Practicado lo más y que en realidad es donde se acusaba mejor el peligro que corrían los intereses del menor, no tiene explicación racional que después, para lo menos, o sea al solo fin de presenciar el inventario de la herencia, que según vimos no es más que una indeclinable consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, haya de proveerse al menor de un defensor y que no pueda intervenir ya por él su padre o madre.

Consideremos ahora otros supuestos, que cabría llamar netos de partición de herencia por Comisario, o sea aquellos en que no hay, que formalizar la liquidación de la sociedad conyugal y de ganancias, bien porque el causante de la herencia no estuviere casado; porque rigiera el sistema de separación de bienes o por otra cualquier causa.

Es un hecho que no puede desconocerse el de que la práctica cotidiana con rara unanimidad viene considerando preciso el nombramiento del defensor judicial aun en dichos supuestos de partición de herencia por Comisario cuando existen herederos menores sometidos a la patria potestad del cónyuge viudo, también heredero por su cuota viudal. Fúndase aquella práctica en la supuesta incompatibilidad de intereses, y con ello se cree acatar la jurisprudencia de nuestro Centro directivo. Mas estimo que es necesario un examen, aunque sea breve, de las Resoluciones recaídas en este punto.

Es cierto que en las que en seguida se reseñarán, y que son las únicas que he podido encontrar, reconoció nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado la necesidad de que se nombrase el citado defensor judicial y que se le citare para la práctica del inventario; pero deben ser observadas las circunstancias concurrentes en los casos resueltos.

De las de 5 de octubre de 1906 y 22 de julio de 1912, aparece que el Comisario y el viudo solos, conjuntamente y al mismo tiempo,

practicaron la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia.

Del estudio de la de 4 de diciembre de 1912 resulta que la viuda, uno de los Comisarios y un acreedor del finado practicaron también conjuntamente los tres y al mismo tiempo la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de herencia, y que a pesar de ello se dijo que la viuda fué citada para el inventario, a más de por sí, en nombre de sus hijos menores.

Y por último, en el caso sobre que recayó la Resolución de 13 de mayo de 1916, los Comisarios y el viudo, por sí solos, y también conjuntamente, practicaron tanto la liquidación de la sociedad conyugal como la partición de herencia. Consta, además, que el viudo renunció a su cuota vidual, no así a sus aportaciones y parte en los gananciales, en pago de cuyos haberes le fueron adjudicados bienes. Se otorgó la correspondiente escritura de aprobación y HALLÁNDOSE PRESENTES los cuatro hijos y herederos, todos menores de edad; pero una, casada y asistida de su esposo, manifestaron que habían sido citados oportunamente para inventario, extremo éste que también confirmó el viudo en nombre de sus tres hijos, que no estaban emancipados.

La doctrina sentada por la Dirección en las examinadas Resoluciones no puede ser más lógica; en todos los casos resueltos el cónyuge viudo había intervenido en la partición de herencia de su fallecido consorte, CONTRATANDO en nombre y en interés propio, y por ello el Centro directivo estimó que no podía, además, llevar en el mismo contrato la representación legal de sus hijos menores sometidos a su patria potestad, ni actuar, por tanto, en nombre e intereses de ellos, ya que entre unos y otros intereses existía la natural o humana incompatibilidad o antagonismo; era, por tanto, necesario que en tales casos se hubiere recurrido a nombrar el correspondiente defensor judicial de los menores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil (11).

Pero entre el supuesto de que el cónyuge viudo intervenga en unas operaciones particionales como parte CONTRATANTE y aquel otro en que sólo interviene en la formación del inventario, que realiza otra persona, no él, y en el que actúa no pactando o estipulando,

(11) Algo análogo ocurrió en los casos de las Resoluciones de 17 de julio de 1915 y 1 de octubre de 1921, habiendo apreciado en ésta, la Dirección, un acto de enajenación.

sino como EXPECTADOR, con voz, pero sin voto, puede decirse, existe una PROFUNDA DIFERENCIA, que no puede despreciarse ni pasarse por alto.

Para resolver la cuestión planteada hay que presentar el problema de que se trata con toda nitidez y aislado de cualquier otro. Esto es considerar el solo supuesto de una simple partición de herencia, que ha de realizar por sí solo el Comisario nombrado por el testador, en la que está interesado como heredero un menor de edad sometido a patria potestad y cuyo padre o madre, que la ejerce, también es heredero. Al tener que citar el Comisario para la formación del inventario al menor y a su padre o madre indicado, hay que resolver si éste puede actuar por sí y además por su hijo, a quien legalmente representa, tanto en la citación para dicho inventario como en la concurrencia al mismo, si se decide a intervenir, ya que es potestativo.

La solución depende, a su vez, de tener que resolver previamente si entre padre e hijo, en tal caso, existen intereses idénticos o análogos, o iguales aspiraciones, por ser los del uno y los del otro intereses meramente coincidentes o concurrentes, o por el contrario, si se trata de intereses contradictorios o antagónicos, y por ello puede darse la oposición o colisión entre los mismos. De la conclusión a que se llegue dependerá la necesidad o no del nombramiento del defensor judicial.

No existe norma o precepto alguno que aclare con carácter general cuándo son y cuándo no incompatibles los intereses del padre y del hijo.

Tampoco conozco Resolución alguna sobre el caso concreto de la partición por Comisario de que se trata.

Existen, en verdad, algunas de nuestro Centro directivo en que se resolvió que no había conflicto de intereses, por ser éstos idénticos (la de 17 de julio de 1903), o por tratarse de pretensiones de idéntica finalidad (31 de mayo de 1909), o porque se advirtiera identidad de aspiraciones (6 de julio de 1917). Pero como indicamos, ninguna se refiere especialmente a nuestro supuesto.

A pesar de esta carencia de elementos o antecedentes precisos para resolver tal cuestión, existe algo de gran importancia y que es de gran utilidad para el fin que perseguimos.

El maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con su indiscutida autoridad, para que pudiera distinguirse entre CONCURRENCIA y OPOSICIÓN de

intereses, sentó la regla siguiente (12): «Existirán *intereses opuestos* en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales, que sino fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo.»

Tratemos de aplicar a nuestro caso esa tan sabia norma doctrinal. Creo que debemos comenzar por descartar o desechar la mera citación para el inventario. No sólo se trata de una diligencia puramente formularia en la mayor parte de los casos, sino que en sí mismo es siempre perfectamente inocua. Además, no creo sea lícito entorpecer la actuación del Comisario o contador-partidor por una simple sospecha de contradicción de intereses, y con menor motivo si se tiene en cuenta que los citados para el inventario pueden luego asistir o no al acto para el que se les invitó. Por análogas razones tampoco es admisible pueda quedar en suspenso la función de partir aludida mientras se provee al menor por sus familiares del defensor judicial, ni menos que se pretenda obligar al Comisario a que realice por sí mismo las gestiones judiciales pertinentes a tal fin.

Situémonos ya en el momento de la formalización del inventario. Para poder sostener que en él se puede presentar la colisión de intereses, entre los del padre y los del hijo constituido en su patria potestad, sería preciso se nos demostrase previa y cumplidamente que de la sola intervención del padre, en la doble representación, pudiera resultar una atribución directa o indirecta de bienes al mismo que llevare como consecuencia un posible beneficio para el padre en tanto en cuanto el hijo representado sufriere un correlativo perjuicio.

Pero es fácil observar que tanto ese inventario como las demás operaciones de la partición hereditaria de que se trata las realiza por sí solo el Comisario y que por ello no es al repetido padre (o madre) a quien corresponde la «decisión normal» del asunto. Luego no existiendo siquiera la más remota posibilidad u ocasión de que el padre pueda, como vulgarmente se dice, «arrimar el ascua a su sardina» no se ve por parte alguna el conflicto de intereses ni menos el posible perjuicio para los del menor. Huelga, por tanto, el nombramiento e intervención del Defensor judicial.

Se trata, por tanto, de concurrencia de intereses, y, como afirma el autor citado, la simple coincidencia de intereses no autoriza para

(12) «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil. El Defensor judicial», tomo III, págs. 250 y siguientes.

solicitar el nombramiento de un defensor, ya que en múltiples supuestos, añade, la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna que un motivo de recusación.

Tampoco puede darse en la intervención de que se trata un supuesto de autocontratación que reclamare el nombramiento del repetido defensor según el mismo citado don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

JUAN RUIZ ARTACHO

Registrador de la Propiedad.

La enajenación de los bienes municipales

I. INTRODUCCION

La obligación de calificar que impone a los Registradores el artículo 18 de la Ley Hipotecaria les puede llevar—y les lleva en ocasiones—a caminar por las poco conocidas sendas del Derecho Administrativo, cuando en aquellos documentos que se les presentan ha intervenido de una u otra manera una persona jurídico-pública. El estudio de estos problemas ofrece un interés práctico extraordinario, si tenemos en cuenta que la preparación fundamentalmente iusprivatista de aquellos funcionarios les ha hecho olvidar, por lo general, la teoría del Derecho público. Una prueba evidente de ello está en la conocida obra de ROCA SASTRE en la que, sin duda alguna, sus capítulos más endebles son aquellos que se refieren al estudio de alguno de estos problemas. De aquí que me permita llamar la atención sobre ello, ya que el intervencionismo cada día mayor de las Entidades públicas tendrá como consecuencia que entre los documentos que se nos presenten a calificar sea cada vez mayor el número de los teñidos por el matiz jurídico-público al que me he referido (1). Y sólo una preparación adecuada nos permitirá denegar

(1) La actividad registral, en cuanto que constituye una función administrativa está sometida al Derecho administrativo; ahora bien, se trata de una actividad administrativa, que se refiere al Derecho privado, normalmente, ya que tiende a legitimar los actos inscritos (Cfr. mi trabajo «Naturaleza del procedimiento registral», en esta Revista. Sept. 1949). Pero este contenido de los actos pueden ser de Derecho administrativo. En este sentido se señala la vinculación entre el Registro y este Derecho en el texto. No me refiero aquí a la regulación administrativa del Registro, de la que me ocuparé en un trabajo de próxima publicación que llevará por título «El Registro de la Propiedad como servicio público».

la inscripción de aquéllos en que la Administración ha infringido normas de esencial cumplimiento, contribuyendo a la elevada tarea de garantizar el sometimiento de la Administración al Derecho.

II. IDEA GENERAL

A. LAS PERSONAS JURÍDICO-PÚBLICAS.

1. Fué la doctrina del Estado de Derecho la que, al proclamar el principio de la sumisión del Estado a la norma jurídica, introdujo el concepto de persona jurídica en el Derecho público. Si el Estado, en sus relaciones con sus súbditos, está sometido al Derecho —sus relaciones son relaciones jurídicas—, debe ser considerado persona, no sólo en su aspecto patrimonial sino en su consideración total. Ahora bien, al elaborarse esta idea, y como consecuencia de los principios de la Revolución francesa, es cuando se realiza plenamente la idea de centralización política. Por eso, en los Manuales clásicos de Derecho administrativo se estudia únicamente la personalidad del Estado. Como ha dicho JORDANA DE POZAS, «no existiendo legalmente otra entidad dotada de independencia y fines públicos que el Estado, no había más Administración pública que la del Estado, y a ella había de referirse la ciencia del Derecho administrativo». Si aun se habla de Municipios y Provincias, no se les consideraba como entidades distintas del Estado; en nuestros textos reguladores del régimen local tenemos no pocos ejemplos de esta corriente.

2. Pero pronto se observa una nueva tendencia. No sólo se van a reconocer como entidades propias a las locales, sino que junto a las entidades administrativas territoriales van a surgir unas nuevas entidades, las llamadas institucionales o corporativas, como consecuencia del incremento extraordinario de los fines estatales y de la imposibilidad de ser realizados adecuadamente por él (2). A esta

(2) JORDANA DE POZAS: «Las Corporaciones profesionales en el Derecho administrativo anterior a la Dictadura», en *Rev. de la Facultad de Der. de Madrid*, 1942, pág. 20 y ss. sobre estas Entidades, vid., en Derecho español: LOPES RODO: «Corporaciones de servicios», en *Rev. Gral. de Leg. y Jurisprudencia*, 1943, pág. 524 y ss. PÉREZ BOTIJA: «Problemas de Administración corporativa», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, página 91 y ss.; VILLAVICENCIO: «Modificaciones sustantivas en la legislación

nueva descentralización se le ha llamado descentralización por servicios (3), no encontrándose recogido su régimen jurídico en un solo texto legal, sino disperso en preceptos diversos. Consecuencia de esta doctrina es que los Manuales de Derecho administrativo, en vez de estudiar bajo la rúbrica «personalidad de la administración», únicamente al Estado, se ocupan de los distintos sujetos que llevan a cabo la actividad administrativa, de las personas jurídico-públicas.

B. LOS MUNICIPIOS.

1. Entre las personas jurídico-públicas están los Municipios. En el artículo 6.º de la vigente Ley de Régimen Local (en lo sucesivo citaré L. R. L.), se dice: «para el cumplimiento de sus fines, los Ayuntamientos... en representación de los Municipios... tendrán plena capacidad jurídica, con sujeción a las leyes. En consecuencia, podrán adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras y servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes», de conformidad con el principio general que se contiene en el artículo 38 del Código civil (4).

2. Por tanto, los Municipios tienen capacidad, que dicho artículo llama «plena», si bien, como luego veremos, no puede en realidad considerarse así, ya que capacidad plena, dentro del Derecho público, únicamente la tiene el Estado; las demás entidades tienen limitada su capacidad y están subordinadas al Estado en relación de «tutela» (5). Pues bien, de todos los problemas que plantea la

de Arrendamientos urbanos», en *Anuario de Derecho civil*, t. II, fasc. III, página 1.078 y ss. En la doctrina extranjera, entre la copiosísima producción sobre el tema, puede citarse: CIOFFI: «Caratteri distintivi degli enti pubblici minori», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1932, pág. 346; VIRRA: «Les personnes morales de droit public en France et en Italie», en *Melanges Hauriou*, 1909, pág. 805; KARADGE ISKROW: La personne juridique publique», París, 1934, y, últimamente, un interesante trabajo, rico en bibliografía, que viene a recoger la posición ya mantenida por JELLINEK en el siglo pasado, es el de LIONELLO R. LEVI: «La persona giuridica pubblica», en *Rivista trimestrale di Diritto pubbl.*, año I, núm. 3 (1951), pág. 588 y ss.

(3) ROYO VILLANOVA, A. y S.: «Elementos de Derecho administrativo», ed. 1950, t. I, pág. 300 y bibliografía que allí se cita.

(4) Como después se indica, la legislación desamortizadora fué declarada inaplicable a los Municipios.

(5) Ya el art. 7.º de la L. R. L. afirma que «en las materias que la

capacidad de estas entidades municipales, en el presente trabajo únicamente voy a referirme a uno de ellos: el relativo a la enajenación de sus bienes; es decir, a aquellos casos en que del patrimonio de un Municipio sale un bien y pasa a ser propiedad de persona distinta. No me refiero al caso contrario en que el patrimonio de un Municipio se vea incrementado por un bien que antes pertenecía a persona distinta, posibilidad que no puede hoy discutirse. Ya la Ley de autorizaciones de 2 de marzo de 1917 suspendió las Leyes desamortizadoras en beneficio de los Ayuntamientos y Diputaciones; el artículo 5.º del Estatuto municipal dispuso: «Quedan derogadas las leyes desamortizadoras en cuanto se refiere a los bienes de los Municipios y de las Entidades locales menores»; también la Ley municipal de 1935, en su artículo 3.º, después de establecer el principio general de capacidad, deroga expresamente «las leyes desamortizadoras en todo cuanto se refiere a los bienes de las entidades municipales, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Hacienda pública», y la L. R. L. ya hemos visto que reconoce, en general, la capacidad de adquirir.

3. Pues bien; la enajenación de los bienes municipales puede tener lugar:

a) A título gratuito: donaciones, que únicamente podrán hacerse a «Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término y previa autorización del Ministerio de la Gobernación» (artículo 189, 2.º).

b) A título oneroso, que es el supuesto normal, y puede ser:

a') Recibiendo dinero a cambio: **venta**.

b') Recibiendo otra cosa equivalente: **permuta**.

Por consiguiente, los contratos civiles (6) que pueden servir de

ley no confíe expresamente a la exclusiva competencia de los Municipios y las Provincias, actuarán unos y otras bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación». Como ha dicho ROYO-VILLANOVA (S.): «El espíritu unitario del nuevo Estado se ha manifestado en una mayor intervención del Gobierno en la Administración Local, en el desarrollo de la denominada, con más o menos propiedad, tutela administrativa», en «La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950», en *Revista de Administración Pública*, núm. 4, pág. 289.

