

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII.

Mayo 1951

Núm. 276

Servidumbres aparentes y no apa- rentes

SUMARIO: 1. Perfil del tema.—2. El Derecho romano.—3. Origen del concepto de apariencia de la servidumbre.—I. Compraventa de fondo gravado.—II. Usucapacidad.—III. Constitución tácita.—4. Su invención.—5. El concepto francés.—6. Retoque al concepto francés.—7. La copia española.—8. Superación del concepto.

1.—PERFIL DEL TEMA

El contraste entre realidad y forma constituye una de las materias jurídicas que con mayor predilección estudia el profesional, sobre todo el especialista en el derecho de cosas. Y no cabe duda que aquel contraste lo plantea de inmediato, según revela su misma terminología, la clasificación de las servidumbres prediales en «aparentes» y «no aparentes» (1), a pesar del escaso interés con que ha sido mirada por la doctrina patria (2).

(1) El antiguo Derecho francés las llamó «visibles», o «patentes», en oposición a las «occultes», «no visibles», «latentes» o «cachées». AZCÁRATE las denominó «manifestas», en «Ensayo sobre la hist. dcho. propiedad», Madrid, 1880, vol. III, pág. 148.

(2) La distinción no ha preocupado a los escritores españoles, de los últimos setenta años. Las más de las veces se limitan a copiar el texto

Naturalmente, hay que partir de un hecho que salta a la vista: hoy no es posible concebir un fundo sin servidumbres. Toda finca, rústica o urbana, aparece como impregnada de ellas, activas o en potencia, ocultas o a la descubierta. Aun cabe decir más, porque los límites tradicionales del instituto, lo agrario y lo edificado, son recientemente desbordados. La servidumbre real, sobre elevarse en lo físico con el flamante derecho aéreo, invade de manera ostentosa el campo obligacional (3).

Y si el ámbito de actuación se amplía insospechadamente en el orden puro iusprivatista, se observa que, con desarraigado del espíritu romano y algo arrebatadas por el intervencionismo de moda, las servidumbres pactadas o convencionales se remodelan sobre patrones legales. La reducción de la esfera de la autonomía privada de la voluntad es evidente. Hay como un desandar el camino: primero, de las servidumbres voluntarias a las legales; luego, las legales que imprimen a aquéllas su signo (4).

Con esta renovada vitalidad de la servidumbre, agigantadora de la importancia moderna de su figura, acaece el sugestivo replanteo de las viejas cuestiones conexas. El antiguo principio de libertad de los fundos, de tan marcado sabor iusnaturalista (5) con reminiscencias romanas, se considera actualmente un simple recuerdo de museo (6). A la propiedad actual, entre la teoría de pasadas usanzas y la «motorización legislativa» de hogar, la configura en gran parte, quizás por su innegable utilidad (7), la institución de la servidumbre.

legal. Lo que resulta algo chocante, pues los escritores franceses, de tanta influencia en ellos, la tratan con amplitud. Y, por otra parte, no dejó de incorporarse a nuestras leyes civiles desde la iniciación del período codificador.

(3) Sobre estas recientes aplicaciones, BONFANTE: «*Servitù e obbligazione*». Se publicó primero en *Rivista dir. comm. e delle obbli*, 1918, XVI, Parte II, pág. 486; y luego se reimprimió en sus *Scritti giuridici varii*, Torino, 1926, III, pág. 354.

(4) Pueden consultarse: BUSATTI: «*Dell' origine delle serv. legali e naturali*». *Riv. ital. p. l. scienze giuridiche*, 1891, XI, pág. 3. GIROLA: «*Le serv. pred. pubbliche*». Padova, 1937.

(5) Afirman el principio SUÁREZ PICHARD, el CARDENAL LUGO, COVARRUBIAS, etc., según FARÍA «*Additiones, observationes et notae ad Libros Variarium resolutionum*, COVARRUBIAS A. LEIVA». —Genevae, 1742. Lib. II, capítulo III, núm. 15, pág. 184.

(6) Detractor destacado del principio, con argumentos inteligentes, DEMOLOMBE: «*Cours de Code Napoléon*». —París, 1880. XI, pág. 11.

(7) El fundamento de la servidumbre es facilitar la explotación de las

De ahí que la regulación de la propiedad, junto a los grandes y encrespados problemas con que la urgén el ímpetu masivo de nuestro tiempo y la actual coyuntura político-económica, afronte en un plano inferior la insoslayable necesidad de tomar postura respecto del nacimiento, tutela y extinción del instituto. Ante el legislador aparece un desconcertante dilema, el de realidad y forma. Si niega la protección de cargas con prueba insuficiente, puede ser injusto; si facilita la viabilidad al «*cuasi poseedor non domino*» (8), ocasionará, entre otros males, la depreciación de los inmuebles.

Sin una pureza absoluta, claro está, ambas soluciones extremas tienen su modelo histórico: el derecho romano justiniano, de prevalencia de los hechos y mantenimiento del titular aparente con buena fe; y el derecho consuetudinario francés, prohibitivo de la constitución de servidumbres no plasmadas en títulos claros, rotundos y escritos.

Pero la materia de servidumbres inmobiliarias se somete con dificultad a principios abstractos y rígidos. Mientras el legado de la historia aporta un esquema de líneas básicas inflexibles respecto de los demás derechos reales (dominio, usufructo, hipoteca, etc.), la servidumbre deviene polifacética, un Proteo de mil formas (9), y cada uno de sus fundamentos terreno propicio para la discusión (10).

fincas, hacer agradable la casa, aumentar las rentas de los inmuebles, etc. Por todo ello constituyen cualidades ventajosas de los predios, y de ahí el diferente trato romano.—Vid. GROSSO: «Appunti sulle distinz. delle res nelle Ist. di Gaios».—«Studi in onore di PESTA».—Milano, 1939. I, páginas 46-47.—Por otra parte, es perfectamente concebible una servidumbre inútil para el fundo dominante. Y es que la utilidad debe entenderse en un sentido amplísimo, ya que basta que la carga sea posiblemente útil para alguien o para un fundo. La idea fué expresada por LABEÓN en «*Di-gesto*», 8, 1, 19.

(8) En cierto modo, un aspecto del «*tio Celedonio*», el acertado tipo creado por los Notarios SANZ y NOGUERAS para evitar perifrasis en las discusiones de la Comisión redactora del Proyecto de ley de Reforma Hipotecaria de 1945, descrito garbosamente por BÉRGAMO: «La usuc. y el Registro de la Propiedad». Conferencia en «*Annales Acad. Matritense del Notariado*», 1946. III, pág. 287.

(9) Así llama a la servidumbre MACHELARD: «*Distinction des servitudes en droit français*». *Rev. Crit. de Législation et Jurispr.*, 1867, volumen 31, pág. 130.

(10) Por lo que resulta peligrosa en materia de servidumbres, según la Sentencia de 23 de marzo de 1906, «la admisión de presunciones más o menos lógicas y racionales».

Tales características mueven al teórico y al legislador a moderar la abstracción cediendo al juez un extenso sector discrecional. Pero es sabido, que la inoperancia de cualquier institución jurídica se revela plásticamente si requiere la persistente actuación judicial. Y un instituto de regulación inadecuada o inoportuna atrae por sistema, constantes conflictos entre los particulares, que han de solucionarse en inciertos procesos..

En este sentido, puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos procuran fijar con claridad los derechos privados, más aún, los inmobiliarios. Estos intereses requieren seguridad y certidumbre en tanto mayor grado cuanto más eficacia deban producir. Por ello, se elude en lo posible el enjuiciamiento judicial, reservado para puntos imprevisibles o cuestiones de hecho (11).

Por otra parte, la aspiración más respetable del titular de un derecho real inmobiliario es que su adquisición aparezca inatacable. Y de consumo, que el valor en cambio, representado pueda emplearse con facilidad y en todo tiempo. Aquí entran en juego la utilidad social, la prosperidad nacional, el interés de los titulares, los derechos de los terceros, etc.

Las ventajas que ofrece un sistema técnico perfeccionado de publicidad inmobiliaria son tan evidentes y conocidas que huelga su repetición. Para cumplir adecuadamente las finalidades apuntadas, los sistemas legislativos modernos rehuyen, cada día con mayor vigor (12), el principio espiritualista de libertad de forma en el orden inmobiliario. Se estima que la libertad individual, y por tanto, la de los derechos privados, se garantiza más idóneamente mediante una acentuada protección de la forma.

La corriente actual en pro del formalismo, iniciada por IHERING en propia retractación (13), se explica y cohonesta por los considerables servicios que rinde. No se trata del regreso a la barbarie,

(11) Así ocurre en las llamadas relaciones de vecindad.—Vid. GABBA: «De los jura vicinitatis». En «Cuestiones prácticas de Derecho civil».—Traducción de POSADA. Madrid, s. a., pág. 190.

(12) Para los dos sistemas inmobiliarios más reconocidamente individualistas del mundo moderno, el inglés y el norteamericano, la tendencia hacia la obligatoriedad del Registro puede estudiarse, respectivamente: BRICKDALE and WALLACE's. *Land Registration Acts. 4 th. ed.*—London, 1939. Y CALLAHAN: «The Law of Real Estate in all 48 States».—New York, 1948.

(13) IHERING: «L'esprit du droit romain». Trad. MEULENAGRE. París, 1877. III, págs. 116 y 178.

de vestigios ancestrales recidivos. El espiritualismo significa el ideal, pero los riesgos de la vida diaria imponen la búsqueda ahin-cada de la seguridad. El formalismo en materia inmobiliaria supone la autenticidad de las declaraciones de voluntad y la publicidad de los derechos reales. Las cuales se pueden conseguir a través del Registro de la Propiedad, moderna creación de publicidad inmo-biliaria, el índice hasta ahora más lógico de los derechos individua-les fundarios en relación con los de los terceros, en beneficio del tráfico jurídico y bajo el imperio de la ética (14).

La vitalidad de las servidumbres prediales (15) debe hallar am-plio cauce para el desarrollo de sus posibilidades. Pero la línea confusa de publicidad que demarcó la apariencia e inapariencia ha de perfilarse en la sólida estructura del sistema registral. Todo ello porque la clasificación de las servidumbres en aparentes y no aparentes, originada en el derecho napoleónico y consagrada en el Código civil francés, se formuló, y luego se perfeccionó, cuando la nueva creación publicitaria iniciaba su laboriosa vida legal.

Este perfil que el tema ofrece se circunscribe espacialmente a los ordenamientos que reposan sobre bases romanas. Desde los ángulos visuales de los juristas germanos y suizos, el plano a en-focar cambia. Tanto el B. G. B. cuanto el Z. G. B. se han desem-barazado del esquema romano, en franca conciliación del instituto

(14) Es interesante releer a PACHECO: «La publicidad (garantía del orden jurídico)». *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1886, I, 59.—Los trabajos modernos consagrados al renacimiento del formalismo son muchos, pero pueden señalarse como hitos, en la doctrina francesa: LEVIVIER, «Etude des moyens les plus propres à assurer la sécurité des transactions et notamment des transmissions inmobilières». Thèse. París, 1897.—MOENECLAEV: «De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français». Thèse. Lille, 1914.—ROUXEL: «Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du for-malisme des actes juridiques». Thèse. Caen, 1914.—MOREAU: «L'authenticité notariale obligatoire pour la sécurité des transm. inmob.». Thèse. Pa-rís, 1941.