(6) No puede ofrecer duda que los contratos que tienen por objeto enajenar o gravar bienes de las Entidades municipales, son contratos civiles, si bien contratos civiles dotados de ciertas especialidades. En efecto, como ha dicho una Sentencia de 30 de octubre de 1909—y es jurisprudencia reiterada—, «es preciso examinar las dos maneras en que los Ayuntamientos

título a la transmisión de la propiedad de los bienes municipales (artículo 609 del Código civil) serán: o el de donación, o el de compra-venta, o el de permuta, siendo aplicable el artículo 1.446 del Código civil para distinguir estos últimos. Fijados los casos concretos de enajenación, he de señalar que no se van a estudiar aquí todos los problemas que plantea en cuanto a bienes municipales se refiere, sino que, teniendo en cuenta que se trata de enajenaciones especiales por razón del sujeto que enajena, se examinarán aquellas

intervienen en sus contratos, ya obrando como parte de la Administración cuando el objeto de aquéllos es el arriendo de los servicios públicos, ya cuando obran como personas jurídicas al contratar, no sobre servicios públicos, *sino sobre cosas de su propiedad*, no siendo en este caso la legislación especial administrativa la que ha de regular el contrato, interviniendo en lo que con él se relacione la jurisdicción ordinaria». Es decir, los contratos sobre bienes municipales están sometidos a la legislación civil ordinaria, con las especialidades contenidas en la L. R. L. que se estudian en el texto de este trabajo (artículo 344, párrafo segundo, Código civil). Y la consecuencia es que la jurisdicción que debe conocer las cuestiones relativas a los mismos no es la contencioso-administrativa, ya que ésta únicamente conocerá de «las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Central, Provincial y Municipal *para obras y servicios de toda especie* (art. 5.º, Ley de lo Contencioso). Sobre este problema la doctrina ha mantenido posiciones muy distintas. Un sector muy importante de la doctrina ha estimado que no hay razón para distinguir entre contratos administrativos y contratos civiles realizados por la Administración, porque todos son contratos civiles. En este sentido, A. GONZÁLEZ, «La materia contencioso-administrativa», Madrid, 1891, pág. 312, y ALFARO, «Tratado completo de lo contencioso-administrativo», Madrid, 1875, pág. 89, en que afirma que «en todos los contratos que la Administración celebra ésta obra siempre como persona jurídica, no debiendo ser, por lo tanto, ninguno de ellos objeto de la vía contencioso-administrativa». El conde de TEJADA DE VALDOSERA, en «Lo contencioso-administrativo», Madrid, 1892, página 68, afirmaba: «Las contiendas que se susciten acerca de los contratos celebrados por el Gobierno o por las Corporaciones que están bajo su tutela, caen, por Derecho administrativo, bajo la acción de los Tribunales civiles. El Estado, que en tales convenios obra como una simple persona moral, como una de las Entidades legales capaces de adquirir, conservar y transmitir la propiedad, carece de facultad de modificar o revocar por sí los derechos que de aquellos actos nacen». GALLOSTRA, sin embargo, mantiene la distinción entre contratos civiles y administrativos, en «Lo contencioso-administrativo», Madrid, 1881, pág. 160 y ss., siendo la posición dominante en la doctrina posterior, con influencia en el Derecho argentino: Cfr. BIELSA, «Derecho administrativo», cuarta ed., Buenos Aires, 1947, T. I, pág. 297. Sin embargo, también se ha defendido que la distinción carece de razón de ser porque todos los contratos son administrativos. ALBI, en «Sustantividad y necesidad de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista Administración y Progreso*, julio 1935, página 427, y «Los contratos municipales», Valencia, 1944, en que recoge y admite la afirmación de DEIGADO Y MARÍN Y ARRIAGA Y DEL ARCO (contenida en «Contratos administrativos», Madrid, 1899, pág. 214 y ss.), según el cual, «todos los actos de la Administración son administrativos,

normas de Derecho administrativo que supongan una especialidad respecto a las normas civiles (7).

III. REQUISITOS SUJETIVOS

A. CAPACIDAD.

1. El estudio de la capacidad para enajenar bienes municipales implica el examinar a qué Entidad la ley confiere tal facultad (8). Si al Municipio o a otra Entidad local. Siendo de un Municipio los bienes que van a ser objeto de la enajenación, parecerá lógico que sea el Municipio propietario de los bienes el que tiene dicha capacidad, según las normas generales antes señaladas.

2. Ahora bien, aun cuando se les reconozca a los Municipios esta capacidad para enajenar sus bienes, dicha capacidad se encuentra limitada por razones de «tutela», exigiéndose en ciertos casos la intervención del Estado para que autorice la enajenación (9).

a) Ya la ley de 1877 exigía la aprobación del Gobernador, «oyen-

sin que sea dable hacer una distinción por razón del objeto entre los contratos que celebra el Estado, calificando a los unos de administrativos y a los otros civiles». Para terminar con esta reseña, citaré a ALCALÁ ZAMORA, quien en su obra «Lo contencioso-administrativo», Buenos Aires, 1943, afirma: «Con la sola excepción tal vez de las concesiones, los demás contratos administrativos son en doctrina unas variantes de los más antiguos y similares civiles, principalmente del arrendamiento, la compraventa y el préstamo, más o menos modificados y a veces combinados. Sin embargo, la Administración ha solido ir lejos en las modificaciones de los preceptos sustantivos, y no se aviene a la igualdad de posición contractual» (página 39). No puedo en este momento entrar a examinar tan sugestivo problema, que sólo me permito dejar apuntado.

(7) Como dice el art. 16 del Código civil, «en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código». Es común estudiar los contratos que van a ser objeto de este trabajo, cuando de compraventa se tratan, dentro de un apartado especial por razón de los sujetos, y se suele limitar las especialidades de estos contratos a la forma. Como se verá, existe alguna especialidad más. Examinaré los requisitos de la enajenación en los supuestos generales, para después aludir, por su importancia, a un supuesto especial.

(8) Así lo considera la generalidad de la doctrina italiana. Otros, sin embargo, denominan a la capacidad competencia en sentido absoluto (en este sentido, ROYO-VILLANOVA).

(9) Sobre tutela en general, MASPETIOL y LAROQUE, «La tutelle administrative», París, 1930; PIRES DE LIMA, «A tutela administrativa nas Autarquias locais», 1940, y GARRIDO FALLA, «Administración indirecta del Estado y descentralización funcional», Madrid, 1950, pág. 176 y ss.

do a la Comisión provincial» (artículo 85), precepto del que se ha dicho que es de los más centralizadores de la ley, y que «los Ayuntamientos, con arreglo a ellos, carecerían de personalidad, y la adquisición, permuta y enajenación de los bienes de los pueblos quedaban en absoluto en poder del Gobernador y del Ministro» (10).

b) El Estatuto municipal atribuía la enajenación a la «exclusiva competencia» de los Ayuntamientos (artículos 150 y 153); pero el Real decreto de 2 de abril de 1930 exigió la previa conformidad del Ministerio de Hacienda, además de atenerse a los requisitos de las disposiciones vigentes. La Ley municipal de 1935 derogó virtualmente las normas de este Decreto, atribuyendo la enajenación a la competencia de los Municipios, y exigiendo en ciertos casos el *referéndum*, que fué sustituido por el Decreto de 25 de marzo 1938 (11).

c) La L. R. L., en su artículo 189, 1, dice: «Los bienes inmuebles de propios no podrán enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del Ministerio de Hacienda, cuando su valor exceda del veinticinco por ciento del presupuesto anual de la Corporación. No obstante, se dará cuenta al Ministro de la Gobernación de toda enajenación de bienes inmuebles que se proyecte», y esta regla se aplica también a los bienes de dominio público desafectados, según el artículo 190. Y el artículo 191, dice: «Cuando se trate de enajenaciones o gravámenes que se refieran a monumentos, edificios u objetos de índole artística o histórica habrá de preceder a la autorización el informe del Ministerio de Educación Nacional.»

En estos casos no estamos ante un acto administrativo conjunto, ya que la autorización es un acto independiente (presupuesto) del acto de enajenación; el acto en que se acuerda la enajenación es propio de la Entidad municipal de que se trate, y la autorización surte respecto de la enajenación el mismo efecto que surte la autorización de los tutores o padres respecto de ciertos actos que realizan

(10) GIMÉNEZ VALDIVIESO, «Ley municipal de 1877», Valencia, 1910, página 149.

(11) Sobre la evolución, vid. BERMEJO GIRONÉS, «Derecho de Entidades locales», Madrid, 1949, pág. 301 y s.; sobre el régimen jurídico anterior, vid.: LORENTE SANZ, «Enajenación de bienes municipales», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 7 (1942), pág. 1 y ss.; SUBIRACHS RICART, «La enajenación de bienes patrimoniales», en *Revista Moderna de Administración Local*, núm. 382 (agosto 1942); RIBELLES ORTIZ, «Capacidad jurídica de los Municipios para adquirir, enajenar y gravar bienes,

los incapacitados, según el Derecho civil; por ello se ha dicho que el Estado es una persona jurídica con capacidad plena, utilizando la técnica civilista, pero que las demás personas de Derecho público tienen limitada su capacidad y figuran sometidas a instituciones o autoridades protectoras de sus intereses, llevando a situaciones análogas a las de la tutela civil (12).

B. COMPETENCIA.

1. Uno de los conceptos fundamentales del Derecho público es la competencia; para que una Entidad pública pueda actuar válidamente, es necesario que su actuación se realice a través del órgano competente, tanto cuando va a realizar actos administrativos como cuando va a realizar actos civiles (13).

a) La competencia ha sido definida como «el conjunto de poderes funcionales cuyo ejercicio le concede la ley para el cumplimiento de los fines de la persona colectiva de que forma parte» (14).

según la legislación vigente», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943, pág. 368 y ss.

(12) GASCÓN Y MARÍN, «Tratado de Derecho administrativo», octava edición, 1943, T. I, pág. 160 y ss. Con arreglo a la legislación anterior, ROYO-VILLANOVA (S.) entendía que si el Estado no dictaba acto en materia de autorización en el plazo de un mes, por aplicación de la doctrina del silencio positivo, se entendía autorizada la enajenación, según el D. de 2 de abril de 1930, aplicable también a los casos de enajenación de láminas o valores propiedad de las Entidades, en que se exigía autorización del Ministerio de Hacienda con arreglo al art. 332 del D. de 25 de enero de 1946 (equivalente al art. 754 de la L. R. L.). En «El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 48 (1949), pág. 832 y ss.

(13) Es la opinión dominante en la doctrina, que hoy defiende con unanimidad el carácter jurídico de las normas que regulan la competencia. Cfr. D'ALESSIO, «Istituzioni di Diritto amministrativo italiano», volumen I, Torino, 1932, págs. 229 y ss. Algunos incluyen la competencia dentro de los requisitos o presupuestos subjetivos del acto administrativo, como FORTI, «Diritto amministrativo, Parte generale», vol. II, segunda edición, Nápoli, 1943, pág. 141, y ZANOBINI, «Corso di Diritto amministrativo, vol. I, tercera ed., Milano, 1940, pág. 350.

(14) Es la definición de CAETANO, en su «Tratado de Derecho administrativo» (tr. de LÓPEZ RODO, análogo al del «Manual de Diritto amministrativo», 3.ª ed., Coimbra, 1951, pág. 155. «La regulación de la competencia no puede ser dejada a voluntad de los órganos, y menos de los particulares que con ellos tienen relación». VIRTA, «Diritto amministrativo», 3.ª ed., Torino, 1948, pág. 160. Y cuando un acto se dicta por órgano distinto de aquel autorizado, está viciado de incompetencia. SANTI ROMANO, «Corso di Diritto amministrativo, Principi generali», 3.ª ed., Padova, 1937, página 112. Consideraciones interesantísimas para un estudio de la competencia pueden encontrarse en la obra de DE VALLES «Teoría giuridica dell'organizzazione dello Stato», Padua, 1931.

También en nuestra jurisprudencia se ha intentado una definición de competencia; concretamente, en una Sentencia de 11 de enero de 1936, se afirma que «entendida la competencia de todo elemento del Estado como el conjunto de poderes concedidos con un acto creador al órgano creado o delimitado, el ámbito de cada uno mediante normas reguladoras del Derecho público en plena eficacia de vigencia». Para que exista competencia —dice una Sentencia de 10 de enero de 1935— es necesario que el asunto esté atribuido por la ley al órgano o funcionario.

b) Cuando se atribuye a un órgano un conjunto de facultades para un asunto, sólo él puede entender del mismo. Como ha dicho una Sentencia de 9 de abril de 1945, «porque la competencia es de Derecho público (15), corresponde al organismo al que la ley se le atribuye, y no a ninguno otro» (16).

c) En consecuencia, cuando un acto ha sido dictado por un órgano que carecía de atribuciones para ello, se produce incompetencia. «Se produce una invasión evidente de funciones cuando se dictan normas o resoluciones por organismo distinto de aquel a quien se había atribuido la competencia en la materia» (Sentencia de 10 de enero de 1936). Y los actos emanados de órgano incompetente carecen de eficacia. Como ha dicho una Sentencia de 14 de mayo de 1949, para que sea válida y eficaz una resolución es necesario que la Autoridad que la acuerde ejercite facultades que expresamente le atribuyen las leyes que marcan y delimitan su competencia; y existe jurisprudencia reiterada que declara la nulidad del acto dictado por órgano que carecía de competencia para ello (17).

2. Después de la doctrina jurisprudencial expuesta, no ofrece duda para que una enajenación de bienes municipales sea válida es necesario que actúe por el Municipio aquel órgano que tiene competencia para ello, pero no otro. Pues bien, en los supuestos normales el órgano del Municipio que tiene competencia para llevar a cabo la

(15) La competencia ha sido calificada de piedra angular del Derecho administrativo; está establecida por la Ley; es de orden público. Así ha sido calificada por reiterada jurisprudencia; Cfr., entre otras, las Sentencias de 20 de abril de 1940 y 23 de marzo de 1943.

(16) Ser órgano competente significa que sólo dicho órgano puede entender del conjunto de asuntos que la ley le atribuye. En este sentido, Sentencia de 10 de enero de 1935.

(17) Sents. de 20 de noviembre de 1917, 14 de enero de 1936, 13 de abril de 1942, 9 de abril de 1945, 7 de marzo de 1950 y 29 de septiembre de 1950, entre otras muchas.

enajenación, es el Ayuntamiento en pleno, según el artículo 121, apartado c) de la L. R. L., que podrá estar representado en el acto de enajenación por el Alcalde, ya que el artículo 116 incluye entre las funciones del Alcalde «representar... al Ayuntamiento... en general en toda clase de negocios jurídicos, pudiendo conferir mandatos para el ejercicio de dicha representación» (apartado g) de dicho artículo.

IV. REQUISITOS OBJETIVOS

A. IDEA GENERAL.

1. No todos los bienes municipales son susceptibles de enajenación. Por el contrario, los bienes susceptibles de enajenación son los menos. La ley limita la capacidad que tienen los Municipios para enajenar sus bienes a unos determinados. De aquí la importancia de distinguir entre los bienes susceptibles de enajenación de aquellos que no lo son.

2. Pero antes conviene resumir brevemente cuáles son las clases de bienes municipales. El artículo 183 de la L. R. L. dice que «los bienes municipales se clasifican en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes de dominio público son de uso o servicio público (18) ; los patrimoniales son de propios o comunales».

B. BIENES NO SUSCEPTIBLES DE ENAJENACIÓN.

1. *Bienes de dominio público.*—a) Una de las características esenciales del dominio público, reconocido en las legislaciones y señalado por la doctrina, es el de la inalienabilidad. Así lo reconoce el artículo 188 de la L. R. L., inalienabilidad que se da, tanto cuan-

(18) La L. R. L. ha modificado el criterio del Código civil, Cfr. mi trabajo «La inscripción de los bienes municipales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo de 1951, pág. 367. Como ha dicho GARCÍA OVIEDO, «la doctrina establecida por la Ley de Bases pone fin a la desarmonía de criterio del Código civil respecto a la condición jurídica de los bienes del Estado y los de las provincias y los pueblos». En «Teoría del dominio en la nueva Ley de Bases de Régimen Local», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, julio-agosto 1946, pág. 554.

do los bienes sean de uso público (artículo 184, L. R. L.), como cuando sean de servicio público (artículo 185, L. R. L.) (19).

b) Ahora bien, esta imposibilidad de ser enajenados se da «mientras conserven este carácter» (artículo 188, L. R. L.). Luego siendo esencial al concepto del dominio público el estar destinado el bien «directa y exclusivamente» a una función administrativa, la inalienabilidad del mismo tendrá lugar en tanto está destinado a dicha función; pero si las cosas de dominio público dejan de estar destinadas directamente a la función administrativa, pierden aquel carácter y por consiguiente entran en el comercio jurídico; dejan de ser *extracommercium* y pueden ser objeto normal de relaciones jurídicas, como prevé el artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, al decir que «si alguno de los bienes comprendidos en el artículo anterior, o una de sus partes, cambiaren de destino, adquiriendo el carácter de propiedad privada, se llevará a efecto su inscripción» (20).