(15) Para WOLFF, indudablemente influenciado por la ingenua aversión napoleónica al vocablo, aunque resulte extraño, la servidumbre es un con-cepto doctrinal muerto. Claro que se refiere a la categoría o concepto uni-tario. Pero, con todo, su posición, en la que sigue a OFNER, peca de endeble, pues el mismo último párrafo del parágrafo 916, y otros vigentes del derecho territorial, prueban el mantenimiento de muchos principios comunes a todos los tipos de servidumbres. Principios comunes imprescindibles, por otra parte, por la consagración del *numerus apertus* en esta ma-teria, al menos en el Z. G. B.—WOLFF: «Derecho de cosas». Traducción de PÉREZ y ALGUER. Barcelona, 1937. II, pár. 105, pág. 17.

con las nuevas realidades. En las líneas fundamentales de ambos Códigos civiles se regulan las servidumbres prediales a través de la inscripción (16). Y el Código suizo, además, con ciertas novedades, que prestan a la Institución una flexibilidad encomiable: limitaciones en la prescripción adquisitiva (art. 731, par. 1.º), abandono de la extinción por el no uso, posibilidad de suprimir servidumbres sin interés o con interés restringido (art. 736), etc.

Hay, pues, un renacimiento teórico y legal innegable del formalismo en materia inmobiliaria. Mas con un carácter distinto del que caracterizó al régimen feudal. Entonces, la propiedad inmueble, y más concretamente, la de la tierra, otorgaba una preeminencia política y un rango social elevado. Y por su virtud, entre señor y vasallos se engendraba un conjunto de relaciones complicado de poder y subordinación. Era lógico que el señor mantuviese un control rígido en la posible alteración de las titularidades inmobiliarias originadoras de aquellas relaciones.

La Revolución francesa consumó un cambio radical de ideas. La propiedad y demás derechos reales inmobiliarios dejaron de ser factores decisivos de la preeminencia política o social. En adelante no serán sino simples valores económicos, sumersos en el tráfico jurídico, y en el cual la seguridad y certidumbre de las titularidades cobran el rango primordial.

Ese cambio de ideas, expresado en el Código napoleónico, no se acompañó en el derecho francés con la imprescindible correlatividad formal. Los legisladores de 1804 desecharon el sistema vigente de transcripción, con un sano criterio por su ineficacia. Pero hasta 1855, en plena marcha la nueva ordenación, no se decidieron a crear un instrumento publicitario de sustitución. Hecho sobre las bases del desechado, sus taras no han podido desaparecer ni con las grandes inyecciones de 1935 y 1940.

La eficacia de los sistemas germano, suizo, australiano y anglosajón, al par que las grandes deficiencias del sistema en vigor, han provocado una avasalladora corriente doctrinal hacia su tajante modernización. Menos mal que el Notariado francés, eficaz y realista, permite llevar con dignidad la imprescindible lentitud en el tiempo que exige una reforma legal de tanta trascendencia.

(16) WOLFF, loc. cit., y WIFLAND: «Les droits réels dans le Code civil suisse». Trad. BOVAY. París, 1913. I, págs. 475 ss.

II.—EL DERECHO ROMANO

La teoría romana de la servidumbre se forjó lentamente, en el decurso de una evolución de casi veinte siglos. Como se sabe, los primitivos romanos, eminentemente prácticos, ni siquiera conocieron el concepto global, el cual apareció en la Compilación justiniana (17). Fueron sin duda las necesidades cotidianas las que engendraron la figura inicial de gravamen sobre cosa ajena, luego surgieron nuevos tipos, y después, por exigencias teóricas inexcusables, o tal vez, por la reconocida capacidad de síntesis de sus jurisconsultos, los tipos vigentes se reunieron bajo la rúbrica general.

La determinación de aquel primer tipo, y lógicamente la de los sucesivos, presenta dificultades insuperables. La mayor parte de las hipótesis expuestas, por otra parte posiblemente superfluas, se extravián en indagaciones de dispersión (18). Lo importante qué cabe destacar, prescindiendo del tipo originario y del momento en qué la tipicidad se convirtió en categoría, es que la totalidad de la construcción romana descansa en la dicotomía rústicas-urbanas.

Desde el punto de vista moderno, es impresionante contrastar la

(17) Ver BIONDI: «La categoria romana delle servitutè». Milán, 1938.

(18) Las diversas hipótesis pueden diferenciarse en dos grupos:

1.º *La servidumbre nace como instituto autónomo*.—Para SCHÖNEMANN, en «Die Servituten», Leipzig, 1866, págs 18 y ss., la «servitus pascendi» es incluso anterior al dominio. Hay que recordar aquí la posibilidad conceptual romana de servidumbres sobre cosa sin dueño. Vid. FADDA: «Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius».—Volume per il 35 anno d'insegnamento di SERAFINI. Firenze, 1892.

Para VOIGT, en varios de mis trabajos (principalmente en «Über dem Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutengesetzen». Leipzig, 1874, págs 10 ss.), las primitivas servidumbres («iter», «actus», «aquaeductus», «cloaca») fueron verdaderos derechos dominicales sobre el objeto («rivus», el acueducto, etc.).

2.º *La servidumbre deriva de otros institutos*.—Al comentar ciertos pasajes del «Digesto» (39, 3, 1 a 3), CUJACIO, en sus «Operae. Mutinae, 1777. 1-5. c. 647», estimó que su precedente eran las hoy llamadas relaciones de vecindad. La idea fué recogida por IHERING (op. cit., II, par. 39, página 228), SCIALOJA («L'orazione di Demostene contro Callicle, tradotta e illustrata in rapporto delle servitù prediali nel diritto greco».—Bull. d. Ist. di dir. rom. 1890 II, 175), y BRUGI («Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto». Verona, Padova, 1897, página 373).

Según LUSIGNANI («L'origini delle serv. pred. in dir. rom. Etudi e doc. di Storia e dir.» 1898. XIX, 242), la servidumbre surgió dentro de los jui-

trascendencia romana y la irrelevancia contemporánea de esta última distinción de servidumbre (19). Expresada en las fuentes clásicas y en el «Corpus» (20), ahoga inmediatamente el menor intento de analizar otras clasificaciones. Puede así afirmarse que las fuentes ignoraron las divisiones de continuas y discontinuas aparentes y no aparentes.

Sin embargo, conviene anticipar que esa afirmación no es compartida unánimemente. Algunos escritores rastrearon con sagacidad en las fuentes con la pretensión de aplicar a las referidas clasificaciones el marchamo romano. Desde luego, el mayor tésón lo han puesto los jurisperitos respecto del concepto de continuidad, sobre un famoso pasaje de PAULO: «...quia tales sunt servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem...» (21) El escaso fruto de los esfuerzos dialécticos realizados se manifiesta en un excelente estudio de COVIELLO sobre esta materia (22), quien prácticamente ha sepultado la cuestión. Para él, la división de las servidumbres en continuas y discontinuas fué creada por ACCURSIO, y luego perfeccionada por BARTOLO, viviendo las glosas de ambos en la práctica forense hasta su consagración en el art. 688 del Código napoleónico.

Mas el texto citado de PAULO califica dos veces a la posesión. Ya se ha visto que el vocablo «continuam», pese a su clara expresividad, se considera insuficiente por COVIELLO para considerar romana la continuidad. Mal podría, pues, sustentarse sobre él la originalidad romana de la apariencia. En cuanto al otro acusativo, «certam», certeza de la posesión, tal vez servidumbre con pública posesión,

cios divisorios, por la necesidad del «arbiter» o «mensur» de facilitar a los adjudicatarios el agua o el paso.

Probablemente la tesis más convincente sea la de BIONDI, en su magnífica monografía «Le servitù prediali nel diritto romano». Milano, 1946, páginas 28 y ss. Para él, retornando al clásico Voigt, y cualquiera que fuese el tipo inicial de servidumbre, el originario propietario de la faja de terreno por la que atravesaba el camino o discurría el agua se configuró después como titular de un derecho de paso o de acueducto.

(19) Aunque un poco anticuada, pues la edición original es de 1895, puede verse ARNÓ: «Las servidumbres rústicas y urbanas». Trad. POSADA. Madrid, s. a.

(20) En BIONDI, op. post. cit., págs. 172 y ss., pueden consultarse numerosos textos alusivos.

(21) Digesto, 8, 1, 14, 1.

(22) COVIELLO: «Della usucapione delle servitù prediali nel diritto italiano». Riv. ital. per le scienze giuridiche, 1890. X, 161 ss.

se ha manejado, en forma casi siempre subrepticia, como base teórica de esa originalidad.

En ese sentido, algunos escritores (23) han caracterizado la servidumbre no aparente por la falta de una posesión pública. E inversamente, la apariencia de la servidumbre deberá surgir de una posesión pública. Con ello, la confusión entre posesión y servidumbre es evidente.

Desde luego, la posesión es esencial para conceptuar la servidumbre, pero no al contrario. Es decir, si se disfruta una cosa o se realiza un acto de ejercicio respecto de cualquier derecho real, habrá posesión. Al disfrute o ejercicio más extenso corresponderá el dominio; a los más restringidos, un derecho limitado, y entre ellós, la servidumbre. Pero si la posesión no condensa los tres requisitos tradicionales (24), es imposible su eficacia por vía de usucapión. Y en cambio, no solo es admisible conceptualmente la usucapibilidad de la servidumbre clandestina, sino que se halla consagrada en los ordenamientos de inspiración francesa. El art. 691 del Código napoleónico no permite circunloquios en este punto.

Los conceptos de publicidad de la posesión y apariencia de la servidumbre, posiblemente afines en el orden especulativo, se mueven en campos distintos en la vida inmobiliaria. La publicidad de la posesión se revela sin necesidad de obras exteriores, las cuales fueron juzgadas imprescindibles por los redactores napoleónicos para manifestar la apariencia de la servidumbre. Porque la apariencia es la visibilidad por cualquiera, la notoriedad por sí misma, mientras que la publicidad de la posesión requiere la intervención voluntaria de saber.

Si la posesión es pública, pero la ignoran los interesados en una posible impugnación o constatación, la situación jurídica resultante será una desgracia lamentable. Por perfecto que fuere un sistema legal, no podría evitarla. Porque es inconcebible un adquirente que no se aperciba o intente apercibirse de una posesión pública. Y si hubiere de inquirirse la conciencia o ignorancia del tal adqui-

(23) LAURENT: «Principes de droit civil français». 5e ed. Bruxelles, 1893. Tomo 8, par. 195.—PACIFICI-MAZZONI: «Istituz. di diritto civ. italiano». 5e. ed. Firenze, 1925-27. Tomo 3, pág. 442

(24) En D. 43, 17, 1 pr., se expresan negativamente: «... nec vi, nec clam, nec precario...».

rente, se caería en un pozo sin fondo, en una especie de «probatio diabolica» (25).