(19) No es el momento de examinar aquí el concepto de dominio público. Basta señalar que nuestra legislación considera como esencial del dominio público el destino de los bienes que han de ser considerados como tales. Lo demuestra el mismo Código civil, en cuanto que en su art. 339 dice que «son bienes de dominio público: 1.º, los destinados al uso público...; 2.º, los que pertenecen privativamente al Estado (o Entidades públicas), sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público...». Y la Ley Hipotecaria, en el núm. 6.º del art. 107, habla de que estén destinados «directa y exclusivamente» al servicio público, habiendo ampliado la doctrina la palabra «servicio público» a cualquier función administrativa (BALLBE, «Concepto de dominio público», en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1945, pág. 25 y ss.). Y éste ha sido también el criterio de la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado y de nuestro Tribunal Supremo. Concretamente, en un dictamen del Consejo de Estado de 23 de junio de 1948, se dice: «El dominio público es inalienable *mientras permanezca afectado a unas necesidades o usos generales*. Constante la afectación, el dominio público es una *res extracommercium* no sometida a las normas generales de la propiedad privada, sino dirigiendo todo su régimen jurídico bajo la directriz primordial y permanente del servicio público, a la que se sujeta todo el tratamiento jurídico aplicable al mismo. Este mismo criterio es aplicable a la prescriptibilidad del dominio público, y es el que indujo al mismo Tribunal Supremo a pronunciarse sobre la imposibilidad de constituir verdaderas servidumbres sobre predios de dominio público (Sentencias de 6 de julio de 1915 y 31 de enero de 1888)». En «Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado», Madrid, 1950, pág. 43.

(20) El art. 190, al referirse a la enajenación de los bienes de dominio público desafectados, habla de «desafectados al uso o servicio público *en forma legal*». Pero no señala cuál es la forma legal para desafectar un bien de dominio público, a diferencia de la desafección de un bien comunal, a la que se refiere el art. 194 de la misma L. R. L. La mutación en la naturaleza jurídica del bien que deja de estar destinado a la función administrativa está prevista en la jurisprudencia citada en la nota anterior, y también se reconoce por la doctrina. Entre los manuales de Derecho administrativo más usados encontramos el de GASCÓN Y MARÍN, que afirma.

2. *Bienes comunales*.—a) La inalienabilidad no sólo se da en los bienes de dominio público; se da también en los bienes de propiedad privada o patrimoniales (21), ya que bienes que tienen este carácter son los comunales, según el artículo 183 de la L. R. L., y, sin embargo, según el artículo 188 «serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no estarán sujetos a tributación del Estado».

b) Son bienes comunales —dice el artículo 187 de la L. R. L.— «los de dominio municipal cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos». El régimen jurídico de su aprovechamiento se encuentra regulado en los artículos 192 y 193. Ahora bien, esta regla de inalienabilidad tiene lugar mientras los bienes comunales conserven tal carácter. En este sentido es sumamente interesante el artículo 194, al disponer que «si los bienes municipales, por su naturaleza o por otras causas, no han sido objeto de disfrute comunal durante más de diez años, aunque en alguno de ellos se haya producido acto aislado de aprovechamiento, podrán ser desprovistos del carácter de comunales, considerándose como de propios, en virtud de acuerdo del Municipio respectivo. Este acuerdo requerirá información pública, dictamen previo del Instituto Nacional de Colonización, voto favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de la Corporación y aprobación del Ministerio de la Gobernación» (22). Pero en tanto conserven el carácter de comu-

«La extinción del dominio público puede tener lugar por acto de desafectación, de descalificación de la cosa como de uso público o de servicio público; así acaece, por ejemplo, con ciertos trozos de carreteras que son sustituidos por otros nuevos en mejores condiciones para el servicio. Distínguese por algunos la desafectación expresa, formal, de la desafectación que supondrá un nuevo modo de extinguirse el carácter de dominio público. La desafectación tácita, pero comprobada, debe poder alejar del dominio de la cosa el carácter de imprescriptible». En «Tratado de Derecho administrativo», T. I, 8.ª ed., pág. 376. En análogo sentido, ALVAREZ GENDIN, en su «Manual de Derecho administrativo», en que admite la enajenación de bienes de dominio público, conservando tal carácter, siempre que se transmite a otra Entidad pública, que siga destinando la cosa a la función administrativa

(21) No hemos de olvidar que estamos exponiendo las normas generales, sin referirnos a ciertos supuestos especiales, como los montes municipales, habiéndose afirmado que «no es posible la enajenación de los montes catalogados como de utilidad pública» y que «la única posibilidad de enajenar montes catalogados es la de ofrecerlos en venta al Estado para incorporararlos al Patrimonio forestal». ANFLIA, «Régimen local», 1951, página 305. Un estudio muy completo del régimen jurídico de los montes, en GUAYTA, «Régimen jurídico-administrativo de los montes», Santiago, 1951, páginas 133 y ss.

(22) Sobre la naturaleza de estos bienes según la jurisprudencia, vid. las

nales, no pueden enajenarse, siendo nula la enajenación de bienes comunales, por ir en contra de lo dispuesto en la ley (23).

C. BIENES SUSCEPTIBLES DE ENAJENACIÓN.

1. Expuestos aquellos bienes que no pueden ser enajenados por los Municipios, es fácil examinar cuáles son los susceptibles de enajenación. En efecto, excluidos los bienes de dominio público, únicamente pueden ser objeto de enajenación los bienes patrimoniales, y no todos, ya que, como vimos, los bienes comunales, aun siendo patrimoniales, son inalienables. Por tanto, en resumen, los bienes que pueden enajenar los Municipios son los bienes de propios, que son «los que siendo propiedad del Municipio no estén destinados al uso público ni a la realización de ningún servicio y puedan constituir fuente de ingreso para el erario municipal» (artículo 186). Por eso, cuando la L. R. L. da reglas sobre enajenación, no se refiere genéricamente a los bienes municipales, sino que habla de «los bienes inmuebles de propios...» (artículo 189), «las enajenaciones de bienes de propios» (artículo 190), etc.

2. Ahora bien, hemos de recordar que los bienes de dominio público o comunales no son susceptibles de enajenación, como vimos, en tanto conserven tal carácter. Por eso, el artículo 190 de la L. R. L., al dar normas sobre enajenación, habla de «las enajenaciones de bienes de propios, así como las de los de *dominio público desafectados al uso o servicio público en forma legal*», y el artículo 194 se preocupa de dar las normas para privar a un bien del carácter de comunal y convertirle en de propios (24).

interesantes notas de LÓPEZ RODO al «Tratado elemental de Derecho administrativo», de CARTANO, Santiago, 1946, págs. 238 y ss.

(23) No pueden enajenarse los bienes comunales, ni siquiera al Estado, ya que son de uso común de los vecinos, y carece de facultades para ello el Ayuntamiento, ha declarado una Sent. de 10 de abril de 1933.

(24) Hubiera sido conveniente que la L. R. L., de igual manera que especifica el modo de privar a un bien comunal de tal carácter, lo hubiera expresado tan concretamente cuando se trataba de desafectar a un bien del carácter de dominio público. La jurisprudencia suele exigir que la desafectación sea expresa, conclusión que parece ser la lógica, de acuerdo con el art. 194 de la L. R. L., ya que si cuando se trata de privar a los bienes comunales de tal carácter, no basta que no sean objeto de aprovechamiento comunal durante diez años, sino que esté hecho es la circunstancia que permite el acto formal, privando de tal carácter, con más razón debe exigirse así cuando de desafectar a un bien de dominio público se trata.

V. REQUISITOS FORMALES

A. LA SUBASTA.

1. Una de las características que se señala a los contratos en que interviene una Entidad pública (sean civiles o administrativos) es la de estar sometidos a formalidades especiales. No sólo se sigue esta regla cuando del Estado se trata, sino también cuando es una entidad municipal la parte contratante (25). Su forma normal es la subasta. Como ha dicho el Tribunal Supremo, son nulos los contratos en los que falte la solemnidad de la subasta pública, cuando no existan algunos motivos de excepción expresamente fijados por la ley (por ejemplo, Sentencia de 21 de junio de 1905, siendo reiterada).

2. Esta doctrina general rige también respecto de los contratos de compraventa en que sea vendedor un Municipio. El artículo 191, dice: «Las enajenaciones de bienes de propios, así como las de los de dominio público desafectados al uso o servicio público en forma legal, y autorizadas conforme al artículo 189, habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario.» Por tanto, únicamente se exige la subasta cuando se trata de compraventa y permuta con otros bienes que no sean inmuebles, siendo aquélla el supuesto general. De faltar este requisito, el contrato sería nulo (26).

B. LA AUTENTICACIÓN.

1. *Antecedentes.*—a) *Estatuto municipal.* — El artículo 162, párrafo segundo del Estatuto, decía: «Las subastas cuya cuantía

(25) Cfr. ALBI, «Los contratos municipales», Valencia, 1944, págs. 13 y ss., 101 y ss. y 341 y ss. El art. 307 de la L. R. L. señala con carácter general que «los contratos que celebren las Entidades locales se realizarán, por regla general, mediante subasta». Es decir, no distingue entre contratos administrativos y civiles, sino que exige tal formalidad siempre que se trate de contratos celebrados por una Entidad local.

(26) Estas formalidades, como la falta de capacidad o competencia, o versar sobre cosa no susceptible de enajenación, deben ser objeto de examen por el Registrador cuando se presente a inscribir el documento en que conste la enajenación, examinando también si ha sido otorgado el documento por el funcionario competente, que es lo que se va a examinar

exceda de cincuenta mil pesetas han de ser autorizadas por un Notario.» Y, de acuerdo con este precepto, el artículo 5.º del Reglamento para la contratación de las obras y servicios municipales de 2 de julio de 1924, disponía que «el Secretario de la Corporación contratante asistirá a la subasta y dará fe de ella cuando su importe no exceda de cincuenta mil pesetas. Se exceptuarán los casos en que, por acuerdo de la Corporación, autorice la subasta un Notario. Si la cuantía excede de la citada suma, la subasta habrá de ser autorizada por un Notario, según dispone el artículo 162 del Estatuto». Y el artículo 19 del mismo Reglamento señalaba que «los contratos que se celebren mediante subasta o concurso, así como los que se realicen por gestión o contrato directo, con arreglo a lo establecido en los artículos 161, 163 y 164 del Estatuto, se consignarán en escritura pública cuando el gasto o ingreso total que hayan de producir a la Entidad municipal contratante exceda de cincuenta mil pesetas».

b) *Ley municipal de 1935*.—Sigue el mismo criterio del Estatuto, distinguiendo los contratos en razón a su cuantía. En su artículo 130, dispone: «Las actas de subasta o concurso serán autorizadas por Notario o por el Secretario de la Corporación municipal, según que su cuantía exceda o no de cincuenta mil pesetas. Los contratos municipales, ya se celebren mediante subasta o concurso, o por concierto directo, se consignarán en escritura pública, cuando el gasto o ingreso total que hayan de producir a la entidad municipal exceda de cincuenta mil pesetas.»

2. *Legislación vigente*.—a) El art. 318 de la L. R. L., dice: «Las actas de los concursos, de las subastas y de los concursos-subastas serán autorizadas por el Secretario de la Corporación.» Este precepto ha suscitado opiniones contradictorias, defendidas normalmente por personas que representan unos intereses profesionales:

a') Para unos —normalmente pertenecientes al Cuerpo de Secretarios de la Administración local— el nuevo precepto es elogiable; como ha dicho BERMEJO GIRONÉS, refiriéndose al precepto correspondiente de la Ley de Bases de 1945, «suprimió acertadamente esta limitación «cuantitativa» de la actuación secretarial, que no se ex-

plica, bajo ningún concepto, puesto que el prestigio de la fe administrativa se acredita por la función en sí misma para todos los actos y acuerdos, sin que dependa de grados o escalas, cuya importancia nada tiene que ver con la veracidad de la facultad certificante» (27). Y, recientemente, MORENO PÁEZ, en un artículo polémico con otro publicado en el Boletín del Colegio Notarial de Granada (28), ha afirmado «que este precepto supone una dignificación completa en cuanto al aspecto del Secretario como fedatario de las Corporaciones, está fuera de toda duda», si bien esta actitud de elogio tiene una reserva, consistente en que no se estima oportuno conferir tal facultad a todas las categorías de Secretarios, sino que «debía circunscribirse únicamente a los Secretarios de primera categoría, fuesen o no letrados, y a los de segunda y tercera que reuniesen el carácter o cualidad de Licenciados en Derecho» (29).

b') Los Notarios, sin embargo, suelen mantener posición contraria. Ya AZPEITIA, en su *Legislación notarial* (30), afirmó que «el documento público autorizado por Secretarios de Ayuntamiento y por Secretarios de Juzgados municipales es la causa fundamental de la ruina del documento notarial en las poblaciones rurales de España». GIMÉNEZ ARNAU, recientemente, criticaba la tendencia de nuestra legislación, denunciando el hecho de la diversificación de la fe pública y de los peligros que entrañan continuar esa trayectoria (31). Y GARCÍA OVIEDO, aun cuando estima que se deben dejar

(27) «Derecho de Entidades locales», cit., pág. 342.

(28) «La fe pública en las subastas y contratos de las Entidades locales», en *Revista General de Derecho*, Valencia, noviembre 1951, páginas 595 y ss.

(29) Refiriéndose a la legislación anterior, afirma: «Que tal mandato era una falta de confianza en los Secretarios, a la par que una táctica política de transición, es evidente. De todos eran conocidas las condiciones en que en aquellos tiempos se desenvolvía la vida local y las injustas presiones que constantemente amenazaban a los funcionarios, y con mayor rigor al Secretario, que en la mayoría de los casos se encontraba desamparado ante los continuos vaivenes y presiones de tipo político rural». En página 595.

(30) Pág. 72.

(31) *Introducción al Derecho notarial*, Madrid, 1944, pág. 298 y ss., en que afirma: «Irónicamente apuntaba TIRSO DE LA TORRE hace cuarenta años que el Cuerpo jurídico militar saldría del estrecho recinto del Código penal en que entonces estaba recluso, dilataría su acción judicial civil y se crearían los Notarios militares («Comentarios a la legislación notarial», Valencia, 1904, pág. 35). Este vaticinio, añade, ha tenido plena confirmación: el Decreto de 15 de diciembre de 1939, al determinar las funciones del Servicio de Intervención del Ejército del Aire, establece en el art. 1.º que «...desempeñara las siguientes funciones: . Notarios del Ejército del

fuera de la fe pública notarial ciertos actos de poco relieve, cree exagerado el criterio de nuestra legislación de atribuir funciones notariales a ciertos funcionarios de la esfera central, afirmando que el interés público exige un entrecruzamiento de funciones entre el Notario y el funcionario administrativo.

c') Sin entrar en el problema general de la diversificación de la fe pública (32), creo que si bien no hay ningún obstáculo doctrinal en admitir que un Cuerpo como el de los Secretarios locales estén investidos de fe pública respecto de los actos jurídicos de las Entidades locales, el precepto de la nueva ley, no merece ser tan elogiado como algunos creen, siendo preferible una interpretación restringida del mismo (que es aconsejable sigan los Reglamentos que desarrollen los preceptos de la ley), ya que no es prudente que el Secretario local —que es un funcionario de la Entidad que contrata— sea quien esté investido de fe pública respecto de los contratos que celebre la Entidad de que depende con un particular.

Aires, y enumera los casos de funcionarios que, sin ser Notarios, ejercen fe pública extrajudicial.

(32 La fe pública puede estimarse —dice GALLARDO RUEDA— como presunción que, fundándose en la soberanía del Estado, obliga provisionalmente a creer como auténticos determinados signos, o como ciertos que reflejan determinados negocios jurídicos formales». En «Fe pública y seguridad jurídica», en *Anuario de Derecho civil*, t. II, fasc. I, pág. 71 y ss. En otro sentido, NÚÑEZ JAGOS, «Perfiles de la fe pública», en el mismo «Anuario», pág. 28 y ss.