A «sensu contrario», si una servidumbre es aparente no visible (26), y mucho más si es no aparente, el adquirente del fundo presuntivamente gravado con ella puede comprensible y razonablemente ignorarla, considerando al predio libre. En muchos casos, esto ocurrirá por grande que sea la diligencia que despliegue en la ultimación de sus negocios. Por eso es lógico que cuente con una base sustantiva formidable para esquivar procesalmente la posible acción de constatación o reconocimiento.

En definitiva, como dice COVIELLO (27), la posesión de una servidumbre aparente es siempre pública, pero una posesión pública, por sí misma, no hace aparente la servidumbre.

III.—ORIGEN DEL CONCEPTO DE APARIENCIAS DE LA SERVIDUMBRE

Aunque parece claro que el derecho romano desconoció la distinción de servidumbre en aparentes y no aparentes, es indudable que en las fuentes se encuentra la materia prima que habría de emplearse en su intervención (28). Las ideas esenciales se forjaron de este modo por los intérpretes medievales, concretamente por BARTOLO, al glosar los siguientes supuestos: venta de fundo grabado con servidumbre no conocida, usucapacidad de servidumbres y constitución tácita o presuntiva de las mismas (29).

I.—Compraventa de fundo grabado.

En el momento de perfección de la compraventa y si la servidumbre era o no pública, permiten las fuentes tres distintas interpretaciones sobre si el comprador podía o no accionar contra el vendedor.

La opinión más generalizada entre los romanistas, propugnada,

(25) La idea ya fué expresada en el «Codex», 7, 32, 12.

(26) Por ejemplo, la serv. de acueducto que se ejerce mediante una cañería subterránea. En la práctica, no aparente; pero sí aparente por imperativo del art. 561 del Código civil.

(27) COVIELLO, op. cit., pág. 188.

(28) Porque «les... lois romaines... dominent surtout la solution des questions sur les servitudes réelles, et il est bien peu des questions sur cette matière importante qui ne puissent dans le droit romain le principe qui doit servir à les résoudre». SOLON, en la «Introduction al Traité des servitudes réelles», de ASTRUC—Montauban, 1841.

(29) Vid nota de CRESCENCI en «Il foro ital.» 1876: I, 13 ss.

entre otros, por WINDSCHEID (30) y DERNBURG (31), considera inexistente la acción, salvo estipulación expresa, venta «uti optimus», mala fe o fraude del vendedor. En estos dos últimos casos, de mala fe o fraude, las fuentes no dejan lugar a dudas (32); pero en los demás, la opinión alega dos conocidos textos (33), con el argumento fundamental de que, si las servidumbres son cualidades anormales de las fincas, el comprador ha de conocerlas de un modo natural.

La tesis opuesta se mantiene por GLUCK (34), para quien el vendedor responde al comprador «ex lege», indeclinable y automáticamente. Pero la posición de GLUCK contradice el principio de libertad de los fundos y la consideración romana de las servidumbres como «vitia fundi» (35).

Una posición media, llena de sugerencias, es la defendida por MAYNZ. Cuando la servidumbre es aparente, el comprador carece de acción y el vendedor de la correspondiente responsabilidad. Pero si la servidumbre es no aparente surgen acción y responsabilidad. Por consiguiente, MAYNZ (36) arranca de un presupuesto de sorpresa, de cuya prueba se desentiende: que las fuentes operaban sobre la distinción de las servidumbres en aparentes y no aparentes.

La extraordinaria agudeza intelectual del aludido escritor belga no deja de apercibir lo atrevido de su teoría. Por ello, cuando enfrenta los pasajes de las fuentes que se oponen inequívocamente a su doctrina, se libera con ingenio de la letra y la interpreta con criterio inteligente, aunque arbitrario y escasamente convencedor (37).

(30) WINDSCHEID: «Diritto delle Pandette». Trad. e note FADDA y BENSA.—Torino, 1904. II, part. 2.^a, par. 391, pág. 111; y nota 28, pág. 112.

(31) DERNBURG: «Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens». Halle ssds., 1909. II, parte 1.^a, par. 99; pág. 261.

(32) ULPIANO en D. 19, 1, 1, 1; y SCAEVOLA en D. 21, 2, 69, 5.

(33) CELSO en D. 18, 1, 59; y VENULEYO en D. 21, 2, 75.

(34) GLUCK: «Commentario alle Pandette». Trad. e note SERAFINI e COGLIONO.—Milano, s. a. Vol. 18, par. 985.

(35) Sobre un texto de ULPIANO en D. 45, 38, 3, y en la expresión en él contenida «vel de quo alio iure», apoya GLUCK toda su teoría, creyendo que la frase indica que la doctrina expuesta se refiere a todos los derechos reales, incluso a las servidumbres. Sin embargo, el texto cita a continuación, como comprendidos en la frase, a los derechos de usufructo y uso. Lo mismo habría hecho respecto de las servidumbres, de una manera expresa, para evitar la segura confusión que en ella habría de surgir.

(36) MAYNZ: «Cours de droit romain précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome». 4^e. éd.—Bruxelles, 1877. II, par. 213, págs. 231 a 233.

(37) Así, respecto del pasaje de CELSO en D. 18, 1, 59, ya citado en

Cualquiera que sea, en definitiva, la posición que se adopte, y surgieran la acción del comprador y la responsabilidad del vendedor «ex fraudis», «ex voluntate» o «ex lege», la dificultad se reducía, en sus términos más simples, a una cuestión procesal. Lo importante era suministrar la prueba irrecusable del hecho originario de la posible responsabilidad del vendedor. O sea, si al vender había o no obrado de buena fe, concretamente en el momento de perfección del contrato. Una enredosa «*quatio facti*» sobre la que las fuentes parecen ignorar la solución:

II.—*Usucapacidad.*

Aun es más complicado este supuesto, a causa de que la posibilidad de prescribir las servidumbres prediales constituye uno de los puntos más debatidos por los romanistas. La servidumbre real era una cosa corporal (38), por lo cual no era tradible (39) ni usucapible (40). Y sin embargo, una casi espectral «*lex Scribonia*» (41), anterior al comienzo de la Era cristiana (42), ordenó la abolición de la constitución de servidumbres por vía de usucapión. Con lo que se presume inequívocamente que era admitida por el derecho precedente, sin que, por otra parte, pueda juzgarse de su alcance (43).

El ambiente actual, influido sin duda por la opinión de BONFANTE
nota 33 anterior, que dice: «*Cum vendere fundum, non dixisti ita ut optimus maximusque: verum est, quod Q. Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere...*». MAVNZ dice que sería abiertamente contrario a su tesis «*s'il fallait le prendre à la lettre*». Por lo que las palabras «*qualis esset*» deben significar el fundo «*tel qu'il est et se moutre*», con lo que se excluye la responsabilidad en las servidumbres aparentes. No obstante, el texto parece suficientemente claro: se refiere al fundo «*tal cual es*», considerado en sí mismo, como objeto del derecho, y de ninguna manera a su exteriorización física.

(38) GAVO, en *Instituta*, 2, 14.

(39) Ib. 2, 28.

(40) PAULO en D. 8, 1, 14.—Los romanistas enlazan en las servidumbres las teorías de la tradición y la usucapión. Seguramente porque si las servidumbres pudieran constituirse por tradición, lo que implica su posesión, esta misma posesión prolongada en el tiempo debería transformarse en modo de adquirir por usucapión.

(41) La única información es un texto de PAULO en D. 41, 3, 4.

(42) Del año 50 a. C. probablemente, y desde luego, posterior al 69 a. C.—Vid. BONFANTE: «*La longi temporis praescriptio delle servitù*».—*Scritti giur.* cit., II, pág. 956, nota 1.

(43) En este punto sólo caben conjeturas indocumentadas, porque «no se sabe si se aplicaba a todas las servidumbres, o sólo a las servidumbres urbanas, o sólo a las servidumbres rústicas...».—ALAS, DE BUEN y RAMOS: «*De la usucapión*».—Madrid, 1916, pág. 247.

TE (44), es el de que Justiniano «abrogó implícitamente la antigua prohibición de la *lex Scribonia*» (45). Según parece, al construir el «Corpus» la usucapión ordinaria, conjunción de la «usucapio» del «ius civilis» y de la «*praescriptio longi temporis*» del «ius provincialis», hubo de admitir, y así lo expresan las fuentes (46), la usucapibilidad de servidumbres (47). A pesar de la claridad de los textos, aun impresionan los sólidos argumentos de HEDEMANN (48), quien rechaza en absoluto la posibilidad de constituir servidumbres prediales a través de la prescripción.

Por encima del interés que el tema ofrece para la investigación, del debate en curso se colige la enorme desconfianza, incluso el temor, con que los romanos miraron siempre la usucapibilidad de servidumbres. La «*ratio*» debió ser que la servidumbre real no se exterioriza en algunas ocasiones de ninguna manera (49), y desde luego, nunca con la plasticidad de la posesión apta para usucapir.

Si en la posesión concurrían los requisitos tradicionales, había un hecho de relevancia irrecusable para que el titular «*a non dominio*» pudiera alcanzar el dominio. Porque, al igual que la acción pauliana, la usucapión pretendía remediar la deficiencia de publicidad de los actos adquisitivos del dominio. (50).

Pero la llamada «cuasi posesión de la servidumbre», aun no clandestina, exenta de violencia y sin vicio de precario carece casi en todos los casos de esa plasticidad o relevancia irrecusables.

(44) BONFANTE, loc. cit. post. También antes ASCOLI: «La usucapione delle servitù nel diritto romano». *Arch. giur.*, 1887, 38, pág. 51.

(45) Son palabras de PACHIONI: «Manual de Derecho romano». Traducción de MARTÍN y REVERTE.—Valladolid, 1942. I, pág. 415.

(46) PAULO en D. 8, 2, 20.

(47) Dentro de este ambiente común, se discute la época en que las fuentes admitieron la usucapibilidad, es decir, si JUSTINIANO fué iniciador o simple compilador de doctrina corriente. Pueden verse el clásico trabajo de DEROZZI: «I modi pretorii d'acquisto delle servitù». *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1897, 23, págs. 3 y 167. Y COLLINET: «La tradition des servitudes dans le droit de Justinien». *Mélanges GIRARD*. París, 1912. I, págs. 185 y siguientes.

(48) HEDEMANN: «Erweb und Schutz der Servituten». Berlin, 1867.

(49) Sobre supuestos de esta índole puede consultarse GROS: «De l'action possésoire relativement aux servitudes discontinues». Es un comentario crítico a un trabajo de DORLENCOURT: «Du cumul du pétitoire et du possésoire». Ambos trabajos en la *Revue crit. de Legislation et Jurisprudence*, 1853. III, págs. 340-926; y IV, 183-397.