Estas construcciones de la fe pública adolecen de cierta imprecisión técnica. Los autores que generalmente han tratado el tema no aciertan a encajar bien la cuestión, llevándose en ocasiones por criterios profesionales, que deben superarse completamente en una construcción científica de la fe pública. BALLBE incluye la función registral entre las funciones administrativas legitimadoras, y la función notarial entre el grupo de las funciones autenticadoras. Cfr. «Sistemática de Derecho administrativo», Barcelona, 1947, pág. 72 y ss. Un estudio correcto de la función legitimadora y autenticadora sólo puede hacerse aplicando conceptos de Derecho administrativo. Un trabajo reciente interesantísimo es el de GUSTAVO VIGNOCCHI: «Gli accertamenti costitutivi nel Diritto amministrativo», Milano, Giuffrè, 1950. Puede verse también: GIGLIO: «Natura giuridica dell'iscrizione negli albi professionali», en *Riv. di Dir. pubb.*, 1940, I, p. 338; FAIZONE: «L'iscrizione nell'albo professionale», en *Rassegna di Dir. pubb.*, 1949, pág. 242 y ss.; ZANOBINI: «Sull'amministrazione pubblica del dir. priv.» en *Riv. di Dir. pubb.*, 1918, I, pág. 169 y ss.; RESTA: «Natura ed effecti dell'atto amministrativo di controllo preventivo», en *Foro italiano*, 1935, pág. 282; FURNOH: «Accertamento convenzionale e confess. stragiudiz., Firenze, 1948; CORRADO: «Il negozio di accertamento», *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino*, 1942, pág. 57 y ss., especialmente; GHIDINI: «Il registro delle imprese», Milano, 1950. Por último, una obra general interesantísima para estudiar el problema de la seguridad jurídica como finalidad de estas funciones, es la de CARNELUTTI: «La certezza del diritto», 1943.

b) Los Reglamentos serán los que desarrollen el precepto del artículo 318 de la L. R. L. Como se ha dicho, es aconsejable que se dé intervención a los Notarios. Y creo que en base al propio artículo 318 de la L. R. L. hay posibilidad para ello. En efecto, la intervención notarial en la contratación administrativa tiene lugar normalmente en dos momentos distintos y perfectamente definidos (33) :

a') En el acto de la subasta.

b') En el de la formalización de la escritura.

Pues bien, según el artículo 318 de la L. R. L., los Secretarios autorizarán las actas de las subastas, concursos y subastas-concursos. Luego se podría interpretar este precepto en el sentido de que el Secretario de la Entidad local sustituyera al Notario en el primer momento, pero no en el segundo, en el que intervendría el Notario para otorgar la correspondiente escritura, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.280 del Código civil, siendo la escritura el documento que se presentaría en el Registro para la inscripción. Como ha dicho SANAHUJA Y SOLER, «si el acto fuese inscribible en el Registro de la Propiedad, es siempre obligatoria la escritura» (34), y ALBI, en esta misma dirección, afirmaba, con arreglo a la legislación anterior, que intervendría el Notario en aquellos casos en que la escritura fuera necesaria para la inscripción en el Registro de la Propiedad (35).

VI. ENAJENACION DE PARCELAS SOBRANTES DE LA VIA PUBLICA

A. IDEA GENERAL.

Ofrece especialidades interesantes la enajenación de estas parcelas, por lo que conviene hacer una referencia a su regulación. Se ha dicho que se someterá la enajenación de estas parcelas a la ley de

(33) SANAHUJA Y SOLER : «La contratación administrativa ante Notario», en *Rev. de Derecho privado*. T. XXX (1946), pág. 806 y ss., en que afirma : «La intervención notarial en la contratación administrativa tiene lugar en dos momentos : en el acto de la subasta y en el de la formalización de la contrata». Pág. 816.

(34) Art. cit., pág. 820.

(35) «Los contratos municipales», cit., pág. 238.

parcelas de 17 de julio de 1864 y a la Instrucción de 20 de marzo de 1875 (36). Ahora bien, no se pueden aplicar estas disposiciones íntegramente cuando se trata de parcelas municipales. Como ha dicho una Sentencia de lo contencioso-administrativo de 31 de enero de 1920, «los preceptos de la ley de 17 de junio de 1864 y de la Instrucción de 20 de marzo de 1865, sobre enajenación de terrenos o pequeñas parcelas, se refieren exclusivamente a terrenos o parcelas pertenecientes a la nación o a cualquier mano muerta cuyos bienes estén declarados en estado de venta; concédense al Gobierno facultades especiales para imponer que dicha clase de fincas, y no menciona ni aluden en modo alguno a los Ayuntamientos ni a las pertenencias de los mismos», y «en el supuesto de estar comprendido el terreno reclamado en la disposición de los artículos 1.º de la ley y 2.º de la Instrucción, habría idéntica posibilidad para adjudicarle conforme fué solicitado, toda vez que no concurren las circunstancias requeridas por los artículos 3, 12 y 13 de la propia Instrucción, o sean las de estar en estado de venta y anunciada ésta, por haber sido tasadas por los peritos y de orden de la Autoridad correspondiente, y estar formulada la reclamación en los plazos al efecto establecidos en dichos artículos», añadiendo que, el artículo 8.º de la Real orden de 19 de junio de 1901, faculta a los Ayuntamientos para ceder a los dueños colindantes que lo soliciten y por precios de tasación, las parcelas que aquéllos posean, pero no hace preceptiva la cesión. Por ello, otra Sentencia de lo contencioso-administrativo de 24 de febrero de 1905, había dicho que para el justo precio son de aplicar los preceptos de la ley de expropiación forzosa de 10 de enero de 1879, sin que lo sean la ley de 1864 ni la Instrucción de 1865, porque estas disposiciones se refieren absoluta y exclusivamente a los bienes declarados en estado de venta por el Estado o parcelas cuya adjudicación sea solicitada, a pretensiones formuladas ante los Gobernadores de provincia; a tasaciones hechas con arreglo a las leyes desamortizadoras y a expedientes tramitados por las oficinas de Hacienda.

(36) En este sentido, ROCA SASTRE, en «Apéndice de adaptación al Derecho Hipotecario», Barcelona, 1948, págs. 36 y ss.

B. REQUISITOS SUBJETIVOS.

1. *Capacidad*.—No ofrece especialidad el régimen de la capacidad para enajenar estas parcelas respecto del establecido en general. Por tanto, tienen capacidad los Municipios, con la preceptiva autorización de los órganos del Estado competentes, ya examinada (37).

2. *Competencia*.—Sin embargo, sí ofrecen especialidad las normas referentes a competencia, ya que el órgano competente dentro del Municipio para enajenar las parcelas sobrantes no es el Ayuntamiento en pleno —caso general—, sino la Comisión municipal permanente, según el artículo 122 apartado h) de la L. R. L., que ha seguido el criterio establecido por el artículo 46 del Reglamento de 9 de julio de 1924 sobre organización y funcionamiento de los Ayuntamientos; este artículo establecía: «asimismo bastará el acuerdo de la Comisión permanente para enajenar a los colindantes los terrenos o pequeñas parcelas a que se refieren la ley de 17 de junio de 1864 e Instrucción de 20 de marzo de 1865» (párrafo 2.º).

3. *Adquirente*.—Respecto del adquirente, han de estimarse en vigor los preceptos de la ley de 1864, ya que estos *propietarios colindantes* de las parcelas tienen un derecho preferente de adquisición. Ahora bien, existe una diferencia fundamental en la esfera municipal respecto de aquellas disposiciones generales de 1864 y 1865, y es que los Municipios no están obligados a enajenar estas parcelas sobrantes, como ha declarado reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en base al artículo 8.º de la R. O. de 19 de junio de 1901.

(37) Existe jurisprudencia reiterada acerca de que en estos supuestos de enajenación no tienen que intervenir los Gobernadores civiles, ya que corresponde a los Municipios. Ahora bien, se estima que cuando la cuantía de la enajenación exceda de los límites marcados por los preceptos generales, será requisito previo la autorización del Ministerio de la Gobernación; en este sentido, BARROS MARTÍNEZ, en su reciente «Derecho Local de España», Madrid, 1951. Si en la enajenación no se cumple con los requisitos subjetivos, v. gr., se enajenan a persona distinta del colindante, la enajenación es nula (Sent. 20 de diciembre de 1894). Si enajenada una parcela sobrante y planteada cuestión de propiedad por quien tenía derecho ante los Tribunales, deben decidir los Tribunales ordinarios (D. c. 14 octubre 1893).

C. REQUISITOS OBJETIVOS.

1. *Parcela*.—Para que pueda acudir a este procedimiento especial de enajenación, es necesario que se trate efectivamente de una parcela sobrante de la vía pública, según el artículo 1.º de la ley de 17 de junio de 1864; es decir, es necesario que sean terrenos «que por sí solos no puedan formar solares de los ordinarios, señalados en los planos de edificación aprobados». Por consiguiente, «si el solar estaba comprendido en los planos de urbanización y era capaz para construir en él una o varias casas de las corrientes en la localidad, procede desestimar la solicitud de adjudicación» (Sentencia de 29 de enero de 1910), y «cualquiera que sea la extensión del terreno cedido» no es posible tenerlo como sobrante de la vía pública, porque no existe en aquel pueblo plano de alineación al cual se pudiera subordinar la determinación de parcelas que no constituyan solar edificable, único caso, según doctrina perfectamente resumida en la R. O. de 9 de mayo de 1881, en que el Ayuntamiento pudiera enajenarlos exclusivamente por sí, a tenor del número 1.º del artículo 85 de la Ley municipal de 1877». Siendo indiferente que la parcela sea mayor o menor que la colindante (Sentencias de 15 y 23 de diciembre de 1899) (38).

2. *Precio*.—Como antes se ha dicho (en base a la Sentencia de 24 de febrero de 1905, entre otras muchas), para la fijación del precio no hay que acudir a los preceptos de la ley de 1864 e Instrucción de 1865, ya que en este caso los bienes que se anajenan no estaban declarados en estado de venta, por lo que ha de acudir a los preceptos de la legislación sobre expropiación forzosa, que serán los que se apliquen para determinar el justo precio.

C. REQUISITOS FORMALES.

Como quiera que la subasta tiene una función de garantía para

(38) En estas Sentencias se dice que el espíritu de los citados artículos de la Ley de 1894 es que las parcelas no adecuadas para la constitución de un solar edificable de los señalados en los planos aprobados, se anexionen a las propiedades colindantes, aunque sean de mayor extensión que éstos, a fin de beneficiarlos con el incremento y regularización que obtengan.

determinar el precio justo, y aquí se acude a los preceptos de la legislación sobre expropiación forzosa y se enajena la parcela a una persona determinada, creo que no hay inconveniente en admitir que el contrato de enajenación se perfeccione sin acudir a la formalidad de la subasta mediante gestión directa con el adquirente (39).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Registrador de la Propiedad.

(39) Si el Ayuntamiento adquirió de un particular cierto terreno para la prolongación de un paseo público y enajenó la parcela sobrante de los mismos a un propietario colindante con dicha parcela, y más tarde se declara nulo todo el expediente, la nulidad trasciende a la parte relativa a la enajenación de la parcela sobrante; y cuando se subsanen los defectos que ocasionare dicha nulidad, será llegado el momento de que se convalide la adquisición, o que no prevalezca, si se acredita que el Ayuntamiento vendió lo que no era suyo (Sent. 12 diciembre 1914).

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REANUDACIÓN DE TRACTO. — EN LOS EXPEDIENTES DE DOMINIO, EL PROPIETARIO QUE HAYA ACREDITADO SUFICIENTEMENTE SU ADQUISICIÓN, CON ARREGLO A LO PRESCRITO EN LOS ARTÍCULOS 201 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 272 A 284 DE SU REGLAMENTO, NO PODRÁ ELUDIR LOS GRAVÁMENES, CONDICIONES O LIMITACIONES QUE AFECTEN A LAS FINCAS, PORQUE EL TITULAR, AL NO OPONERSE A LA INSCRIPCIÓN SOLICITADA, ÚNICAMENTE RENUNCIA A LOS DERECHOS QUE PUDIERAN ASISTIRLE EN EL EXPEDIENTE, SEGÚN EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 202 DE DICHA LEY, PERO NO A VENTILAR EN EL JUICIO DECLARATIVO SU DERECHO, NI PUEDE MENOSCARAR LOS QUE SE HALLEN CONSTITUIDOS EN FAVOR DE OTRAS PERSONAS, QUE SERÁN CANCELADOS POR LOS MEDIOS DETERMINADOS EN EL ARTÍCULO 82 DE LA MISMA, Y, TRATÁNDOSE DE PRESCRIPCIÓN, CONFORME A LAS REGLAS PARA LA LIBERACIÓN DE GRAVÁMENES ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 209 Y 210 DE IGUAL NORMA.

Resolución de 15 de enero de 1952 (B. O. de 4 de febrero.)

Ante el Juzgado número 3 de los de Sevilla, se incoó expediente de dominio para la reanudación de tracto en cuanto a dos fincas urbanas, sitas en dicha capital, adquiridas por los dos compradores de aquéllas mediante escritura, que autorizó en la citada población su Notario, don Francisco Monedero Ruiz, el 19 de julio de 1947.

En dicho expediente hay que tener en cuenta los particulares siguientes: a) que las fincas constan inscritas en usufructo vitalicio, con la prohibición temporal de enajenar, a favor de tres señoras; b) que éstas, no obstante dicha prohibición, las vendieron verbal-

mente al hijo de una de ellas; c) que éste, a su vez, las transmitió por la escritura reseñada, por mitad y proindiviso, a su padre y al marido de otra usufructuaria, los cuales, mediante el repetido expediente de dominio, pretenden la inscripción a su favor sin la expresada prohibición; d) que la cédula de citación a una de las usufructuarias fué entregada al marido de ésta, el cual, a pesar de ser interesado en el expediente y sin la presencia de su esposa, manifestó «que su mujer nada tenía que oponer a la inscripción», y e) que las tres usufructuarias viven y fueron citadas, y si bien no comparecieron a formalizar su oposición, indirectamente probaron que no se ha realizado el evento previsto por el testador al ordenar que las fincas no se podrían enajenar o gravar hasta que el último de los herederos usufructuarios consolidase el pleno dominio por fallecimiento de todos los demás.

Presentado testimonio del auto aprobatorio del repetido expediente —a cuya parte dispositiva se añadió: «se acuerda la cancelación de todas las inscripciones contradictorias que aparezcan vigentes respecto a las fincas objeto del mismo»— en el Registro del Mediodía de Sevilla, fué calificado por nota del tenor siguiente:

«No admitida la inscripción del precedente documento por resultar del Registro inscritas las fincas en usufructo vitalicio por terceras partes indivisas a favor de doña María de la Herrán Sánchez del Villar, doña Concepción Sánchez del Villar y de la Herrán y doña María del Carmen Sánchez del Villar Arrayás, con la prohibición de enajenar y gravar mientras subsistan o vivan dos de las citadas tres señoras, pues sólo podrá hacerse uso de tales facultades por aquella de dichas tres señoras que por sobrevivir a las demás sea heredera en pleno dominio y desde que adquiriera éste, no tomándose anotación preventiva por impedirlo la naturaleza insubsanable de dicho defecto, sin que tampoco se haya solicitado.»

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

«Que el expediente de dominio, creado por la Ley Hipotecaria de 1869, como medio inmatriculado de fincas en el Registro, evolucionó desde la reforma de 1909, por lo dispuesto en el artículo 503 del Reglamento Hipotecario de 1915 y en el Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927, para servir de medio adecuado a la reanudación

del tracto sucesivo interrumpido, si se acreditare el estado actual de la titularidad dominical y se oyese o citase legalmente en el expediente a los titulares registrales, a cuyo efecto se le concedió cierta virtualidad cancelatoria de asientos contradictorios, que anteriormente la jurisprudencia había denegado, pero con carácter excepcional y restringido a la consecución de los fines perseguidos en el citado expediente, sin vulnerar preceptos legales ni normas sobre cancelación de inscripciones hipotecarias.

Que es finalidad de tales expedientes habilitar de título de dominio inscribible al propietario que careciere de él, o que, aun teniéndolo, no pudiese inscribirlo por cualquier causa o reanudar el tracto sucesivo interrumpido al sustituir al titular por el solicitante, con la extinción de las facultades dominicales inscritas y concordar así la realidad jurídica extrarregistral con el contenido de los asientos, que eran inexactos por descuido o desidia de los titulares intermedios.

Que así como en las inscripciones de transferencia de bienes inmuebles, el adquirente ha de soportar las cargas a que estén sujetos, en los expedientes de dominio el propietario que haya acreditado suficientemente su adquisición, con arreglo a lo prescrito en los artículos 201 de la Ley Hipotecaria y 272 a 284 de su Reglamento, no podrá eludir los gravámenes, condiciones o limitaciones que afecten a las fincas porque el titular, al no oponerse a la inscripción solicitada, únicamente renuncia a los derechos que pudieran asistirle en el expediente, según el párrafo tercero del artículo 202 de dicha Ley, pero no a ventilar en el juicio declarativo su derecho ni puede menoscabar los que se hallen constituidos en favor de otras personas, que serán cancelados por los medios determinados en el artículo 82 de dicha Ley y, tratándose de prescripción, conforme a las reglas para la liberación de gravámenes establecidos en los artículos 209 y 210 de la misma Ley.

Que destacan en este expediente las siguientes particularidades:

1.^a Las tres titulares usufructuarias vitalicias de las fincas, con la prohibición temporal de enajenar, las vendieron verbalmente al hijo de una de ellas, quien a su vez las transmitió por escritura a su padre y al marido de otra usufructuaria, los cuales pretenden la inscripción a su favor sin la indicada prohibición.

2.^a La cédula de citación a doña C. S. del V., fué entregada a

su marido, don J. S. del V., el cual, a pesar de ser interesado en el expediente de dominio y sin la presencia de su esposa, manifestó «que su mujer nada tenía que oponer a la inscripción».