(50) Pueden consultarse: CORNIL: «Etude sur la publicité de la propriété dans le droit romain». Thèse, Bruxelles, 1890. Y SCHUPFER: «La pubblicità nel trapassi della proprietà secondo el diritto romano del basso impero». *Riv. ital. p. l. scienze giur.*, 1905, 39, pág. 1.

Como dice GIRARD⁽⁵¹⁾, el hecho originario habría de tener una publicidad mínima, la imprescindible para que la servidumbre hubiera podido ser conocida por el dueño grabado. Y aún así, en cuanto este titular presuntivamente sirviente alegara su ignorancia de la carga, al figurado titular activo, según la interpretación general, no le conceden las fuentes ninguna posibilidad de accionar su derecho.

III.—Constitución tácita.

En los diferentes casos de constitución tácita o presuntiva de servidumbres reales, y entre ellos el destino del padre de familia (52), los signos aparentes, que la misma ley determina, revelan a todos las características de la carga. Y sin embargo, de diversos fragmentos de las fuentes (53) se deduce sin duda alguna su inadmisión en Roma. A pesar de la fuerza incontrastablemente probante de los hechos, quizás por sustentarse toda la teoría de las servidumbres en la absoluta independencia de las dos fincas, la servidumbre no se estimó nacida, y luego de la diversificación de titulares dominicales, subsistente.

Pero la solución que, en definitiva, pueda adoptar un ordenamiento, dependerá en esta materia, según CASALS COLLDECARRERA (54), del valor que se otorgue al «animus» del enajenante, presumiéndose o no la intención de engendrar la servidumbre. El derecho francés y los que en él se inspiraron, entre ellos el art. 541 del Código civil español, reconocen a aquellos signos el valor de título constitutivo. Por el contrario, las fuentes los rechazan, aunque se hallare clara e incontrovertible la voluntad del primer propietario.

(51) GIRARD: «Manuel élémentaire de droit romain». 8e. éd. revisée par SENN. París, 1929; pág. 402.

(52) Otro supuesto, por ejemplo, es el contemplado por la S. de 5 de abril de 1898: «Las aberturas que dan a la vía pública se convierten automáticamente en servidumbres, si esta vía pública pasa a dominio privado.»

(53) Dig. 8, 2, 10.—8, 2, 36-37.—8, 2, 41—20, 49, 9, etc..

(54) CASALS COLLDECARRERA: «El derecho real de servidumbre según los principios del derecho foral de Cataluña». Prólogo de DÚALDE. Barcelona, 1944, pág. 14.

IV.—SU INVENCIÓN

En los tres supuestos examinados puede observarse que la prueba de la conciencia o ignorancia de la servidumbre, hecho fundamental para su constitución, ofrecía extremada dificultad cuando la carga era inopinada. (55). Y era imposible si el gravamen se exteriorizaba con obras o rasgos que revelasen notoriamente su existencia. La plataforma sobre la cual había de levantarse una posible acción de constatación, era la voluntad del dueño pasivo, su conciencia del perjuicio, su conocimiento o no ignorancia de la servidumbre. La interpretación es típicamente romana, según indica POTHIER (56), pues nadie puede quejarse de un daño que parece haber querido.

La prueba de ese hecho originario tiene carácter adjetivo o procesal y sobre él las fuentes no contienen un texto que ilumine un cierto criterio resolutivo. En este punto halló su tarea la capacidad interpretativa de la glosa. Al comentar diversos pasajes del *DIGESTO*, el glosador BARTOLO (57) consideró que la servidumbre existía cuando el propietario del fundo dominante tenía *animus possidendi*, voluntad de disfrutar el beneficio, así como el del sirviente posibilidad de conocer el gravamen (58). Junto al elemento subutivo, tan entrañable al romano, la clave de la prueba residía en los signos exteriores. A la voluntad del dueño gravado de sufrir la carga se ligaba un elemento objetivo, la revelación por obras permanentes (59).

(55) A la aparición repentina de una servidumbre oculta, ULPIANO, en D. 19, 1, 1, la llama inopinada: «verum ne emergat inopinata servitus».

(56) POTHIER: «Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, expliqueant aut abrogant». Parisis, 1820. Vol. 4, pág. 278.

(57) BARTOLO: «Prima super Digesto veteri». Comentaria Liber. VIII. Lyon, 1542. Y Comentaria... Venetiis, 1602. V, par. 9, pág. 114.

(58) Según BARTOLO, loc. cit., había servidumbre «si erat de hoc fama per contrata», o «si erant sibi signi viae vel itineris vel aquae vel verossimilia, quae possunt animum adducere ad istam credulitatem». «Et idem in venditione domus ut, videatur imposita, servitus ac sustinet opera permanentia, quia ipso actu sustinebat, maxime si contrahentes hoc sciebant».

(59) La teoría de BARTOLO es intermedia entre la subjetiva (que tutela al que creyó válidos, los presupuestos de eficacia del acto) y la objetiva (basada en un hecho general exterior). —Vid. BOLAFFI: «La teoría sull'apparenza giuridica». *Riv. del diritto commerciale e del dir. generale delle obbligazioni*. 1934. 32, parte 1.º, pág. 131 Para el derecho patrio, BÉRGAMO:

La creación de BARTOLO, ponderada y práctica, no tuvo eco en los escritores posteriores (60). Muy al contrario, continuaron proponiéndose soluciones para el problema, que continuaba planteado en el derecho recibido y en los indígenas. Los escritores franceses del siglo XVIII, en que parecía vivirse ya en el derecho nacional la solución de BARTOLO, reflejan oscuras distinciones, conjugando continuidad del ejercicio con la visibilidad de las obras, pero sin proyectar una solución clara y definitiva (61). Tales distinciones, la indudable vivencia forense de la creación bartoliana, las variedades del derecho consuetudinario y las exigencias reales condujeron al concepto napoleónico de apariencia de la servidumbre.

V.—EL CONCEPTO FRANCÉS

El detalle de las disposiciones que jalonen la evolución del concepto de apariencia en el viejo derecho francés, puede consultarse en el clásico LALAURE (62). El tema de la usucapibilidad de las servidumbres fué, sin duda alguna, el «leitmotiv» que forzó a montar la distinción entre aparentes y no aparentes. Las demás cuestiones se relegaron ante su empuje arrollador.

Porque la unidad jurídica francesa en materia de servidumbre se quebraba frente a la constitución por prescripción. En los países de derecho escrito o romano (63), prevaleció su admisibilidad (64);

«La protección de la apariencia en el derecho español». Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1945, pág. 241.

(60) Han sido numerosísimos los autores consultados, siempre con resultado negativo: FORCATULO, ARGELO DE PALTRONIBUS, VINNIO, BALBO, ANTONIO GÓMEZ, FONTANELLA, ALFONSO DE OLEA, COVARRUBIAS A LEIVA, FARIÁ, FERNÁNDEZ DE OTERÓ, MARTÍN LAUDENSE, DUARENO, PADILLA, etc.

(61) Por ejemplo, LALAURE: «*Traité des servitudes réelles*». París, 1761. Hay una edición de 1827, con notas de PAILLET. Livre I; Chapitre I; y Livre II, Chap. II.

(62) LALAURE, op. cit., *passim*. Livres II y III.

(63) La escisión del territorio francés en dos zonas jurídicas, una de «droit écrit» y otra de «droit coutumier», se remonta a fines del siglo XI y subsiste hasta la Codificación. Puede señalarse como líneal demarcadora, aproximada el río Loira: al Norte, derecho escrito o romano; al Sur, consuetudinario. Para una mejor información, en la que se han apoyado los escritores posteriores, ver KLIMRATH: «*Géographie de la France coutumière*». *Revue crit. Légit. et Jurisp.*, 1837. VI, págs. 6 ss.

(64) Vid. KLIMRATH: «*Dispositions des coutumes*». II; «*Des biens*». *Revue citada*, pág. 345.

en los de costumbres, por el contrario, se rechazó, consagrándose la regla «ninguna servidumbre sin título» (65).

Como fórmula de conciliación de aquellos dos sistemas antitéticos, el recibido y el nacional, los juristas se aferraron al punto medio que tipificaban las Costumbres de Bretaña (66). En éllas, aún establecida la regla general de inadmisibilidad de la prescripción como vía de constitución de servidumbres, se excepcionaba un poco furtivamente cuándo éstas se revelaban por hechos del hombre claros, visibles, aparentes.

Este sistema de equilibrio, puramente francés y que constituía lugar común entre los escritores galos de la época de la Codificación, fué acogido sin preocupaciones por los redactores napoleónicos en el art. 689 del Código (67). Resultó como un regreso inesperado y sorprendente a la teoría de BARTOLO, pues se vino a calificar la apariencia por las obras exteriores que anuncianaban la servidumbre.

En adelante, no interesan el ánimo del constructor de las obras, los motivos causantes de las mismas, el posible beneficio del predio dominante, o que la finalidad perseguida sea adquirir o perder la servidumbre. Basta con que las obras tengan actualidad, porque, según indica DEMOLOMBE (68), la servidumbre no podría ser aparente si las obras no estuvieren hechas o hubieran desaparecido. Importa el hecho presente de las obras, sin pasado ni futuro, para que por ellas se manifieste una servidumbre aparente. Aunque exis-

(65) La regla «*nulle servitude sans titre*» parece que se formuló por vez primera en el art. 5º de una Ordenanza de Carlos VIII de Francia, en 1495. De ese texto pasó al art. 186 de la «Costumbre de París», y, por su influencia, a la mayoría de las costumbres. Algunas, sin embargo, rechazaron la regla: así, Amiens, Metz, etc.

Sobre esta diversidad, puede consultarse BEAUNE: «*Droit coutumier français. La condition des biens*». Lyon-París, 1886, págs. 141 ss.

(66) GIRAUD: «*Recherches historiques et bibliographiques sur les coutumes de Bretagne*». — *Revue crit. Législation et Jurisp.* — 1843: — Vol. 17, páginas 300 y 571.

(67) Así lo expresa BERLIER, uno de los redactores, en su «*Exposé des Motifs du Titre IV. Livre III. du Code civil*», ante el Consejo de Estado, que si recoge en «*Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat*». París, 1841. Vol. I, pág. 321.

(68) DEMOLOMBE: Op. cit., vol. XII, París, 1882, 2º, núm. 721, página 218.

te algún desacuerdo entre los escritores franceses, tal parece la conclusión congruente con los términos anteriores (69).

Pero ese concepto de apariencia, que formularon los redactores de 1804 con la clarísima pretensión de abrir paso a la constitución de servidumbres por vía de prescripción, no fué, sin embargo y según su propio leal saber y entender, por extraño que parezca, un asidero publicitario suficiente. A la sola apariencia, tan relativa, la consideraron seguramente rodeada de incertidumbre, llena de inseguridad, propicia a la vacilación.

Difícilmente podría encontrarse otra razón de más peso para explicar por qué al regular la prescripción de servidumbres, en el art. 2.229, los codificadores franceses ligaron a la apariencia un nuevo dato de hecho, la continuidad. Es decir, ya no basta la apariencia, sino que es preciso que esas mismas circunstancias que constituyen la apariencia persistan idénticas a lo largo del plazo legal.