3.ª Que las tres usufructuarias viven y fueron citadas, y, si bien no comparecieron a formalizar su oposición, indirectamente probaron que no se ha realizado el evento previsto por el testador al ordenar que las fincas no se podrían enajenar o gravar hasta que el último de los herederos usufructuarios consolidase el pleno dominio por fallecimiento de todos los demás; y

4.ª El auto presidencial ha puesto de manifiesto la intención de los herederos de burlar las cláusulas testamentarias, mediante una confabulación familiar, y en suma, si prosperase la pretensión de los recurrentes se legitimaría un acto que presenta los caracteres técnicos de los realizados en fraude a la Ley, y, contra lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, se privaría de eficacia a una prohibición de enajenar válidamente inscrita sin las garantías y solemnidades necesarias para tal fin.»

Llamamos la atención sobre la doctrina expuesta por nuestro ilustrado Centro. Es tan clara y contundente que apenas si precisa exégesis y explicación.

A su vista y lectura, la interpretación que respecto a la reanudación de tracto —bien mediante expediente de dominio, bien por acta de notoriedad— ha expuesto el más autorizado de nuestros hipotecarios: Roca Sastre (ver su *Derecho Hipotecario*, páginas 524 v 525, tomo II, y 674, tomo III), se viene abajo.

En resumen viene a decir Roca: «En materia de reanudación de tracto, no puede hablarse propiamente de asientos contradictorios susceptibles de cancelación, sino cuando el que promueva el expediente o acta pretende que se inscriba la finca o derecho objeto de aquéllos, *libre de una carga o gravamen inscrito*. Cuando no se dé este supuesto, el expediente o acta no ha de provocar cancelación alguna, y, en todo caso, éstos darán lugar a una inscripción a favor del nuevo titular, o sea, el que promovió el expediente o acta, del dominio o derecho real en cuestión, bastando para ello establecer el debido enlace procesal del expediente o acta con el titular anterior registral de dicho dominio o derecho real, y sin necesidad de acreditar ni llenar con los correspondientes actos adquisitivos el hueco

posiblemente existente entre dicho titular registral antiguo y el nuevo.»

Por nuestra parte diremos que acaso lo verdaderamente ortodoxo sea la doctrina de nuestro Centro. ¿Pero a qué viene entonces la citación a aquellas personas que tengan algún derecho real sobre la finca —regla 3.ª, artículo 201— cuyo tracto se trata de reanudar? Y si estas personas, al ser citadas, comparecen y consienten expresamente en la cancelación de su derecho, ¿será título adecuado para sus efectos en el Registro esos expedientes de dominio y acta de notoriedad? Porque la Dirección se remite siempre, escuetamente, al artículo 82 de la Ley, y éste nos habla de Sentencias que no se hallen pendientes de recurso de casación, escritura o *documento auténtico* especial, creemos, para el caso que lo motiva. Sin embargo, estimamos que el asentimiento de cancelación otorgado por un titular de derecho real en los expedientes o actas de reanudación de tracto debe provocar en el Registro dicha cancelación. Sería demasiada rigidez o apegamiento a la letra de la Ley otra interpretación y nos alejaría tanto más de la de Roca, que no deja de tener gran fundamento y se halla muy arraigada.

Concretándonos al caso del recurso, es de resaltar que, como alegó el Registrador en su informe, el causante de la disposición testamentaria ordenó, a más de lo expuesto, que si alguna de las personas beneficiadas se opusiera en cualquier forma al cumplimiento del mismo, perderá todo lo que pudiera corresponderle, acreciendo su porción a la masa de la herencia, y por tanto que más que de una reanudación de tracto se trataba, por el expediente, de burlar una condición que no estaba cumplida.

Por lo que respecta a las prohibiciones de disponer, puede verse nota a la Resolución de 21 de abril de 1949, página 500 de esta Revista, de igual año.

REGISTRO MERCANTIL.—ES INADMISIBLE EL PACTO ESTATUTARIO, SEGÚN EL CUAL LA JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA SERÁ CONVOCADA CUANDO LO SOLICITE UN NÚMERO DE ACCIONISTAS QUE REPRESENTEN, POR LO MENOS, LA CUARTA PARTE DEL CAPITAL SOCIAL, PORQUE CON ELLO SE INFRINGE EL ARTÍCULO 2.º DEL DECRETO-LEY DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1947—CUYO CRITERIO REFLEJA EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1951—, QUE EXIGE LA

CELEBRACIÓN, CUANDO LO SOLICITEN, POR LO MENOS UN NÚMERO DE SOCIOS QUE REPRESENTEN LA DÉCIMA PARTE DEL CAPITAL DES-EMBOLSADO, Y QUE COMO NORMA DE DERECHO NECESARIO ES DE INEXCUSABLE CUMPLIMIENTO.

Resolución de 28 de diciembre de 1951.—(B. O. de 2 de marzo de 1952.)

La Delegación de Industria de Badajoz, en Resolución de 4 de enero de 1950, autorizó a don Rafael Gallardo López, vecino de Don Benito, para instalar en dicha población una industria de molino arrocero, haciéndose constar, entre otras condiciones, que la autorización «sólo es válida para el peticionario» y que el plazo de puesta en marcha sería el de seis meses a partir de la indicada fecha; que al dorso del documento, como datos relativos a la industria, figuraba el capital de 615.000 pesetas; que por carecer el señor Gallardo de los medios financieros necesarios para la implantación de la industria autorizada, procuró el concurso de otras personas, y previos los estudios adecuados, se constituyó una Sociedad Anónima, mediante escritura otorgada en la indicada población el 26 de julio de 1950 ante el Notario don Manuel Camacho Galván; que el concesionario aportó a la sociedad constituida, además de la concesión, valorada en mil pesetas, la mitad indivisa del terreno en que habían de construirse las edificaciones para la industria; don Antonio Gallardo López, mil pesetas en metálico y la otra mitad del solar referido; don José María Manzano Díaz, 112.000 pesetas, y don Juan Sánchez Cortés y Dávila, don Juan González de Mendoza y Gómez, don Acario Francisco Mellado Fuentes, don Eladio Viñuela Bordallo, don Pedro Díaz Calzado y don Luis Sánchez y Sánchez Porro, 111.000 pesetas cada uno, totalizando las aportaciones un millón de pesetas, que constituyen el capital social, que quedó plenamente suscrito y desembolsado; que por no haber terminado la instalación de la industria en el plazo marcado en la concesión se solicitó prórroga, que fué concedida por seis meses; que posteriormente se notificó a la Delegación de Industria la aportación que el señor Gallardo había hecho de su concesión a «Industria Arrocera, S. A.», y que en los Estatutos de la Sociedad figuran los siguientes artículos:

«13. La Junta general está facultada para deliberar o resolver sobre toda clase de asuntos, negocios y operaciones de interés de la Sociedad, sin exceptuar los atribuidos a la competencia del Con-

sejo de Administración. Las Juntas generales de accionistas pueden ser ordinarias y extraordinarias. Las atribuciones especiales de la Junta general ordinaria son las siguientes: ...3.º Disponer de las reservas a propuesta del Consejo de Administración, incluso para el pago del dividendo. Son atribuciones de la Junta general de accionistas extraordinarias: ...2.º Acordar la emisión de las obligaciones, tanto simples como hipotecarias, en las condiciones y forma que tengan por conveniente, así como las operaciones de crédito o préstamos en cuantía superior al diez por ciento del capital en circulación. ...5.º Deliberar y resolver sobre todos los asuntos que se sometan a la Junta del Consejo de Administración y sobre los que un número de accionistas que representen como mínimo la décima parte del capital desembolsado sometan al informe del Consejo cinco días antes de celebrarse la Junta general.

Artículo 14. Las Juntas generales ordinarias se celebrarán dentro del primer trimestre de cada año en el día que señale el Consejo de Administración. La Junta general extraordinaria será convocada también por el Consejo de Administración cuando éste lo juzgue conveniente o cuando lo solicite por escrito un número de accionistas que represente, por lo menos, la cuarta parte del capital social. En la solicitud se expresará con todo detalle el objeto de la convocatoria, que no podrá ser ampliado o variado. La convocatoria de los accionistas para la Junta general se hará necesariamente por medio de anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (con ocho días de antelación). En la convocatoria se expresará el día, hora y lugar en que se celebrará la Junta, el objeto de la misma, su carácter de ordinaria o extraordinaria, y en este último supuesto la iniciativa para su celebración.

Artículo 20. — Las reuniones (del Consejo de Administración) tendrán lugar de ordinario en el domicilio social, pero podrán también celebrarse en otro, que determinará el presidente y se señale en la convocatoria.

Artículo 21. Corresponde al Consejo:

...5.º Efectuar los actos y celebrar los contratos que sean necesarios o convenientes para la realización del objeto social, sin exceptuar los que versen sobre adquisición o enajenación de inmuebles, constitución de derechos reales, incluso el de hipoteca y el especial de arrendamiento y resolver sobre toda clase de negocios y operaciones permitidas a la Sociedad por sus Estatutos.

...8.º Determinar la inversión de los fondos disponibles, así como los de reserva, formar los presupuestos, autorizar los gastos, nombrar apoderados y representantes de la Sociedad con la facultad que en cada caso crea conveniente conferirle.

...11. Proponer a la Junta general, si lo estimare conveniente, el pago de dividendos activos a cuenta de las utilidades del ejercicio, así como para movilizar las reservas.

...12. Acordar lo que juzgue conveniente sobre el ejercicio ante los Juzgados y Tribunales ordinarios o especiales y ante las oficinas, Autoridades o Corporaciones del Estado, Provincia y Municipio, los derechos y acciones que a la Sociedad corresponden, así como respecto a la interposición de recursos ordinarios o extraordinarios nombrando representantes, procuradores o letrados que a estos efectos lleven la representación y defensa de la Sociedad, confiriéndoles en la forma que fuere necesaria las facultades oportunas, incluso para avenirse y desistir de conciliaciones, expedientes, pleitos, reclamaciones, recursos o actuaciones de cualquier clase y en cualquier estado del procedimiento, para pedir la suspensión de éste y para todo lo que fuere menester, incluso transigir judicialmente con toda amplitud.»

Presentada en el Registro Mercantil primera copia de la escritura de constitución de la Sociedad, puso el Registrador la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observar en él los defectos siguientes:

1.º Que el socio don Rafael Gallardo López aporta a la Sociedad una concesión de industria—que valora en mil pesetas—, resultando en los términos de tal concesión otorgada por la Delegación de Industria de Badajoz, con fecha 4 de enero de 1950—que se inserta en la escritura—, que tal autorización sólo es válida para el peticionario Rafael Gallardo López.

Falta, pues, la correspondiente autorización de dicha Delegación de Industria para que el concesionario pueda aportarla a la Sociedad que se constituye y la consiguiente aprobación de tal transferencia.

2.º No resultar de la escritura que el referido Rafael Gallardo López aporte a la Sociedad la maquinaria de la industria de molino arracero para el descascarillado y blanqueo del arroz que se detalla en dicha concesión, aunque ha de ser forzosamente así, ya que en caso contrario no tendría objeto alguno la aportación de la concesión sin aportarse también los elementos industriales con los que ha de cum-

plirse el fin de la misma, que es el descascarillado del arroz, tanto más, cuanto que estas operaciones de industria descascarilladora de arroz constituyen el objeto de la Sociedad.

3.º No constar la aprobación del Ministerio de Hacienda para la constitución de la Sociedad, aprobación exigida por el artículo 2.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942, ampliada por Orden de 14 de junio de 1946 y reiterada por el párrafo b) del número primero de la Orden de 28 de febrero de 1947, según las cuales tal autorización es precisa para la constitución de las sociedades anónimas o limitadas que se constituyan a base de la absorción de otras empresas o de la incorporación de negocios que vinieren explotándose con anterioridad, aunque no se aporte íntegramente el negocio sino fábricas, maquinarias, locales, géneros de comercios o elementos industriales o comerciales que hubieran pertenecido a un negocio no extinguido con más de un año de antelación, sin cuyo requisito—el de tal aprobación ministerial—, según dispone la Orden citada de 14 de junio de 1946, número 1.º, no podrán ser inscritas en el Registro Mercantil tales sociedades. Falta, pues, presentar el documento acreditativo de tal autorización, que habrá de solicitarse de la Dirección General de Contribuciones y Régimen de Empresas del expresado Ministerio de Hacienda.

4.º Porque al valorar la maquinaria que se aporta a la Sociedad, en unión de la concesión de industria, no podría considerarse incluida tal valoración en las mil pesetas en que se valoró la concesión aportada por dicho don Rafael Gallardo, por lo cual habrá que reconocerle más acciones a dicho señor, lo que supondrá modificar el capital social.

5.º No constar en la precedente escritura a que corresponde esa cifra de capital, 615.000 pesetas, y de capital en la ampliación (no se expresa éste), que al dorso de la concesión y como datos relativos a la industria se consignan, pues todo lo perteneciente a esta industria ha de pasar a ser patrimonio de la Sociedad constituida, no pudiéndose saber si esas 615.000 pesetas corresponden al valor de los elementos industriales del molino arrocero que pertenecía a don Rafael Gallardo López.

6.º Resultar en el artículo 14 de los Estatutos—al decir que la Junta general extraordinaria será convocada cuando lo solicite un número de accionistas que represente por lo menos la cuarta parte del capital social—, infringido el artículo 2.º del Decreto-ley de 7 de noviembre de 1947, que exige la celebración cuando lo soliciten por

lo menos un número de socios que representen la décima parte del capital desembolsado, y como el artículo estatutario exige como mínimo la cuarta parte del capital social, privaría de su derecho legal a un número de socios que representarían del diez al veinticinco por ciento del capital social.

7.º Resultar en el artículo 20 de los Estatutos—al expresar que las reuniones del Consejo de Administración podrán celebrarse en otro lugar diferente al del domicilio social—infringido el artículo segundo del Decreto-ley de 17 de julio de 1947, según el cual tanto la Junta general de accionistas como los demás organismos gestores no podrán celebrar sesión válidamente fuera de la ciudad donde se halle establecido el domicilio social, salvo por motivo justificado y obteniendo antes la autorización discrecional del Ministerio de Hacienda.

8.º Resultar discrepancia entre el último párrafo del artículo 13 de los Estatutos y el siguiente artículo 14, ya que en aquél con referencia a las atribuciones de la Junta general de accionistas, se expresa que puede ésta deliberar y resolver sobre los asuntos que un número de accionistas que represente como mínimo la décima parte del capital desembolsado, someta a informe del Consejo cinco días antes de celebrarse la Junta general, lo que está en desarmonía con el artículo 14, que previene en la convocatoria para las Juntas generales que se expresará el objeto de las mismas y que tal convocatoria ha de hacerse con ocho días de antelación al de la celebración.

9.º Resultar que el artículo 21, número quinto, de los Estatutos infringe lo dispuesto en el artículo 13 de los mismos, ya que aquél señala que entre las atribuciones del Consejo de Administración está la de celebrar, entre otros contratos el de hipoteca, y si esta hipoteca hubiera de garantizar alguna emisión de obligaciones se infringe lo dispuesto en dicho artículo 13, que atribuye a la competencia de la Junta general extraordinaria el de acordar la emisión de obligaciones, sean simples o hipotecarias, pues el mismo artículo 21, en sus párrafos sexto y séptimo dice que corresponde al Consejo acordar las operaciones de créditos o préstamos que no estén reservados a la Junta general en el artículo 13, y que es facultad del Consejo determinar lo necesario para la emisión de obligaciones con arreglo a lo que hubiera acordado la Junta general; a pesar de estas aclaraciones subsiste la oposición entre ambos artículos por lo que se refiere a la hipoteca.

10. La contradicción existente entre el número 8.º del artículo 21

y el número 3.º del artículo 13, ambos de los Estatutos, ya que el primero establece entre las facultades del Consejo, determinar la inversión de los fondos disponibles, así como los de reserva, en oposición a lo que expresa el número 3.º del artículo 13 que al hablar de las atribuciones de la Junta general ordinaria, señala como una de ellas el disponer de la reserva a propuesta del Consejo de Administración, incluso para el pago de dividendos; y el mismo artículo 21, número 8.º de los Estatutos, infringe el artículo 1.º del Decreto-ley de 7 de noviembre de 1947, que señala, como asuntos que ha de resolver la Junta general ordinaria en su reunión obligatoria anual, el aprobar las cuentas y balances del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios. Es de advertir que este defecto no se puede considerar subsanado por lo dispuesto en el número 11 del artículo 21 de los mismos Estatutos, según el cual corresponde al Consejo proponer a la Junta general el pago de dividendos activos, así como la movilización de la reserva; lo cual sí está en armonía con el número 3.º de dicho artículo 13, pero no destruye la oposición que existe entre este último precepto estatutario y el número 8.º del referido artículo 21, según el cual corresponde al Consejo no la proposición a la Junta general de estos asuntos, sino la resolución directa de ellos.