Y así, por la conjunción de apariencia y continuidad, de golpe y porrazo se convirtieron en imprescriptibles las servidumbres discontinuas, y de un modo inevitable, por razón de concepto, las servidumbres «in faciendo» e «in prohibendo» (70). Respecto de las discontinuas, lo declaró expresamente el art. 691, aunque ello era en absoluto superfluo. En las «servitutes in faciendo vel in prohibendo», dado que los actos a cuyo través se ejercitan suelen ser transitorios, manifestados a medias, o simplemente negativos (71), al dueño del predio presuntivamente sirviente no se le podía exigir la vela permanente del fundo más allá de la habitual en un buen padre de familia.

De donde la regulación francesa lleva a la conclusión de que ciertas servidumbres, por ejemplo, las «in faciendo», se ejerciten por actos bien visibles a todos, pero por carecer de continuidad en el sentido legal, o por no haber obras exteriores, o por faltarles signos aparentes permanentes, sean inusucables. La ligazón de

(69) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE: «Traité théorique et pratique de droit civil». Bordeaux, 1907, 3e. éd. VI, 81.

(70) Las servidumbres «in faciendo» permiten al dueño del predio dominante hacer algo en el sirviente; las «in prohibendo» impiden al dueño del predio sirviente actuar como le sería lícito sin la existencia de la carga. Ver OSSORIO Y MORALES: «Las servidumbres «in faciendo» en Derecho español». *Revista de Derecho Privado*, 1934, XXI, 188.

(71) Ya decía GARCIA GOYENA que las servidumbres negativas eran no

ambos requisitos conceptuales, apariencia y continuidad, junto con otras circunstancias, han hecho del sistema francés en esta materia un desconcertante semillero de pleitos.

VI.—RETOQUES AL CONCEPTO FRANCÉS

La construcción francesa de la apariencia de la servidumbre fué perfeccionada en las legislaciones que se han movido en la órbita de su influencia. Así, el Código civil italiano de 1865, en su art. 618, sustituyó el vocablo «ouvrages» por el de «signis», que los galos habían empleado solo en relación con las servidumbres no aparentes («signes»). Pero insistió en la concurrencia de continuidad y apariencia para la prescripción.

Aquella modificación vino indudablemente a acentuar el carácter extrínseco de la apariencia, es decir, la exteriorización o visibilidad de la servidumbre. Se desplazó la idea nacional de la apariencia de aquella relatividad e incertidumbre que había de imprimirlle la mayor o menor diligencia del observador. Ahora bien, si la existencia de obras en el sentido francés era de prueba difícil en los casos dudosos, la generalidad de los signos aparentes se prestaba, en orden a la prescripción, a más intrincados subterfugios forenses.

El punto de vista adoptado por los codificadores franceses y sus seguidores, la defensa del dueño presuntivamente sirviente contra el abuso de sus naturales tolerancias, fracasó rotundamente con el andamiaje de la apariencia. Y aunque, tras una ruda crítica posterior, se extendió la opinión de que tal fracaso procedía de la conjunción de apariencia y continuidad, la supresión de la continuidad que ha efectuado el art. 1.061 del Código italiano de 1942, parece que no ha evitado tampoco la mayor parte de sus inconvenientes (72).

aparentes, y «puede decirse con la misma generalidad y seguridad que todas las afirmativas son aparentes». «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español». Madrid, 1852. Vol. I, pág. 422.—Esa misma tesis, que ha sido sostenida recientemente por M. V. SCAEVOLA («Código civil comentado y concordado extensamente». Madrid, 1895. Vol. X, página 184), es opuesta en absoluto a la que expone DE BUEN en su artículo sobre «servidumbre afirmativa», en la «Enciclopedia Jurídica Española», tomo 28, pág. 662. Para DE BUEN, que separa las distinciones de aparentes y afirmativas, «ni todas las servidumbres aparentes son positivas, ni todas las no aparentes son negativas».

(72) Aunque es pronto para hacer afirmaciones sobre la eficacia de la

Puede considerarse al sistema italiano, en su evolución de 1865 a 1942, índice y reflejo en la común reacción de los sistemas legales de inspiración napoleónica ante la escasa utilidad del nuevo concepto jurídico. Ello permite excusarse de otras referencias, pues se limitan en síntesis a trasladar la regulación modélica francesa, con variantes de escasa trascendencia (73).

VII.—LA COPIA ESPAÑOLA

No es posible en ésta materia hablar de una tradición española. Cualquier indagación de escritores y textos legales páticos anteriores a la Codificación déclimonónica afirma la convicción de que, según el patrón romano, los derechos recibido y nacional desconocieron sin duda alguna la clasificación de las servidumbres en aparentes y no aparentes (74).

Al comentar el art. 479 del Proyecto de Código Civil de 1851 indica GARCÍA GOYENA que su antecedente se encuentra en el artículo 689 del Código napoleónico, con otros derivados del modelo (75). Posteriormente, la base 13 de la ley 11 de mayo de 1888 ordenó que la distinción, «por sus condiciones de ejercicio y disfrute», se incorporase al Título correspondiente de las servidumbres. Y el art. 532 del Código civil la introdujo en nuestro sistema vigente, con pequeñas modificaciones de redacción respecto de sus modelos: El concepto francés de la apariencia; conjuntado con el

nueva redacción legal, sobre todo tras las peripecias sufridas en los últimos nueve años por el pueblo italiano, ya han surgido algunos asuntos judiciales que parecen justificarlas. Para la regulación, Vid. BENETTINI: «Compendio de diritto civile secondo il nuovo Codice». Milano, 1939-1944. Volumen III, págs. 170 ss.

(73) Por ejemplo, sobre Derecho portugués. Vid. PINTO DE MEYRELLAS: «As servidões prediais en direito peninsular e português». Lisboa, 1934.

(74) Entre los consultados, también con resultado negativo, merecen destacarse: ASO Y DE MANUEL («Instituciones del Derecho civil de Castilla». Madrid, 1771).—Todo el título «De las servidumbres», págs. 148 a 160). JUAN SALA («Compendio de Derecho real de España». Extractado por SINÉRIZ, 2.º (d. Madrid, 1833). ESCRICHÉ (voz «servidumbre», en su «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia», ediciones de 1834 y 1876); GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN («Elementos del Derecho civil y penal de España». Vol. I, no sólo de la primera edición (Madrid, 1840, páginas 115 y 118; sino en la edición 13. Madrid, 1881, págs. 641 y 650, cuando ya era doctrina corriente en España), etc.

(75) GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 422, quien se refiere a los artículos 610 C. c. napolitano; 725 C. c. holandés, etc.

de la continuidad, se aplicó, por los arts. 537 a 541, a la constitución de servidumbres por vía de prescripción, así como a la regulación de la institución francesa del «destino del padre de familia».

Hoy resulta sorprendente que los redactores del Código español aceptaron el concepto francés sin establecer normas coordinadoras con el sistema publicitario del Registro de la Propiedad, vigente entonces desde hacía casi veinte años. Ni se pensó siquiera en si era o no conveniente la introducción del nuevo concepto, encajándose sin la menor discusión una publicidad antes desconocida en el sistema ya en vigor.

Las servidumbres prediales eran inscribibles en el Registro de la Propiedad, según el artículo 2.º, núm. 2.º de la Ley hipotecaria de 1861. La aplicación de los principios hipotecarios, aún en el ámbito limitado del sistema, surgía por el simple hecho de la registración. Pero el Código civil de 1889, que tantas novedades trajo, también en este punto perturbó la «pax hypothecaria». Desde su publicación, los titulares registrales libres de cargas podían ser atacados por la inoportuna e inesperada servidumbre aparente.

Claro que en seguida comenzó el rosario de pleitos. La jurisprudencia, un poco perpleja al comienzo, fué afirmando los nuevos principios. Y la doctrina vigente, según sintetiza la didáctica diafanidad de CASTÁN (76), es «qué cuando los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y por tanto, surten efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre» (77). La publicidad de la servidumbre aparente «suple con eficacia, dice ROCA SASTRE (78), el posible silencio del Registro acerca de la existencia de la misma.»

(76) CASTÁN: «Derecho civil español común y foral». Notarías. Madrid, 1942. II, 283.

(77) Sentencias 11 enero 1895, 7 febrero 1896, 5 abril 1898; 27 mayo 1899, 27 octubre 1900, 31 marzo 1902, 12 octubre 1904, 11 noviembre 1905, 27 enero 1906, 23 marzo 1906, 26 octubre 1906, 23 noviembre 1906, 22 diciembre 1906, 12 octubre 1909, 7 noviembre 1911, 1 febrero 1912, 13 enero 1913, 14 abril 1914, 9 julio 1917, 11 mayo 1927, etc.

(78) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario». Barcelona, 1948. I, 363. ROCA cree, además (pág. 364), que la doctrina debiera extenderse «a todos los casos de instalaciones de exteriorización notaria». Así lo ha hecho la Sentencia de 6 de abril de 1946 en un caso de comunidad. Pero la extensión es peligrosa, sobre la base de una analogía con la concepción de la apariencia de la servidumbre.

Claro que así debería ser si el concepto de la apariencia de la servidumbre estuviese perfilado de un modo indiscutible. Pero, aparte de esa cuestión, es evidente que la nueva fórmula publicitaria, la más elemental y simple, la natural exteriorización de las cosas en el mundo de los sentidos corporales, cuando es verdaderamente natural y facilita a todos la posibilidad de apreciar sin más la existencia de una servidumbre, no es opuesta al sistema hipotecario vigente. Si acaso, completamente superflua. Y como todo lo superfluo en un ordenamiento jurídico, manantial inagotable de oscuridades en los Tribunales.

Porque, en su sentido más puro, la publicidad de la apariencia de la servidumbre, así como su aplicación en materia de prescripción, engranan sin violencias en el sistema inmobiliario español. Es obvio que éste se basa en el imperio absoluto de la ética, o con mejor tecnicismo, la buena fe, como principio o como requisito para la aplicación del de la fe pública registral (79), preside el tráfico inmobiliario nacional. Y a través de las condiciones de efectuación de la buena fe, las cuales son en todo caso un problema de hecho a determinar por el juzgador, pueden obtenerse los resultados que pretendieron alcanzar los creadores del concepto.

Si ello es así en el ámbito natural del sistema, es decir, respecto de los terceros hipotecarios, sujetos de la mayor tutela del Registro, la superfluidad del concepto de apariencia de la servidumbre se patentiza más crudamente en cuanto a los titulares partes. Entonces la prueba de la buena o mala fe de los dueños activo y pasivo podrá fundarse normalmente en datos irrecusables.

VIII.—SUPERACIÓN DEL CONCEPTO

Por lo expuesto, es difícil percibir la razón por la que se mantiene la idea de apariencia de las servidumbres en los ordenamientos contemporáneos. Tal vez la mejor explicación resida en la tendencia secular de los juristas a facilitar lo intrincado ofreciendo más de un sendero a seguir.

BARTOLO, en primer lugar, y luego los prácticos franceses, observaron que la doctrina romana recibida, al caracterizar la pres-

(79) ROCA SASTRE, op. cit., pág. 445.

criptibilidad de la servidumbre sobre la posesión, dirigía inevitablemente a la investigación de la voluntad presunta o verdadera de los interesados. Pero el análisis de las cuestiones posesorias concluye siempre por sumergirse en el pantano intencional. Ante ese final, agobiante y desconsolador, hubo de solicitarse una salida objetiva. Por ello se consideró pertinente establecer, en el ámbito geográfico de localización de los fundos dominante y sirviente, una especie de notoriedad tan visible y concluyente que hasta el menos avisado se representara automáticamente el estado actual de servidumbre.

Por ello, los escritores franceses del siglo XVIII (80) coincidieron en destacar la necesidad de las obras exteriores como medio, conveniente al principio, más tarde imprescindible, para la actuación de la servidumbre. La idea persistió con tales rasgos en los comentaristas del Código napoleónico y territorios de su vigencia (81).

Más la apariencia o inapariencia de la servidumbre real no es un carácter intrínseco, permanente, rígido, invariable de cada uno de los tipos del instituto. En esencia, depende de las condiciones ambientales, espaciales, de circunstancias, en las cuales se disfruta su utilidad, se padece su gravamen o se considera desde un punto o plano exterior a la relación misma. Un ejemplo adecuado a esta afirmación, por otra parte viejísimo, es el de la servidumbre de paso: puede ser aparente o no aparente, según hayan o no datos que la exterioricen; e incluso habiéndolos, según, los valores en cada caso y momento el ser humano que en definitiva juzgue.

El concepto de apariencia de la servidumbre cumplió su papel de solución transitoria, fugaz, en tanto no se proveyera otra fórmula de publicidad más adecuada. Es lógico que se tuviera por definitivo por BARTOLO, por los franceses de los siglos XVII y XVIII, e incluso por los redactores napoleónicos. A éstos últimos se les metía en el alma su sistema nacional, aparte de lo ineficaz que resultaba su antiguo sistema de transcripción. Pero ya en pleno siglo XIX, en marcha la teoría del Registro y con aplicaciones

(80) Entre ellos, BACQUET, BEAUMANOIR, FOURNEL, POTHIER, ARGOU, etcétera.

(81) Por ejemplo, el belga VAZEILLE: «Traité de prescriptions». Bruselas, 1834, págs. 162 a 164.

satisfactorias, la publicidad que reportaba este sistema superaba las últimas posibilidades a que podía aspirar la apariencia.

Por consiguiente, debió arrojarse por la borda, como lastre inútil y entorpecedor, en los sistemas legales posteriores a la segunda mitad del siglo XIX. Porque, si una clasificación jurídica ha de ser algo más que una ingeniosa especulación, deberá insertarse en la sustancia o naturaleza de la institución que intenta desentrañar. Lo que no sucede al mantener en los ordenamientos contemporáneos la distinción de las servidumbres en aparentes y no aparentes, apoyada en datos objetivos relativos y cuya finalidad fué cumplir un destino para el que basta el orden jurídico general y el sistema registral, humanizados por la ética.

MANUEL RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ GERMES
Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERÓNIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.^o, n.^o 11 - MADRID

La inscripción de los bienes municipales

SUMARIO: I. *Introducción.* 1. La Ley de Régimen Local.—2. La inscripción de los bienes de las Entidades locales.—3. Inscripción e inmatriculación.—II. *Los bienes municipales.* 1. Consideración especial del dominio público.—2. Las clases de bienes municipales.—III. *Su inscripción.* 1. Bienes inscribibles.—2. Medios de inmatriculación.—IV. *Estudio especial del medio de inmatriculación del art. 206.* 1. Idea general. 2. Requisitos.—3. Procedimiento.—4. Efectos.

I.—INTRODUCCIÓN

1. Despues de un largo período de provisionalidad en la legislación reguladora de nuestro régimen local, ha sido promulgado el texto articulado de la Ley de Régimen Local (1), aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950. Muchas son las contradictorias opiniones que suscitó la Ley de Bases de Régimen Local, primero; el proyecto articulado, despues, y el texto articulado ahora. Y es que las disposiciones contenidas en sus 779 artículos, cuatro disposiciones finales, 13 adicionales y 11 transitorias, no pueden ser enjuiciadas con criterio único. En ellas hay aciertos indudables y defectos inevitables. En la línea crítica hemos de citar, en primer lugar a JORDANA DE POZAS, que en su brillante y magnífico discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia (2) censuró a

(1) En lo sucesivo citaremos L. R. L.

(2) *Tendencias europeas actuales del Régimen local.* Discurso leído el 19 de enero de 1948. Madrid, 1948.

la nueva regulación, aparte de otras razones de orden técnico que señaló, por la ausencia de espíritu renovador. «Falta de directrices políticas renovadoras —dice, resumiendo en una frase el espíritu de la nueva Ley—, obra de técnicos y especialistas trabajando en equipo, huyó de innovaciones revolucionarias o trascendentales, conserva las instituciones recibidas y arraigadas y responde a tendencias doctrinales distintas, que procura conciliar siguiendo una *vía media* que aleja polémicas, pero enturbia entusiasmos» (3). Esto es, indudablemente, cierto; pero también lo es que, por obra de esos especialistas que trabajaron en su redacción, nos encontramos con la regulación completísima y acertada de ciertas instituciones antes deficientemente reguladas y con innovaciones aconsejables para garantizar debidamente la legalidad administrativa. Baste citar, como ejemplo, los diecisiete artículos dedicados a la responsabilidad de las entidades, autoridades y funcionarios de la Administración Local (4), y los quince que regulan el recurso contencioso-administrativo (5).

2. Pues bien; de los múltiples aspectos que ofrece esta Ley, que empezó a regir el 1º de marzo, voy a ocuparme aquí de uno de ellos, el de la inscripción de los bienes de un tipo determinado de entidades locales, mejor dicho, de un grupo de entidades locales, pues pese al uniformismo con que se caracteriza a nuestro sistema municipal, existen importantes excepciones a este principio general en que se inspira. No me voy a referir a la inscripción de los bienes provinciales, pese a ser su regulación casi idéntica, sino concretamente a los bienes de las entidades municipales. Ahora bien; según la Ley, son entidades municipales el Municipio, las Entidades locales menores, la Mancomunidad municipal voluntaria y la Agrupación municipal forzosa (art. 10). Y dentro del capítulo dedicado a

(3) Página 68 y ss.

(4) En este, como en otros aspectos del régimen jurídico, se ve la influencia de Segismundo ROYO VILLANOVA, a través de su obra *Problemas del régimen jurídico municipal*. Madrid, 1944, pág. 217 y ss.

(5) Sobre las modificaciones, vid. ROYO-VILLANOVA (S.), *Reformas en lo contencioso-administrativo municipal*, en el «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración local», núm. 34, 1947, pág. 441 y ss., y MARTÍN RETORTILLO, *Lo contencioso-administrativo en la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1946, página 152 y ss.

los bienes municipales, existe un último artículo, en que se dice que son aplicables las disposiciones contenidas en él a las Entidades locales menores (art. 202): ¿Es que tales disposiciones se aplican únicamente a Municipios y Entidades locales menores? ¿O han de aplicarse también a las demás Entidades municipales? Estimo que han de aplicarse a todas las Entidades municipales, y que el precepto contenido en el artículo 202 es superfluo, pues si el artículo 182 se refiere al patrimonio de las «Entidades municipales» y en los demás preceptos de ese capítulo se hace referencia a «bienes municipales», no ofrece duda que deberán aplicarse a todas las Entidades municipales, y Entidades municipales son —según el artículo 10— las Agrupaciones municipales, por otro lado, si estas Mancomunidades tienen capacidad jurídica plena para el cumplimiento de sus fines, como lo establece expresamente para las voluntarias el artículo 32, podrán adquirir bienes, que serán de la Entidad, y tendrán acceso al Registro, si bien reconocemos que, dada la finalidad concreta y específica de estas Entidades municipales, lo normal es que sus bienes estén destinados al servicio o fin público para el que se constituyó la Mancomunidad (arts. 29 y 38); pero no hay ningún obstáculo para que tengan también bienes patrimoniales.

3. El artículo 199 de la L. R. L. señala, con carácter general, la obligación de los Municipios de inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y Derechos reales, disposiciones que, al igual que todos los demás del capítulo, son aplicables, como hemos visto, a las Entidades locales menores, según el artículo 202, e incluso a las Agrupaciones y Mancomunidades municipales. Precisamente el objeto de este trabajo es ver el régimen jurídico de la inscripción de estos bienes municipales, si bien como no todos son susceptibles de tener acceso al Registro, será necesario empezar por distinguir las distintas clases de bienes de las Entidades locales, intentando una clasificación de los mismos.

El artículo 1.º de nuestra L. H. dice que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás Derechos reales sobre bienes inmuebles. No se trata de hacer aquí un estudio de los actos relativos al dominio y Derechos reales de los bienes municipales en los supuestos en que es posible su enajenación y gravamen, previstos en los ar-

tículos 189 y siguientes de la L. R. L. (6). Se trata de ver, únicamente, el régimen jurídico del acceso al Registro de las fincas. Es decir, de la inmatriculación. Como ha dicho NÚÑEZ LAGOS, a la entrada de una finca en el Registro se le llama inmatriculación; la descripción de una finca es la cabeza y fundamento del folio registral (7).

Este ingreso en la vida registral de una finca ha de hacerse a través de la inscripción del dominio de la misma. «La primera inscripción de cada finca —dice el artículo 7.º de la L. H.— en el Registro de la Propiedad, será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley» (8). Es decir, existen unos medios de inmatriculación previstos en la Ley, aunque la doctrina señale algunos más, como veremos, de los enumerados en el artículo 199. Y esta inscripción surte unos efectos típicos, diferentes de los de las demás inscripciones (9).

Pues bien, después examinaremos los medios de inmatriculación aplicables a los bienes municipales y sus características, para hacerlo con más detenimiento del procedimiento típico previsto en el artículo 206 de la L. H.

II.—LOS BIENES MUNICIPALES

1.: Dejando a un lado el problema de la naturaleza de la relación entre los Municipios y su territorio (10), lo que interesa aquí es ver la distinta posición de las Entidades municipales ante sus

(6) Sobre el problema, en la legislación anterior, vid. RIBELLES ORTIZ: *Capacidad jurídica de los Municipios para adquirir, enajenar y gravar bienes, según la legislación vigente*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1943, pág. 368 y ss.

(7) *El Registro de la Propiedad español*. Madrid, 1949, separata del artículo publicado en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», pág. 7. Sobre el interesante problema que plantea la inmatriculación de fincas en el África Occidental y su nueva reglamentación, vid. NARCISO FUENTES: *Consideraciones sobre la futura reglamentación de la propiedad en África Occidental Española*, en «Información jurídica», julio-agosto 1948, página 90 y ss.

(8) Cada finca tendrá un número diferente y correlativo (art. 8, L. H., artículos 243 y 378, R. H.).