11. El señalar el número 12 del artículo 21 de los Estatutos como atribuciones del Consejo, al hablar de ejercicio de acciones ante los Juzgados y Tribunales, la de transigir judicialmente con toda amplitud, por medio de los representantes procuradores o letrados que designen, para que, a estos efectos lleven la representación y la defensa de la Sociedad; y como la transacción puede implicar en ciertos casos un acto lucrativo (artículo 1.809 del Código civil), con un criterio de rigor puede estimarse que no es lícito verificarla una Sociedad mercantil, cuyo fin esencial es el lucro (artículo 116 del Código de Comercio), ni aun siquiera para las recogidas por el Código civil, cuyo fin esencial es también el lucro (artículo 1.665 del Código civil), al menos tiene que ser de la competencia de la Junta general extraordinaria de socios dicha transacción.

Interpuesto recurso, previa solicitud de reforma de calificación por la que el Registrador desestimó dos más que había consignado y cuya transcripción hemos omitido, la Dirección, con revocación parcial del acuerdo apelado, declara que la escritura calificada sólo adolece del defecto señalado con el número 6, mediante la razonada y ajustada doctrina siguiente:

«Que el testimonio notarial del documento comprensivo de la notificación a la Delegación de Industria y del «enterado» de ésta, necesarios para que el concesionario pudiera verificar la aportación a la Sociedad, demuestra que carecen de base, tanto el defecto señalado con el número 1.º como la alegación correspondiente del acuerdo, al requerir nueva presentación de dicho documento para calificarlo, no obstante reconocer que tuvo acceso al Registro antes de la última calificación.

Que los defectos 2.º al 4.º se fundan en el error de que lo aportado a la Sociedad es una industria con su maquinaria cuando la misma escritura pone de relieve que fué la simple concesión, de valor económico indudable e independientemente de los elementos materiales que hayan de utilizarse para cumplir su objeto y, por lo tanto, la argumentación empleada al efecto ha de ser reputada inoperante.

En cuanto al defecto 5.º, que las cifras consignadas al dorso del documento a que se refiere, carecen de eficacia jurídica para determinar el capital social y se limitan a la enunciación del valor probable de los proyectos, para su constancia en las Delegaciones de Industria, con objeto de cumplir el trámite establecido en la Orden de 12 de septiembre de 1939.

Respecto del defecto 6.º, que el artículo 2.º del Decreto-ley de 7 de noviembre de 1947, preceptúa que se celebre Junta general extraordinaria cuando lo solicite un número de socios que represente al menos la décima parte del capital desembolsado, criterio reflejado también en el artículo 56 de la Ley de 17 de julio de 1951; y como el artículo 14 de los Estatutos señala al efecto la cuarta parte del capital social, en este caso totalmente desembolsado, se halla en contradicción con normas de derecho necesario y de inexcusable cumplimiento.

En cuanto al defecto 7.º, que el artículo 2.º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947 ordena que el Consejo de Administración y las Juntas generales sólo podrán reunirse en ciudad diferente de la del domicilio social, cuando exista motivo justificado y con autorización discrecional del Ministerio de Hacienda; que la Ley sobre régimen jurídico de Sociedades Anónimas requiere que las reuniones de la Junta general se celebren necesariamente en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio (artículo 63), sin prescribir nada análogo en cuanto al Consejo de Administración, y, por consiguiente, el artículo 20 de los Estatutos, al permitir las reuniones del Consejo en lugar distinto

del domicilio social, no parece conculcar las prescripciones del citado Decreto-leý, ni desvirtuar la necesidad de autorizaciones impuestas por normas nacidas en circunstancias especiales.

Que los defectos 8.º al 10 se dedican a señalar contradicciones entre diversos artículos de los Estatutos, y, como se deduce de su simple lectura, están desprovistos de justificación, porque tales prescripciones contemplan y regulan casos distintos, sin infringir disposiciones legales, y, por tanto, deben ser desestimados.

Por último, en cuanto al defecto 11, que es improcedente el criterio del Registrador al exigir que se atribuya a la Junta general extraordinaria la capacidad para transigir sin apoyo en el ordenamiento jurídico, sostenido, además, con notoria oscuridad en el acuerdo, que en éste y en otros puntos aparece redactado con olvido de la claridad y precisión prevenidas por el artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil, defectos que también se observan en la nota impugnada.»

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1951.—*Distinción entre contrato civil y administrativo.*

El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de diciembre de 1921, 3 de julio de 1941 y 2 de febrero de 1942 y ésta, han fijado como elementos de distinción entre los contratos civiles y los administrativos el carácter con que interviene en ellos la administración, pues en estos últimos lo hace a modo de poder, imponiendo como tal condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas, o como dice el auto recurrido, más bien que contratar, puede decirse que manda, viendo en el particular un subordinado, y también por el objeto del contrato, que cuando es inmediata y directamente la ejecución de obras y servicios públicos, y no cuando constituye un trámite previo o medio preparatorio para esa ejecución, serán administrativos, y según declaración clara y terminante de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de 14 de julio de 1903, que recoge la doctrina de otras varias, no puede confundirse el fin a que se destina la cosa objeto del contrato con lo que verdaderamente constituye servicios públicos.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1951.—*Igualdad entre españoles y extranjeros.*

La legislación española, en general, no sigue el principio de reciprocidad, sino que, dando un ejemplo de generosidad internacional, sigue el principio de la igualdad entre españoles y extranjeros, proclamado en el artículo 27 del Código civil y en el 15 del Código de Comercio, y que también está presente en disposiciones especiales, como el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868, el Real Decreto de 11 de junio de 1886 y la Ley de 10 de mayo de 1902, y tal principio no tiene otra excepción, en cuanto a los derechos civiles, que la del caso en que los Tratados internacionales dispongan otra cosa.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1951.—*Término extraordinario de prueba en el juicio de desahucio.*

Es muy reiterada la doctrina jurisprudencial declarando que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.568 y 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede otorgar el término extraordinario de prueba en el juicio de desahucio, dada su naturaleza sumaria.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1951.—*Presunciones*

Ni la Ley Procesal ni la jurisprudencia autorizan a combatir con presunciones la apreciación de las pruebas hechas por el Tribunal *a quo*, y aun en el caso de que los Tribunales hayan tenido en cuenta la prueba de presunciones para resolver los asuntos que les fueron sometidos, no puede alegarse válidamente en casación presunciones contrarias mientras no se demuestre por documentos o actos auténticos que ha habido error en el Tribunal en la apreciación de los hechos en que las suyas se fundan.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1951.—*En caso de ruina sin expediente contradictorio, los inquilinos desahuciados no tienen derecho al cobro.*

El derribo por orden de la Autoridad municipal, que por su carácter urgente no admite la posibilidad de expediente contradictorio, dado el grave peligro de ruina, con probables perjuicios, no sólo para los ocupantes del inmueble, sino para los transeúntes por la vía pública, no está comprendido en la letra C) del artículo 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, ni en los artículos 7.º y 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, que por primera vez establecieron en nuestra legislación el derecho de recobro, por parte del inquilino, en caso de obras emprendidas por el propietario que exigieren desalojar el inmueble afectado y, en su defecto, es forzoso acudir a las normas del Código civil, que regulan la trascendencia de la pérdida de la cosa debida en orden a las obligaciones nacidas de los contratos que sobre la misma recaen; en este camino surge el art. 1.182 del Código civil en relación con el 1.568 y disposiciones referentes al caso fortuito y a la fuerza mayor, los cuales previenen la extinción de las obligaciones nacidas del contrato, y a ello responde también el art. 155 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que enumera la pérdida de la cosa debida entre las causas que determinan la resolución del contrato de arrendamiento, por lo que procede estimar en tal sentido los tres motivos del recurso. Esta doctrina ha sido proclamada por esta Sala no sólo en las Sentencias de 28 de febrero de 1948, 21 de octubre de 1949 y 3 de marzo de 1951.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1951.—*Diferencia entre el legado de residuo y la sustitución fideicomisaria.*

Dice que, según Sentencias de 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947 y 13 de noviembre de 1948, las disposiciones testamentarias de residuo

no encajan del todo en el cerco de las genuinas sustituciones fideicomisarias, reguladas en el art. 781 y complementarios del Código civil, sólo aplicables a aquellas en determinadas circunstancias, pues el fideicomiso de residuo no se adquiere en derecho desde la muerte del testador, porque el eventual que le asiste sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado, en mayor o menor extensión, por cumplimiento de la condición suspensiva, y no nace si la condición no se cumplió, pues el fiduciario puede disponer de los bienes por actos intervivos o mortis causa, si para esto hubiera sido autorizado, y, consiguientemente, el fideicomiso no tiene efectividad, si, en una u otra forma, el heredero dispone de la totalidad de los bienes.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1951.—*Testamento: Interpretación.*

En armonía con lo establecido en el art. 675 del Código civil, las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, en razón a que, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad del testador, a no ser que permitan alguna duda acerca de cuál fuera éste, en cuyo caso, concediendo dicho precepto notoria primacía a la voluntad real, debe observarse lo que aparezca más conforme con ésta, según el tenor del mismo testamento.

Es doctrina muy reiterada de jurisprudencia que la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias corresponde al Tribunal de instancia, y, consiguientemente, que cuando se trata de mera interpretación, es menester que el error resulte muy manifiesto en la Sentencia, o al menos que se demuestre, para que pueda casarse, la verosimilitud de otra inteligencia más exacta y conforme con la voluntad del testador.

PROCESAL

SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1951.—*Competencia.*

Ejercitándose una acción personal para el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato y a la que no se fijó lugar del cumplimiento, debe entenderse tácitamente designada la población en que comenzó a cumplirse lo convenido.

SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1951.—*Competencia.*

Cuando las partes no se hubieran sometido expresa o tácitamente a un Juzgado determinado, ni hubieran convenido el lugar en que los servicios deberían ser pagados, a los efectos de la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se estimará Juez competente para conocer del juicio en que se reclama el pago el del lugar en que se prestaron, y si

fué en distintas poblaciones el de cualquiera de ellas, a elección del demandante.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1951.—*Incongruencia.*

El artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil es de orden material y no meramente adjetivo, y, consiguientemente, si al articular un recurso alguno de sus motivos se basa en la incongruencia del fallo, no bastan para su admisión ampararlo en los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de dicha Ley, sino que es indispensable citar la norma referida, porque si no se cita, tal omisión es suficiente para desestimarlos.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1951.—*Competencia en la compraventa.*

Al no constar que en el contrato de compraventa mediase sumisión ni pacto relativo a donde se había de pagar el precio de la mercancía, se ha de determinar la competencia por aplicación de la regla primera del artículo 62 de la Ley Procesal, en armonía con el artículo 1.500 del Código civil, atendiendo al lugar en el que los géneros vendidos se entregaron al comprador, habiéndose de entender ante la falta de datos en contrario, que según reiteradamente tiene establecido la jurisprudencia, se hizo la entrega en el domicilio del vendedor y de cuenta y riesgo del comprador.

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1951.—*Competencia en las compraventas mercantiles.*

En la demanda origen de esta cuestión de competencia, se ejercita una acción personal derivada de una compraventa mercantil y no existiendo sumisión expresa ni tácita a Juzgado determinado, debe atribuirse la competencia al Juez del lugar donde debe cumplirse la obligación, según lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley Procesal y Ley de 17 de julio de 1948. Este lugar donde debe cumplirse la obligación de pago en las compraventas mercantiles, es aquel en que se hayan entregado la cosa vendida con arreglo a lo que dispone el artículo 1.500 del Código civil, aplicable a las compraventas mercantiles, por virtud del artículo 50 del Código de Comercio y es jurisprudencia constante que la entrega de la cosa vendida se presume hecha en el lugar donde el vendedor tiene establecimiento comercial, salvo prueba en contrario.

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1951.—*Casación por error de hecho.*

Es jurisprudencia constante, que a los fines de la casación legal, fundada en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, no basta alegar consideraciones y presunciones más o menos racionales, aunque se deriven del resultado de un elemento aislado, o del conjunto de la misma, si el error de hecho afirmado por el juzgador no se patentiza con un documento o acto auténtico o dimana de haberse desconocido la fuerza probatoria atribuida por la Ley a algún elemento de prueba.

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1951.—*La falta de impugnación expresa de un documento implica su reconocimiento.*

Según reiterada jurisprudencia la falta de impugnación expresa del documento que sirve de base principal a la demanda y por el hecho de razonar sobre el mismo, tácitamente se reconoce su autenticidad, sin que a ello obste la vaga manifestación de que se niegan todos los hechos de la demanda porque conforme a los artículos 549 y 565 de la Ley, en los escritos a que se refiere dicho artículo cada parte confesará o negará llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria, de tal modo que el silencio o las respuestas evasivas podrán estimarse en la Sentencia como confesión de los mismos, y debiendo la prueba que se proponga concretarse a los hechos que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1951.—*Improcedencia de la admisión de recurso en desahucio sin previa consignación.*

Por disposición del artículo 180 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la de Enjuiciamiento civil es subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento y el artículo 1.566 de la última prohíbe, en los juicios sobre resolución de arrendamiento admitir al demandado, en ningún caso, al recurso de apelación, si al interponerla no acredita tener satisfechas las rentas debidas o no las consigna en el Juzgado.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de julio de 1950.

ESTA RESOLUCIÓN REITERA Y EN CIERTO MODO AMPLÍA LA DOCTRINA SENTADA POR EL MISMO TRIBUNAL EN LA DE 13 DE JUNIO DE IGUAL AÑO, CON MOTIVO DE UN CASO DE MODALIDADES SEMEJANTES Y ESENCIALMENTE CASI IDÉNTICAS.

Una importante casa constructora de maquinaria formuló presupuesto de construcción de determinadas máquinas de características especiales, en el que se detallaban éstas y se fijaba el precio, los plazos de entrega y de pago, etc. Con arreglo a ese presupuesto, otra Entidad hizo el pedido de las máquinas, tal y como se ofrecieron en cuanto a precio, forma y lugar de entrega y plazos de pago.

A la vista de tales documentos, la Abogacía del Estado liquidó, por el concepto «Muebles», número 46 de la Tarifa, al 3 por 100, y la liquidación fué recurrida, alegando que por tratarse de un contrato de venta concertado por correspondencia estaba exento, como comprendido en el número 8.º del artículo 6.º del Reglamento, cuya tesis fué desechada por el Tribunal provincial, fundado en que el caso no era de compraventa, puesto que, pactada la construcción de maquinaria conforme a ciertas normas y tipos, el contrato era de arrendamiento de obras, según el artículo 1.588 del Código civil, y por aportar el empresario los materiales, se integra la figura del contrato mixto, comprendidos en el Reglamento, artículo 18, párrafo 4), y 25, párrafo 3.º y siguientes, y además que por poner el contratista la totalidad de los materiales y dedicarse habitualmente a la confección de obras o productos análogos, el contrato se liquida como compraventa, según lo dispuesto en el apartado 4) del artícu-

lo 18, sin que por ello se desvirtúe la categoría civil del negocio, y, por fin, que la exención de los contratos por correspondencia no es aplicable a los contratos de obras con suministro, con tanto más motivo cuanto que las exenciones se han de aplicar con criterio restrictivo.

El Tribunal Central, ante el que se recurrió en alzada, después de reafirmar la calificación del contrato como de ejecución de obras con suministro y aceptar los razonamientos reseñados, analiza la posibilidad de aplicarle la exención de los contratos de venta celebrados por correspondencia por comerciantes e industriales de los artículos propios de su comercio o industria, y dice que examinada dicha exención, se ve que se refiere a las compraventas que en el uso mercantil es corriente celebrar por carta y que tiene por objeto no dificultar las operaciones propias de la vida mercantil con intervenciones fiscales que las harían imposibles, y por lo mismo la exención de que se trata sólo puede aplicarse a esos contratos y no a los que ofrezcan otras características, como el mismo número 8.º expresamente dice, de acuerdo, además, con el número 48 del mismo artículo 6.º del Reglamento, el cual, siguiendo el principio consignado en la Ley de Contabilidad, dice que en ningún caso, ni aun a pretexto de ser dudosos, podrán declararse exceptuados otros actos que los expresamente enumerados.

Además, en el caso—dice—no se cumple el requisito de que se trate propiamente de mercaderías, porque las máquinas contratadas tienen características especiales determinadas y no pueden calificarse con propiedad como mercaderías, puesto que sólo son aplicables al objeto a que se destinan y no son adecuadas para ser vendidas como géneros o artículos de uso corriente en el mercado.

Por último, termina diciendo la Resolución, aunque se tratase de un contrato celebrado por correspondencia sobre mercaderías, no se daría la exención, porque, a tenor del artículo 24, queda circunscrita al mero pedido de géneros para cuya venta está debidamente matriculado el vendedor, o sea de artículos propios de su comercio o industria, y en el caso discutido no se refirió el pedido a material corriente en el comercio, sino que fué necesario fabricarlo especialmente con características determinadas y con fijación de sitio y forma de entrega, plazos de pago, etc., lo cual excluye la aplicación de la exención.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de julio de 1950.