(9) Sobre el problema de los efectos de la inmatriculación en general, vid. el interesante trabajo de CABELO DE LA SOTA, en *Efecto de las inscripciones de inmatriculación*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», T. V. 1950, pág. 608 y ss.

(10) Un resumen de las principales posiciones acerca de la naturaleza

bienes, según la naturaleza de éstos, problema que depende de la posición que se adopte ante la distinción entre el dominio público y la propiedad privada, que tanta trascendencia tiene para el Derecho registral. El concepto de dominio público es uno de los más imprecisos, y, desde luego, uno de los menos trabajados por nuestra doctrina. En 1942 señalaba FERNÁNDEZ DE VELASCO el contraste existente entre la copiosísima bibliografía extranjera sobre el problema y la escasa producción española, en que apenas si podía citarse algún trabajo, aun tomando en cuenta uno de don Patricio de la Escosura, de 1847, inserto en la *Reforma legislativa*; otro del propio FERNÁNDEZ DE VELASCO, publicado en la *Revista de Derecho Privado*, en 1927, y un tercero inédito de MESA SEGURA, «que si en extensión excede de un artículo de revista, que diríamos normal, todavía no alcanza la de una monografía caracterizada» (11). No obstante, con posterioridad nos hemos encontrado con una completa e interesante monografía sobre el concepto del dominio público, debida a MANUEL BALLBÉ (12). Para BALLBÉ, el dominio público viene definido, frente al privado, por los siguientes elementos:

a) *Subjetivo*: es necesario que la cosa pertenezca a una persona jurídico-pública, admitiendo que sea titular, no sólo una entidad territorial, sino también, siguiendo a PÉREZ BOTIJA (13), y frente a la generalidad de la doctrina italiana, una entidad institucional.

b) *Objetivo*: frente a las opiniones tradicionales, que sólo con-

de la relación jurídica entre el Municipio y su territorio puede verse en ROYO-VILLANOVA (S.): *Los términos municipales y sus alteraciones*. Madrid, 1947, pág. 8 y ss. «Puede afirmarse —dice en pág. 15—, siguiendo a SANTI ROMANO, RAGGI Y ZANOBINI, que el Municipio tiene un verdadero derecho sobre su territorio, que no es un derecho real, sino que tiene por objeto un elemento de su constitución. El derecho que ejerce sobre el territorio se distingue del que tiene sobre los inmuebles, propiedad privada del Municipio, o sobre los de uso o servicio públicos municipales, que son objeto de un derecho real público.»

(11) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, pág. 113 y ss.

(12) *Concepto del dominio público*, en «Revista jurídica de Cataluña», 1945, pág. 25 y ss. Existe publicación independiente por Bosch. En cuanto a la naturaleza jurídica del dominio público, domina la posición que considero puede hablarse de verdadera propiedad, vid., por ejemplo, GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo*, 8.ª ed., 1943, t. I, página 373.

(13) *Problemas de Administración Corporativa*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 7, pág. 113.

sideraban susceptibles de incluir en la noción de dominio público a una categoría determinada de cosas, se afirma que tal noción es independiente de la calidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo tanto las nudas porciones del suelo como los edificios y los bienes muebles y los incorporables.

c) *Teleológico*: es necesario que la cosa esté destinada de modo directo a la función pública:

a') Destinada, esto es, afectada a su actuación; el ser objeto o resultado del ejercicio de la función pública no confiere a los bienes la condición de públicos.

b') La destinación de los bienes a la función ha de tener carácter directo: han de servir inmediatamente, por sí, a la función pública, no por su utilidad patrimonial o valor en cambio. El artículo 107, número 6 de la L. H., habla de estar destinados «directa y exclusivamente» al servicio público. Debe emplearse, en vez del término servicio público, el más amplio de función pública.

d) *Normativo*: es necesario el sometimiento de los bienes a un régimen de Derecho público (14).

2. Nuestro Código civil señala, en su artículo 339, que los bienes de dominio público (15) pueden ser de dos clases:

1.º Los *destinados al uso público*, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común y están *destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional*.

Todos los demás tienen el carácter de propiedad privada (artículo 340). Es decir, se define la propiedad privada por exclusión, después de haber señalado positivamente las notas que definen el dominio público.

Ahora bien; cuando clasifica el Código los bienes de las Entidades locales, no lo hace igual que al clasificar los del Estado, sino que los clasifica en bienes de uso público y patrimoniales (artículo 343). Los patrimoniales son equivalentes a los de propiedad pri-

(14) Cómo notas de este régimen jurídico se señalan las de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 188, L. R. L.).

(15) Los autores españoles suelen enumerar los casos de bienes de dominio público según nuestra legislación; por ejemplo, vid. GARCIA OVIEDO: *Derecho administrativo*, 1.ª ed., 1943, t. I, pág. 135 y ss.

vada, pero los de uso público no son equivalentes a los de dominio público; sino a una clase de éstos, a la que señala el número 1º del artículo 339, lo que se ha explicado en atención a que sólo cita como públicos en cuanto a su destino a los referentes a la defensa nacional; lo que es un fin que, aun los más exaltados federales y los regionalistas más intransigentes, sustraen a la competencia de la Administración local (16).

3. La L. R. L., modificando el criterio del Código civil, clasifica los bienes municipales en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. «Los bienes de dominio público son de uso público o servicio público; los patrimoniales son de propios o comunales» (artículo 183).

a) *Bienes de dominio público.*

a') Son de «uso público municipal, de conformidad con el párrafo primero del artículo 344 del Código civil, los caminos, plazas, calles, paseos, aguas, fuentes y obras públicas de servicio general, cuya conservación y policía sean de competencia del Municipio» (artículo 184).

b') Son de «servicio público los que el Municipio destine al cumplimiento de fines de interés público, como Casas Consistoriales, Mataderos, Mercados, Lonjas, Escuelas y otros análogos» (art. 185).

b) *Bienes patrimoniales:*

a') Son «de propios 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).

b') Son «comunales los de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos» (art. 187).

Los comunales (17) están sometidos a las mismas reglas de

(16) ROYO-VILLANOVA (A. y S.): *Elementos de Derecho administrativo*, 22 ed., 1950, t. I. No obstante, si tenemos en cuenta que la enumeración del número 2º del art. 339 se hace «ad exemplum», pueden admitirse, partiendo del criterio del mismo Código otros supuestos de bienes de servicio público, por lo que es censurable la clasificación de bienes municipales del Código y elogiable el nuevo criterio de la L. R. L. que a continuación se pasa a exponer.

(17) Sobre la naturaleza de estos bienes según la jurisprudencia anterior a la promulgación de la L. R. L., vid. las interesantes notas de LÓPEZ RODO al *Tratado elemental de Derecho administrativo* de CARTAGO, Santiago, 1946, pág. 238 y ss.

inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que los de dominio público, no estando tampoco sujetos a tributación del Estado (art. 188), y los de propios estarán sometidos a las limitaciones impuestas por los artículos 189 y siguientes, que habrán de ser tenidas en cuenta por el Registrador cuando se pretenda inscribir alguno de los actos relativos a dichos bienes ya inmatriculados.

III.—SU INSCRIPCIÓN

1. En principio, son inscribibles los bienes inmuebles y Derechos reales, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan, y, por tanto, los del Municipio (art. 4.^o, R. H.; artículo 2.^o, núm. 6, L. H.). El artículo 15 del Reglamento emplea una fórmula imperativa, al decir: «Los bienes inmuebles y los Derechos reales que pertenezcan al Estado y a las Corporaciones civiles y se hallen exceptuados o deban exceptuarse de la venta con arreglo a la legislación desamortizadora, se inscribirán en los Registros de la Propiedad de los partidos en que radiquen.» Y como quiera que los bienes de los Municipios fueron exceptuados de la legislación desamortizadora por el R. D. de 3 de marzo de 1917, criterio que siguió la legislación local posterior, es indudable qué deben inscribirse, según el precepto contenido en el artículo 15 del R. H. y en el artículo 199 de la L. R. L., debiendo dar los Alcaldes las órdenes oportunas para que sean inscritos (artículo 16, R. H.).

Ahora bien; no todos los bienes municipales son susceptibles de inscripción; el propio R. H. exceptúa de la inscripción a los «bienes de uso público» (18) de las provincias y de los pueblos incluidos en el párrafo primero del artículo 344 del Código civil» (artículo 5.^o, segundo). La interpretación de este precepto, redactado cuando la clasificación de los bienes municipales se encontraba en el Código civil, plantea un interesante problema una vez publicado el texto articulado de la L. R. L., al haber modificado —como vimos— aquella clasificación. ¿Ha de entenderse que únicamente están exceptuados de la inscripción los bienes de uso pú-

(18) Pero si cambiaren de destino, adquiriendo el carácter de propiedad privada, se llevará a efecto su inscripción (art. 6.^o, R. H.).

blico definidos en el artículo 194 de la L. R. L.? ¿O están exceptuados todos los bienes de dominio público? En realidad, este último es el criterio del legislador; como lo demuestran las siguientes razones:

- a) Que al referirse a los bienes del Estado el número 1.º de este artículo 5.º del R. H., exceptúa, no sólo a los bienes de uso público, sino a todos los de dominio público, «ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio».
- b) Que si, al referirse a los bienes de los pueblos y provincias, se alude únicamente a los de uso público, se debe a que entonces la legislación civil sólo se refiere a estos bienes de dominio público (artículos 343 y 344), a diferencia de la clasificación de bienes de dominio público estatales contenida en el artículo 344.
- c) Que el R. H., como norma de Derecho registral, hubo de ajustarse a la legislación sustantiva civil, sin poder modificarla; pero, una vez modificada ésta, ha de adaptarse a la misma. Por tanto, si la L. R. L. de 1950 ha modificado el Código civil, admitiendo dentro de los bienes de dominio público municipales a los de servicio público que se definen en el artículo 195 de la misma, el R. H. ha de interpretarse incluyendo en el número 2.º del artículo 5.º a todos los bienes de dominio público municipales, de análoga manera a como incluye en el número 1.º a todos los bienes públicos estatales.

Este es el criterio legal. Otra cosa es que se estime que tal criterio carece de fundamento; censurándose la no inscribibilidad de los bienes de servicio público, ya que en una Casa Consistorial o un Mercado no se dan las razones que justifican la exclusión de la inscripción de los bienes de dominio público en general. Este es el criterio de ROCA (19), si bien las razones que señala para justificar esta exclusión del dominio público de la inscripción —el hallarse fuera del comercio de los hombres y tener por objeto la L. H. el comercio jurídico inmobiliario (20)— se dan tanto en los bienes de

(19) *Derecho hipotecario*, 1948, III, pág. 210 y ss.

(20) Id., II, pág. 191, en que textualmente dice: «La L. H. tiene por objeto regular el comercio jurídico inmobiliario y por ello los bienes co-

uso público como en los de servicio público, puesto que lo mismo unos que otros están excluidos del comercio jurídico (art. 188, L. R. L., que se refiere a los «bienes de dominio público»). Y estas razones se dan asimismo respecto de los bienes comunitarios, excluidos también del comercio jurídico de los hombres. Sin embargo, al no ser de dominio público —como lo señala claramente el artículo 183 de la L. R. L.— y al referirse la legislación hipotecaria a éstos, es claro que son susceptibles de inscripción.