LA NORMA DEL ARTÍCULO 47 DEL REGLAMENTO RELATIVA A QUE SI UN DOCUMENTO COMPRENDE CONCEPTOS SUJETOS AL IMPUESTO SEPARADAMENTE EN LA TARIFA, SIN ESPECIFICAR EL VALOR DE CADA UNO, SE APLICARÁ EL TIPO QUE CORRESPONDA AL CONCEPTO QUE LO TENGA MÁS ELEVADO, NO ES APLICABLE EN EL CASO DE QUE SE COMPENDAN CONCEPTOS EXENTOS, A LOS QUE SE APLICARÁ LA EXENCIÓN.

Antecedentes: El Ayuntamiento de Madrid vendió en escritura pública a una Compañía Inmobiliaria un solar en una céntrica calle de Madrid diciendo que la finca se había formado por segregación de la denominada Mercado de los Mostenses, en la plaza de este nombre.

El contrato, importante varios millones de pesetas, se liquidó por el concepto de compraventa, y la Entidad adquirente reclamó contra la liquidación diciendo que la superficie transmitida era la resultante de diversas demoliciones, segregaciones y expropiaciones de otras fincas, llevadas a cabo por el Ayuntamiento en ejecución de proyectos de ensanche y realización de la Gran Vía, por lo cual era de aplicar la exención del número 3.º del artículo 6.º del Reglamento.

La reclamación fué documentada con otra escritura aclaratoria y una certificación del Registro de la Propiedad, justificativas de que el solar aludido se componía de seis parcelas, de las que cinco eran segregadas de solares sobrantes de fincas adquiridas por expropiación forzosa para reforma de la vía pública, y la sexta era sobrante de la misma vía pública.

Con apoyo en este dato, el Tribunal provincial denegó el recurso invocando el artículo 38 del Reglamento, que dispone que las enajenaciones de parcelas sobrantes de vía pública realizadas por las Corporaciones tributarán con sujeción a los preceptos generales, y como en la escritura se determina el precio del solar en conjunto, es liquidable la totalidad por aplicación del apartado 2) del artículo 47 del Reglamento.

El Tribunal Central estimó que era liquidable la transmisión en cuanto a dicha sexta parcela en virtud del citado artículo 38, y que, justificada la procedencia de las restantes, les era aplicable la exen-

ción del menciondo número 3.º del artículo 6.º, no obstante lo dispuesto en el artículo 47, invocado por el Tribunal provincial para denegarla, porque aunque en él se dice que cuando en un mismo documento se comprenden diversos conceptos sujetos al impuesto separadamente en la tarifa, sin especificar la parte del valor total que a cada uno de ellos corresponde, se aplicará el tipo correspondiente al concepto que lo tenga más elevado de los comprendidos en el documento, «pero es lo cierto, añade el Tribunal, que a la vista de lo establecido en dicho artículo se observa que no se incluye en éste el caso de que por estar englobados bienes exentos del impuesto y bienes que deban satisfacerlo, hayan de sujetarse todos ellos a tributación, y en consecuencia, no puede darse a dichas disposiciones la interpretación extensiva que propugna el fallo apelado.»

Comentarios: Aprobamos de lleno el criterio que la Resolución comentada sienta sobre el sentido del mentado precepto del apartado 2) del artículo 47.

Habla con razón de interpretación extensiva, y así es en realidad la aplicada por el Tribunal inferior, puesto que el texto habla de diversos conceptos *sujetos* al impuesto separadamente, y en el caso lo que se parangonó fué un acto *exento* con uno sujeto.

Supuesta la antedicha interpretación, entendemos que el mismo criterio habrá de aplicarse si se da el supuesto de que lo que el contrato contenga sean actos *no sujetos*, junto con los sujetos, sin especificar el precio o valor de unos y otros, que es el presupuesto que el artículo 47 establece para imponer el tipo de tributación más elevado.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de julio de 1950.

ESTA RESOLUCIÓN APLICA EL DECRETO-LEY DE 24 DE MARZO DE 1950 SOBRE EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES Y TIMBRE DE LOS CONTRATOS QUE OTORQUE LA RED NACIONAL DE LOS FERROCARRILES ESPAÑOLES SOBRE ADQUISICIONES DE TODAS CLASES PARA SU DESENVOLVIMIENTO.

Antecedentes: Una Entidad constructora de maquinaria suministró a la R. E. N. F. E. variedad de elementos y la Oficina Li-

quidadora giró las liquidaciones que estimó procedentes, en cuantía importante. Contra ellas recurrió la constructora alegando que los documentos presentados no estaban sujetos al impuesto por no constituir contratos de venta ni de suministro, sino el cumplimiento de pedidos; no pudiéndose afirmar la existencia de contratos porque la entrega de material se hizo en cumplimiento de órdenes refrendadas por la Comisaría de Material Ferroviario.

La reclamación fué desestimada por el Tribunal provincial diciendo que de los documentos obrantes en el expediente se deduce que los suministros se realizaron voluntariamente por concursó y después de haber solicitado de la Sociedad constructora, al tiempo de hacerse el encargo en firme, su conformidad en cuanto a condiciones y precios, lo cual es incompatible con el alegado acatamiento a unos pedidos de cumplimiento ineludible.

Llevado el problema ante el Tribunal Central, se citaron por la Empresa recurrente diversas disposiciones encaminadas a demostrar la carencia de libertad de contratación en la materia como consecuencia, especialmente, del Decreto de 19 de diciembre de 1940, porque creó la Delegación del Estado en las Industrias Siderúrgicas, de cuyas citas prescindimos porque el problema se resuelve, como veremos, al margen de todas ellas, por aplicación del Decreto-Ley citado en el encabezamiento de este comentario.

Dice, pues, la Resolución que nos ocupa que el Decreto-Ley de 24 de marzo de 1950 «dispone que quedan exentos del Impuesto de Derechos reales y Timbre los documentos en que se contengan los contratos que otorgue la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles sobre compras, arrendamientos o concesiones, cesiones de patentes o derechos de propiedad industrial, suministro, obras con o sin suministro y los accesorios de fianza, para la explotación o para la reparación, reconstrucción, mejora o ampliación de su material fijo y móvil, y, en general, de su establecimiento, con o sin intervención de la Comisaría de Material Ferroviario, y que la exención alcanzará a los contratos otorgados con anterioridad al Decreto-Ley sobre los cuales no haya recaído acuerdo administrativo que al tiempo de su promulgación esté consentido y firme», y por consiguiente—sigue diciendo—, ante tan terminante declaración, es innecesario entrar a examinar si existió o no contrato, porque aunque existiese, cualquiera que fuese su forma, la entrega de diversos

materiales a la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, utilizables en la forma prevista en el Decreto, como en el caso de autos es indudable que se hallan comprendidos en la exención prevista en el mismo, el cual es, sin duda, aplicable al caso en discusión, porque aunque causado éste con mucha anterioridad a esa norma legal, no ha recaído sobre él acuerdo administrativo firme y, por lo tanto, ha de darse a su texto el efecto retroactivo que su letra previene.

Comentarios: Algunos merece esta decisión del Tribunal Central dando una interpretación clara y terminante al mencionado Decreto-Ley de 24 de marzo de 1950, máxime teniendo en cuenta que la exención que consagra va más allá que la que todos los Reglamentos, sin excepción, vienen concediendo a la contratación en que uno de los contratantes es el Estado.

Bien sabido es que, en cuanto a éste, dice el Reglamento, en el número 2.º del artículo 6.º, que están exentos «los actos y contratos de todas clases en que recaiga sobre el Estado la obligación de satisfacer el impuesto»; y si ahora se compara ese texto con el más arriba transcrito del Decreto-Ley de 24 de marzo de 1950, se verá cómo la exención que éste consagra para la R. E. N. F. E. es mucho más amplia que aquélla; cuando el Estado contrata, el contrato queda extramuros del impuesto si el Estado es el obligado al pago; cuando contrata la R. E. N. F. E., con las finalidades dichas, el *contrato* queda al margen del Impuesto, sea o no ella la obligada al pago.

Como se ve, la diferencia de criterio en uno y otro caso es notable, y es tanto más de destacar cuanto que, en definitiva, la aludida Entidad ferroviaria resulta de mejor condición y más privilegiada que el mismo Estado.

Antes de ser dictada la Resolución que nos ocupa, era posible, e incluso razonablemente defendible, interpretar el Decreto-Ley en forma menos extensiva que la que de su letra se desprendía. Cabía pensar que aunque habla de la exención de los *contratos* que otorgue la R. E. N. F. E., ello no quería decir sino que la exención alcanzaba al contrato en cuanto la obligada al pago fuera esa Entidad, porque la interpretación literalista conducía a colocar a un contribuyente, siquiera fuese una Entidad tan importante y respetable como la R. E. N. F. E., en situación más privilegiada que el mis-

mo Estado como contribuyente, o, dicho de otra manera, porque tal interpretación conducía a hacer de mejor condición al que contrata con la R. E. N. F. E. que al que lo hace con el Estado.

No se nos oculta que en definitiva y en el fondo pudo pesar en el ánimo del legislador la consideración de que la verdadera manera de beneficiar con la exención a aquél a quien se quiere beneficiar, es concediendo la exención al *contrato*, sea quien sea el obligado al pago del impuesto. Y ello es claro: si el que contrata con el Estado o con el Organismo paraestatal sabe que el Impuesto recaerá sobre él, procurará, siempre que sea factible, tenerlo en cuenta al transmitir o al adquirir y al fijar el precio, con lo cual, en fin de cuentas, el gravado con el impuesto no será él, sino el otro contratante a quien se quiso beneficiar.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de septiembre de 1950.

EN EL CASO DE QUE NO EXISTA VERDADERO CONTRATO Y SE TRATE REALMENTE DE ENTREGA DE COSAS INTERVENIDAS, NO HA LUGAR A EXIGIR EL IMPUESTO SI EL SUMINISTRADOR SE LIMITA A ENTREGAR EL PRODUCTO VENDIDO, SEGÚN LAS ÓRDENES DEL ORGANISMO INTERVENTOR.

Oficialmente fué concedido a la Entidad P. de T. licencia de importación de cincuenta chasis para camión, a disposición de la Secretaría Técnica del Ministerio de Industria y Comercio, al cual ordenó la entrega de cinco de ellos a una Empresa de transportes con determinación de su precio en importante cuantía.

La adquirente presentó la documentación en la A. del E. junto con un escrito en el que razonaba la inexistencia de contrato de adquisición de los expresados vehículos, pero, ello no obstante, aquella Oficina giró liquidación por el concepto muebles al 3 por 100, la cual fué recurrida, razonando que, según el artículo 44 del Reglamento, para que el impuesto sea exigible es necesario que exista una convención expresa o un acto deducido de la intención o voluntad de las partes manifestada en las estipulaciones de un contrato; que el artículo 24 del Reglamento presupone que haya un contrato concertado por escrito para que se devengue el impuesto,

y en el caso no lo ha habido conforme al artículo 1.261 del Código civil porque faltó el consentimiento manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa, ni la transferente ofreció la venta ni la adquirente aceptó la compra ni hubo mutuo acuerdo en el precio; y, por fin, que el apartado 5) del artículo 48 del Reglamento prescribe que no será exigible el impuesto cuando las diligencias o actuaciones administrativas tengan por objeto hacer efectivo el importe del precio oficial a comerciantes, industriales o fabricantes de artículos o materiales que se hallen regulados o intervenidos en su fabricación, distribución y venta, y el suministrador se haya limitado a entregar el producto vendido según las órdenes recibidas del Organismo interventor.

Denegado el recurso en primera instancia, lo acoge el Tribunal Central, y dice en primer término que a tenor del artículo 44 citado es menester examinar si en el caso del expediente se ha celebrado o no algún contrato entre las dos Entidades aludidas, añadiendo que de los antecedentes se desprende que la entrega de los camiones se hizo en cumplimiento no de un contrato, sino de una orden de un Organismo que legalmente no era posible eludir, y al no haber existido libre contratación ni convenio entre las partes sobre el objeto y demás condiciones no puede decirse que se haya celebrado un contrato de suministro o venta.

Finalmente acoge también la reseñada cita del apartado 5) del artículo 48, y dice que ese precepto aplicado al caso veda la exacción del Impuesto, porque si bien, en general, basta que existan diligencias administrativas para que se presuma el contrato escrito y se pueda exigir el impuesto, esa norma no rige cuando se trata de entregas del producto vendido, según órdenes del Organismo interventor.

Resolución del Tribunal Central de 17 de octubre de 1950.

A CIERTO AYUNTAMIENTO LE FUERON GIRADAS LIQUIDACIONES POR EL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS, CORRESPONDIENTES A VARIOS AÑOS, Y EL ALCALDE, DESPUÉS DE HABER TRANSCURRIDO MÁS DE QUINCE DÍAS DE LA NOTIFICACIÓN DE DICHAS LIQUIDACIONES, SOLICITÓ DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO EL FRACCIONAMIENTO DEL PAGO.

La pretensión fué desestimada por estimar que reglamentariamente debió formularse dentro del plazo de quince días señalado para el ingreso de las liquidaciones, fijado en el artículo 276 del Registro, en relación con el 134 y el 135.

El Tribunal Central confirma el acuerdo y dice que por imperativo de los artículos 276 y 282 del Registro, son aplicables al impuesto de Personas Jurídicas, en cuanto a liquidación y pago, las mismas normas que al de Derechos reales, y entre ellas las de los citados artículos 134 y 135, las cuales disponen que los fraccionamientos de pago han de solicitarse dentro del plazo de quince días señalado para el ingreso de las liquidaciones.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

* . POST SCRIPTUM.—Después de escrito este comentario para el mes de abril, llega a nuestras manos una amable comunicación firmada por «Un lector de REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO y de sus comentarios», en la que se nos dice que discrepa de la interpretación dada por nosotros al apartado 2) del artículo 19 del Reglamento, cuando en la suscripción de acciones de una Sociedad se exige a los aportantes, además del valor nominal, una cantidad en concepto de prima con destino al fondo de reserva.

Nuestro comentario apareció en el número de enero de esta Revista, al dar cuenta de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de junio de 1950, y sobre él dice nuestro comunicante que su «interés no consiste en hacer constar esta discrepancia personal, sino en suscitar la cuestión, por si usted cree del caso una más detenida exégesis en obsequio a los que con sumo interés buscamos sus comentarios».

Aunque a continuación el interlocutor apunta algunos breves razonamientos, nos abstenemos de analizarlos ahora, porque nos parecería mejor que los explyase con más amplitud en la Revista. A ello le invitamos, dando por supuesto que la amable dirección de la misma dé su placet.

Nuestros lectores tendrán así más elementos de juicio, y por nuestra parte más motivos de meditación para llegar al verdadero sentido del apartado en cuestión.

VARIA

Notas sobre el tercero, la fe pública, la sustantividad y la legitimación.

En los Boletines de la Asociación de Registradores de la Propiedad cubanos, correspondientes a los meses de octubre de 1951 y enero de 1952, aparecen dos trabajos de nuestro ilustre y competente compañero de profesión doctor don Agustín Aguirre, Profesor de Derecho Hipotecario en la Universidad de La Habana, que copiamos a continuación por estimarlos de gran interés al significar un certero juicio de nuestra reforma hipotecaria de 1944, un acertado intento de síntesis de conceptos amplios, bien enfocados y mejor expuestos, y una contribución valiosísima para esclarecer ideas un tanto confusas, tarea que se ha impuesto el autor precisamente por su cualidad de maestro y que creemos ha realizado satisfactoriamente.

1. Hablar del tercero desde el punto de vista inmobiliario es referirse al régimen hipotecario nuestro. El tercero es la piedra angular —y hasta filosófal— del sistema inmobiliario de publicidad cubano. Y no decimos español porque ya España superó la etapa de la «tercería hipotecaria» como enigma y laberinto jurídico. Actualmente el concepto del tercero es en la legislación hispana, de extrema sencillez. Tal como se presenta en la vida diaria, sin complicaciones. La trascendencia y eficacia del régimen español moderno está, no en la vieja tercería hipotecaria, sino en el juego de los principios que lo informan y sustentan. Y en él aparece el tercero claramente señalado, sin ambigüedades ni contradicciones. De ahí que el legislador hispano de 1944 en vez de definir el terce-

ro, lo cita como titular a quien normalmente protege y ampara el sistema. La plena legitimación o fe pública del régimen está centrada en las disposiciones básicas que contienen los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. La inscripción —dice el primero— no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. El tercero —agrega el segundo— que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscripto su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. Para llegar a esta fórmula de gran sencillez y precisión, el legislador peninsular revisó cuidadosamente el viejo régimen e introdujo en el mismo una reforma altamente depuradora, que se asienta en los mejores principios hipotecarios y permite la consideración del tercero sin complejidad alguna, en su acepción gramatical y como titular de derechos inscriptos. Y es bueno añadir que, conforme al precitado artículo 34 de la Ley española, la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Y que los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente. Esto mismo —y otros puntos que aparecen en la reforma española de 1944— defendimos para nuestra Patria en la obra que publicamos el año 1939.

2. Pero nuestra legislación sigue por los caminos de las reformas circunstanciales e inconexas. Sin método ni orientación fija. El casuismo y las conveniencias políticas con propósitos simplemente electorales lo presiden casi todo. Y las excepciones carecen, la mayoría de las veces, de un estudio previo debidamente realizado. Por esto hay que continuar la tarea de presentar una síntesis sobre el tercero en el Derecho Hipotecario cubano, intentando así, cuantas veces nos sea dable y con los mejores antecedentes, aportar algunos rayos de luz en la tiniebla interpretativa de esta vieja enteleguía jurídica.

3. El medio que consideramos mejor a la finalidad de expresar un claro concepto del tercero hipotecario es la determinación de la idea genérica, comprensiva de toda actividad humana de orden jurídico. Y en tal sentido es tercero quien no interviene en un acto o relación jurídica determinada y si tomó parte en él no lo integra

subjetivamente ni, en su consecuencia, deriva del mismo derecho alguno. Es un concepto negativo o de exclusión, que significa no ser parte en un acto o contrato. Implica desconocimiento total de la concreta actividad humana que se toma en consideración. O conocimiento, sin participación interesada, del acto o relación jurídica que se contempla. Es, en suma, el llamado tercero civil absoluto. El *poenitus extranei*.

4. De esta idea vamos al mundo hipotecario o registral. Al mundo de las inscripciones. Y de inmediato advertimos la necesidad de estimar posiciones distintas: perjuicio a tercero; beneficio o protección a tercero; y —en situación intermedia— sin perjuicio de tercero.

5. Cuando un estado registral o de inscripción perjudica a tercero, esta cualidad se atribuye a quien no ha sido parte en el acto o contrato que el asiento protege, aunque ese titular aduzca derechos legítimos no registrados. Si tales derechos aparecieren inscritos se está ante un caso de doble inscripción, cuyo fallo precisa fundarse tanto en los antecedentes registrales como en los de orden estrictamente civil.

6. Si el estado registral beneficia a tercero, este titular es, exactamente, quien reúne todas las condiciones que el Derecho hipotecario presupuesta para otorgar la plena legitimación o amparo de la fe pública del Registro. En sentido general, este tercero está definido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y se complementa con los requisitos de buena fe y onerosidad que exige la jurisprudencia.

7. En definitiva, ambas ideas —con perjuicio de tercero y beneficio o protección a tercero— no son otra cosa que facetas distintas de un mismo concepto, el de tercero; constituyen las dos posiciones determinantes de su relatividad. Cualquiera de ellas supone siempre la existencia de la otra. Mas entre las dos hay un concepto que deja en suspenso la fe pública del Registro. Es la situación intermedia que presentan los estados registrales «sin perjuicio de tercero». Cuando se dice que un acto o contrato inscripto no perjudica a tercero, significa necesariamente que hay o puede haber otro titular a quien se considera tercero y a quien se protege, directamente o por reserva de derechos. Por esto, la expresión, «sin perjuicio de tercero o no perjudica a tercero» quiere decir, en todo ca-

so, que la inscripción no ampara por sí al titular según el Registro. O sea, que mientras la inscripción aparezca realizada en tal forma, el régimen hipotecario carece de verdadera sustantividad. No existe legitimación plena. Y cualquier titular, inscripto o no, puede reclamar los derechos que le asistan. La fuerza expansiva del concepto traspone los límites hipotecarios e invade el amplio campo del Derecho común. La fe pública del Registro carece de su máxima virtualidad. No funciona la excepción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino la regla del artículo 33 del mismo cuerpo legal.

8. En resumen, pues, cuando un estado registral o de inscripción perjudica a tercero es porque existe un titular a quien el régimen hipotecario ampara: tercero a quien la inscripción beneficia. Hay legitimación plena a beneficio del titular inscripto y en perjuicio de cuantos no hubieran inscripto sus derechos. Y cuando la inscripción es realizada «sin perjuicio de tercero» hay simple legitimación, sin que la fe pública proteja plenamente al titular inscripto.

9. Las circunstancias o requisitos que han de concurrir para determinar a favor de un titular la condición de tercero amparado por la Ley, constituye el presupuesto que fija el régimen nuestro al objeto de conceder, en el orden jurídico, la plena legitimación. Esto nos lleva al estudio de los conceptos de fe pública, sustantividad y legitimación, que estudiaremos a continuación. Digamos ahora, en conclusión, que la concurrencia de los elementos presupuestados en la Ley, en la forma y cantidad que ella exige, otorgan una protección máxima. En caso distinto toda adquisición está sometida a la revisión que la propia Ley admite. En el primer supuesto hay incluso adquisición a *non domino*, mientras en el segundo queda pendiente toda controversia o discusión de los derechos inscriptos.

10. Dice Kelsen (páginas 115 y siguientes de su «Teoría General del Derecho y del Estado»): «De acuerdo con la naturaleza de la norma fundamental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: estáticos y dinámicos. Dentro de un orden estático las normas son válidas, lo cual significa que los individuos a quienes se aplican deben conducirse como el contenido de tales normas dispone. En cambio, las normas de un orden dinámico han de ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto.

Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica. Por esto lo que llamamos orden jurídico, en cuanto sistema de normas positivas, es siempre de naturaleza dinámica.»

La fe pública del Registro es un concepto estático, pasivo. En cambio, la sustantividad y la legitimación son conceptos dinámicos, activos, aplicados el primero a la valoración, hecha por la Ley, acerca de la mayor o menor eficacia de los derechos inscriptos, y el segundo a los efectos de los asientos registrales.

11. La fe del Registro pone de relieve una situación jurídico-privada que el órgano de la publicidad evidencia. Un estado registral a la vista de todos y al cual la Ley atribuye determinado valor como punto de partida de cualquier negocio jurídico. Se dice que un derecho está amparado por la fe pública del Registro cuando éste lo muestra bajo las circunstancias establecidas por la Ley. Y en esa pública manifestación la Ley determina su valor para fines comerciales o de transacciones. Es como si la Ley dijera —usando el sentido metafórico— los quilates que corresponden al derecho publicado, para que todo el mundo conozca las bondades y defectos o limitaciones del mismo.

12. La sustantividad gradúa, conforme a las normas legales, la trascendencia o virtualidad de los derechos registrados. La sustantividad tiene reglas generales y excepciones, según el régimen de que se trate. En un régimen de sustantividad plena la inscripción es, generalmente, constitutiva y la cancelación extintiva. Las excepciones están reguladas como situaciones de inexactitud registral. En uno adjetivo o de sustantividad mínima la inscripción es meramente declarativa, la cancelación carece de relevancia y las inexactitudes prevalecen como normal desenvolvimiento de los actos y contratos sobre inmuebles. Y en un sistema de sustantividad media la inscripción es inicialmente declarativa pero sus pronunciamientos operan muchas veces como si la inscripción fuera constitutiva; la cancelación sigue el mismo camino de la inscripción, aunque en escala descendente; y las inexactitudes del Registro están reguladas conforme a la naturaleza del derecho o derechos cuestionados.

13. Legitimación es virtualidad o trascendencia de lo inscripto a favor del adquirente de un derecho real inmobiliario, con eficacia

erga omnes. Está legitimado quien adquiere en las condiciones determinadas por el Derecho hipotecario y, por ello, obtiene un asiento inatacable, en unidad perfecta e indestructible con el derecho adquirido. La forma da el ser al acto. Mediante el proceso activo —tráfico en el comercio inmobiliario— de legitimación, sus beneficiarios están protegidos aún contra el verdadero titular no inscripto. En toda legitimación han de concurrir, necesariamente, las circunstancias presupuestadas en la Ley. No sólo las que en sentido general y en nuestro régimen, fija el artículo 34 de la Ley hipotecaria para las inscripciones, sino también las que, en su caso, exige el artículo 97 de la propia Ley para la cancelación. En la anotación preventiva jamás puede hablarse de legitimación, sino de suspensión de la fe pública del Registro y, mirando a los efectos de los variados tipos de anotación, es posible hablar de sustantividad —sin legitimación— de las distintas clases de asientos. Quedan fuera de la legitimación los tractos —adquisición, modificación y extinción— que, conforme a la Ley, son atacables. Por ejemplo —según nuestro sistema— la excepción de anulabilidad por causas que resulten claramente del Registro (algunas veces en forma negativa por referirse a requisitos necesarios exigidos por el asiento y omitidos: claramente resulta del Registro la omisión de un requisito indispensable para la total validez del tracto); las acciones rescisorias y resolutorias en los casos que se advierten al estudiar los artículos 36, 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley Hipotecaria; las adquisiciones de bienes hereditarios comprendidas en los casos de la primera parte del párrafo segundo del artículo 23 de la Ley y en el párrafo tercero del mismo precepto; la posesión inscripta, según lo establecido en los artículos 35 y 394 de la Ley; las adquisiciones de terceros no comprendidas en el artículo 97 de la repetida Ley Hipotecaria; y, en general, toda causa de invalidación que o bien aparezca del Registro o pueda ser referida al tercer adquirente por el juego del principio de buena fe, ampliamente aceptado —en lo subjetivo y en lo objetivo— por la jurisprudencia cubana. Legitimación, como certamente dijo el gran jurista Sohm, no es facultad de disponer, pero la suple en el comercio inmobiliario. Cuando hay legitimación el acto inscripto vale contra todo el mundo, apoyado en lo que aparece del Registro, es decir, en la fe pública. Quien así adquiere está plenamente amparado por el régimen hipotecario. Sin embargo, como

el Registro únicamente puede garantizar los derechos en cosa inmueble, no los hechos que ocurren sin conexión ni reflejo exacto en sus constancias, sí determinada legitimación carece de existencia en el orden real, por falta de la cosa sobre que aparecen recaer los derechos, por discordancias entre el inmueble que consta del Registro y el que tiene existencia física, o por situaciones de orden posesorio admitidas por la Ley y que niegan o se oponen, en la concreta realidad de las cosas, a los datos o manifestaciones abstractas del Registro, entonces es indispensable determinar hasta dónde alcanza, en el dicho orden de los hechos, la legitimación que en el Registro tiene su fundamento cardinal. Para ello es necesario acudir al sistema jurídico del país, en sus distintos aspectos y en cuanto el mismo permita armonizar los derechos en cosa inmueble con la existencia de la cosa misma y con las situaciones de hechos a que la Ley hace producir efectos jurídicos. Tal armonía y cotejo dirán el alcance real de la legitimación concedida por el Registro en el orden estricto de los derechos. El Registro, pues, no garantiza —por notoria y real imposibilidad— los hechos, sino los derechos. Pero en tanto —y en cuanto— los hechos aparezcan reflejados en el Registro y las constancias de éste sean conformes a los hechos, la legitimación opera sin limitación alguna.

14. Para los tratadistas españoles —inspirados en el sistema germano: constitutivo— la legitimación establece una presunción *juris tantum*. Y en presencia de una legitimación plena afirman que se produce una presunción *jure et de jure* como efecto de la fe pública del Registro. Pero sí admitimos, como ellos exponen, que el principio de legitimación está sujeto a las graduaciones y controversias de las presunciones *juris tantum*, ciertamente lo equiparamos a la sustantividad, porque ésta es usualmente concebida en los grados máximo, medio y mínimo, con las naturales consecuencias de contradicción que ello implica respecto al régimen. Y si admitimos que la fe pública es el principio de máxima eficacia de las adquisiciones, entonces excluimos de ella todos los innumerables casos en que la fe pública no produce tales efectos, según la Ley.

Sin embargo, cuando vemos en la fe pública un concepto de no-moestática, en que lo mostrado por el Registro tiene el valor que aparece en la Ley, conforme a la evidencia de las circunstancias registrales, fácilmente comprendemos que son los efectos de esa fe

pública los que corresponden a la nomodinámica y, en su consecuencia, a la sustantividad de la inscripción, en cuanto ésta precisa el grado de protección registral surgido de la fe pública, que en la legitimación alcanza su máximum de plenitud, para conceder un derecho inatacable. Entendidos estos conceptos de otro modo, en nuestro sistema, siempre aparecerán ante el juicio de todos, y como bien dice Castán, sumamente borrosos. En el sistema alemán, donde la inscripción es obligatoria, de *numerus clausus* y constitutiva, es fácil exponer el concepto de fe pública del Registro y referirse al aspecto dinámico o de comercio inmobiliario mediante la teoría de las inexactitudes. Pero en nuestro sistema, donde la inscripción es voluntaria, de *numerus apertus* y generalmente declarativa, se hace preciso distinguir con claridad lo que es, positiva y negativamente, la fe pública del Registro y los efectos que de ella podemos derivar en los múltiples aspectos de nuestra casuística legal inmobiliaria. Basta pensar en las referidas causas de nulidad, de precisión, resolución, ineficacia, etc., para advertir las grandes dificultades de nuestra técnica.

15. Hay entre los llamados principios hipotecarios una evidente interrelación y, a la vez, una necesaria interdependencia. La unificación de ellos está en el sistema. Lo medular del sistema nuestro es su protección a tercero y éste adquiere tal carácter sólo mediante el cumplimiento de las condiciones presupuestadas en la Ley. A nuestro juicio, no deben confundirse los principios con los presupuestos hipotecarios. El principio es base, cimiento, síntesis. El principio es norma y concepto superior que integra, rige y sustenta al sistema. El presupuesto es regla, casuismo, ordenación detallada: desenvolvimiento del principio con mayor o menor flexibilidad. El principio es uno, el presupuesto es vario. Con símil de arquitectura puede afirmarse que los principios constituyen los cimientos sobre que se levanta el edificio —sistema— hipotecario. Los presupuestos forman la estructura del régimen, o sea, la armazón del edificio. Entre principio y presupuesto hay la misma relación que entre antecedente y consecuente. Y tal relación se desenvuelve conforme al criterio legislativo que se estudie: de mínima, media o máxima sustantividad. Nuestra Ley Hipotecaria trata —como dijimos en notas anteriores— de perjuicio y de beneficio o protección a tercero. Y también de «sin perjuicio de tercero». Ya dijimos lo que tales con-

ceptos significan y anunciamos la necesaria relación de ellos con los principios y sus consecuentes presupuestos, que estamos exponiendo.

16. La fe pública da lugar al sistema escogido por la Ley. Y los efectos que la Ley conceda a la fe pública determinan los grados o presunciones del sistema. Los sistemas propiamente sustantivos son, como el germano, predominantemente objetivos: la inscripción es constitutiva. Ella presume la existencia del derecho, así como la cancelación la extinción del mismo. Los relativos, o de sustantividad media, atienden al proceso de adquisición extrarregistral y principalmente al sujeto. La inscripción declara el derecho, lo afirma, pero no presume su existencia. Esta depende fundamentalmente de la causa jurídica y, con ella, de la prueba consiguiente. Y la cancelación es una manera de extinguir un asiento a beneficio de tercero, lo cual requiere la concurrencia de una doble titulación: la cancelatoria y la del tercero. Un sistema relativo se aproxima a uno sustantivo en la justa medida que ampara los derechos de terceros adquirentes; y se aleja del mismo en cuanto señala efectos declarativos a la inscripción. Los sistemas de sustantividad mínima o adjetivos niegan toda virtualidad legal a la fe pública del Registro. Esta carece de verdaderos efectos. Son sistemas de mera publicación de títulos, cuyos efectos de oponibilidad o mera preferencia no afectan a la naturaleza del derecho registrado.

17. Cuando el sistema es de sustantividad absoluta hay legitimación plena: el título es inatacable. Y como la inscripción tiene naturaleza constitutiva, al hablar del título éste queda comprendido en la inscripción. Si el sistema es de sustantividad presuntiva, la legitimación plena aparece en los casos de presunciones *jure et de jure*. En los relativos, el juego de las presunciones gana en extensión lo que pierde en intensidad. La teoría del tercero absorbe, en estos sistemas, la sustantividad del régimen. Y ante una casuística interminable hay legitimación plena en los casos que concurren unánimemente los múltiples factores presupuestados por la Ley y la jurisprudencia. Y, por último, en los sistemas adjetivos no existe propiamente legitimación alguna.

18. En conclusión, pues, la fe pública del Registro es un concepto que abarca todo el sistema. La sustantividad, los grados en que el sistema desarrolla la fe pública. La legitimación tiene pleno significado cuando la sustantividad es máxima. En la casuística de la

Ley Hipotecaria y de su Reglamento aparecen las múltiples condiciones que presupuesta el régimen cubano, según la naturaleza del derecho inscripto y las circunstancias que concurran en cada caso. La mejor síntesis al respecto creemos haberla construido en el ordinal 4 de este trabajo. El estudio en detalle de esas condiciones o presupuestos significa llevar a cabo la exposición sistemática de nuestro ordenamiento positivo antedicho. Es tarea de mayor aliento y espacio.

PEDRO CABELLO
Registrador de la Propiedad