2. Los medios de inmatriculación reconocidos en la vigente legislación hipotecaria están recogidos en el artículo 199 de la Ley. Es cierto que, una vez publicado el Reglamento, la doctrina ha llegado a señalar hasta otros siete medios distintos de aquellos tres (21), pero ha de reconocerse que estos medios —a excepción quizás del reconocido en el penúltimo párrafo del artículo 298— se refieren a supuestos concretos y especiales. En realidad, los medios de inmatriculación generales son los del artículo 199 de la Ley, a saber:

- a) El expediente de dominio, regulado fundamentalmente en los artículos 201 y 202 de la Ley y 277 a 287 del Reglamento.
- b) El título público de su adquisición, completado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante, regulado fundamentalmente en los artículos 205 de la Ley y 298 a 302 del Reglamento; y
- c) La certificación administrativa de dominio de fincas de entidades públicas y eclesiásticas, que se regula en los artículos 206 de la Ley y 303 a 307 del Reglamento.

No ofrece duda alguna que no sólo el último, sino los otros dos, son medios de inmatriculación que pueden utilizar las Entidades Municipales para que sus bienes tengan acceso al Registro. No

munes y los de dominio público destinados al uso general (o a un servicio público), que se hallan fuera del comercio de los hombres, están excluidos de la registración o de la inmatriculación registral.

(21) En este sentido, Roca, ob. cit., II, pág. 436 y ss., considerando que el R. H. ha llegado a acoger la fórmula de lista abierta, ya que en su artículo 299 establece que «también podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción los títulos, cualquiera que sea su fecha, que fueran inscribibles directamente con arreglo a las leyes y disposiciones especiales».

obstante, difícilmente acudirán al primero de estos medios. Lo normal será que, a falta de título escrito de dominio, acudan al procedimiento privilegiado del artículo 206, creado precisamente para facilitar la inmatriculación de los bienes de las entidades públicas.

IV.—ESTUDIO ESPECIAL DEL MEDIO DE INMATRICULACIÓN DEL ARTÍCULO 206

1. *Idea general.*

A. El artículo 206 de la L. H. dispone: «El Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél..., cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación, librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.»

B. Se ha discutido por la doctrina la fundamentación de este medio privilegiado de inmatriculación. Como de costumbre, SANZ y ROCA mantienen posiciones opuestas; mientras aquél encuentra justificado este privilegio de las entidades públicas (22), éste le critica (23). En realidad, creemos que está justificado qué aquellas entidades qué tienden a realizar concretamente los fines de interés general puedan, cuando carezcan de título escrito de dominio, acudir a procedimientos de inmatriculación, más sencillos que los de los particulares.

2. *Requisitos.*

A. *Subjetivos.*—Uno de los problemas más interesantes que plantea este medio de inmatriculación es el de ver qué funcionario dentro de la Entidad local puede expedir la certificación acreditativa del dominio. El artículo 206 de la Ley Hipotecaria dice que estará «librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos», y el artículo 303 de su Reglamento habla del

(22) *Comentarios a la nueva Ley hipotecaria*. Madrid, 1945, pág. 455.

(23) Ob. cit., II, pág. 442.

«Jefe de la dependencia a cuyo cargo esté la administración o custodia de las fincas que hayan de inscribirse», señalando el artículo 304, que en el caso de que el funcionario a cuyo cargo estuviere la administración o custodia de los bienes no ejerza autoridad pública ni tenga facultad para certificar (basta que tenga una de estas cualidades), se expedirá la certificación por el inmediato superior jerárquico. Ahora bien, ¿quién tiene tal facultad con arreglo a la L. R. L.?

a) En el caso de que se trate del Municipio, corresponde al Alcalde, según el art. 116, apartado i), si bien el art. 199 faculta para que la expida el Secretario con el visto bueno de aquél. Es decir, este art. 199 confiere tal facultad al Secretario, no establece que sea él quien deba expedir la certificación, que podrá ser expedida por el Alcalde o por el Secretario; el primero es Autoridad y el segundo funcionario con facultad de certificar.

b) Pero ¿y si se trata de una Entidad local menor? (24). Dentro de estas Entidades quién tiene a su cargo «la administración y conservación de sus bienes y derechos propios» es la Junta o Asamblea vecinal, según el apartado b) del art. 125 de la L. R. L. (25).

Luego, si el art. 303 del R. H. se refiere al Jefe de la dependencia, será el Jefe de la Junta vecinal quien tiene facultad para ello, jefatura que corresponde al Alcalde pedáneo, de análoga manera a como la Jefatura del Ayuntamiento corresponde al Alcalde. Y como son aplicables a las Entidades locales menores las disposiciones de los Municipios (art. 202, L. R. L.), es indudable que también aquí será suficiente la certificación expedida por el Secretario con el visto bueno del Alcalde pedáneo.

c) Si se trata de bienes de una Agrupación municipal o una Mancomunidad, habrá de acudir a sus Estatutos para ver a quién se confiere aquella facultad.

B. *Objetivos.* Es necesario:

a) Que se trate de una finca perteneciente a una Entidad municipal (art. 206, L. H.).

(24) Sobre estas entidades, vid. el trabajo de GARRIDO: *Entidades locales menores*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 35, página 688 y ss.

(25) La Ley municipal de 1935 en su art. 69 atribuye a los Presidentes

b) Que no exista título escrito de dominio (art. 206, L. H.; artículos 18, 303 R. H.).

C. *Formales*. Es necesario que la certificación se expida por duplicado, en papel del sello de oficio y exprese las circunstancias siguientes (art. 303, R. H.) (26) :

a) La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, denominación y número en su caso, y cargas reales de la finca que se trate de inscribir.

b) La naturaleza, valor, condiciones y cargas del derecho real de que se trate, y la naturaleza, situación, linderos, nombre y número, en su caso, de la finca sobre la cual estuviere aquél impuesto.

c) El nombre de la persona o Corporación de quien se hubiere adquirido el inmueble o derecho, cuando constare.

d) El título de adquisición o el modo como fueron adquiridos.

e) El servicio público u objeto a que estuviere destinada la finca. Estimando que los bienes de servicio público no son inscribibles después de la vigencia de la L. R. L. ha de referirse este apartado únicamente al segundo aspecto o a las fincas que, estando destinadas a un servicio público, no lo estuviesen directamente.

3. *Procedimiento*. Los trámites que deben seguirse para obtener la inmatriculación, son los siguientes :

a) Presentación de la certificación en el Registro, solicitándose la inscripción (art. 305, inciso primero, R. H.).

b) Si el Registrador advirtiere la falta de algún requisito indispensable para ésta, según el art. 303, devolverá la certificación, advirtiendo el defecto, después de extender el asiento de presentación y sin tomar anotación preventiva, y se extenderá nueva certificación, pudiendo interponerse recurso gubernativo contra la calificación (art. 305, R. H.).

c) Cuando las certificaciones expedidas estuvieren en contradicción con algún asiento no cancelado, o se refiriese a fincas o derechos reales cuya descripción coincida en algunos detalles con la

de las Juntas administrativas de Entidades locales menores «las mismas facultades que los Alcaldes en cuanto se relaciona con la administración y gobierno de la entidad».

(26) Si no pudiera hacerse constar alguna de estas circunstancias se expresará así en la certificación, mencionando las que sean.

de fincas o derechos ya inscritos, los Registradores suspenderán la inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva si la pidiera el interesado, y remitirán copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que haya firmado aquellas certificaciones (27).

d) Practicada la inscripción conservará el Registrador uno de los ejemplares de la certificación, devolviendo el otro con la nota correspondiente (art. 307, R: H.).

4. *Efectos.* Según el art. 207 de la L. H. esta inscripción no surte efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha. Se ha discutido si ha de aplicarse tal limitación a la posibilidad de iniciar el proceso del art. 41, entendiendo la generalidad de la doctrina hipotecaria que no afecta aquella limitación a esta posibilidad, estando legitimado activamente cualquier titular registral para iniciar aquel proceso (28) frente a la opinión de VALLET DE GOYTISOLO (29) y de SANZ (30). La sentencia de 19 de noviembre de 1949 al declarar que el titular inscrito puede interponer el desahucio, aunque la inscripción sea de inmatriculación y no hayan pasado los dos años, ratifica la opinión.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Registrador de la Propiedad.

(27) Dicha Autoridad, si lo estimare procedente, comunicará al Juez de primera instancia cuanto arroje el expediente administrativo; el Juez oirá a quien pueda tener algún derecho y dictará auto declarando o no inscribible el documento.

(28) En sentido afirmativo, CABELLO DE LA SOTA: *Efecto de las inscripciones de inmatriculación*, cit., pág. 608 y ss.

(29) Los artículos 28 y 207 de la Ley hipotecaria, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1947, pág. 465.

(30) *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid, 1948, t. I, página 345, y *Comentarios*, cit., pág. 319 y ss.

Temas Notariales

¿DEBE REFORMARSE NUESTRA MUTUALIDAD?

La perspectiva de determinados sucesos—no llegados a producirse, afortunadamente—me han obligado a volver la vista del lado de la Mutualidad Notarial, institución que, no obstante su notorio beneficio y la simpatía general que merece, ha sido muy pocas veces objeto de estudio por mi parte, acaso por considerar, harto distante la fecha en que pudieran aplicárseme los preceptos que la regulan.

Pero como en este mundo todo se halla sometido a los designios de Dios, y éstos son por definición inexcrutables, ocurrió que, de pronto he visto abrirse ante mí abismos no presentidos, interrogantes de imposible contestación, e inquietudes y zozobras cuyo apaciguamiento se halla—o debiera hallarse—en la Mutualidad Notarial creada con esperanza, alimentada con mimo—léase sacrificio—durante toda la Carrera, y tenida por única tabla salvadora en el momento crítico de las realidades, cuales son el de la jubilación o el de la muerte, puesto que—como he oído expresarse a quien tiene autoridad para ello y comprobado directamente—, «el Notario es un profesional que vive bien, mientras vive, pero que acostumbra a llevarse consigo el secreto de la despensa.» En todo caso, el descenso que supone el tránsito del activo al pasivo es tan fuerte, tan súbita y dramáticamente experimentado, que representa una verdadera revolución en la tónica familiar, hundida de repente en profundo ostracismo después de una existencia—al

menos en muchos casos—de desahogo económico y hasta de regalo.

Naturalmente, que ni yo ni nadie, podemos pretender que la Mutualidad se subrogue en todos los deberes que antes pesaban sobre el Notario—padre o esposo—reemplazándole en la integridad de sus funciones—especialmente en las económicas—, porque ello es imposible.

Pero pensamos nosotros que si esto podría ser el ideal, todo lo que a él se acerque debe ser tenido por recomendable, así como ha de merecer el esfuerzo de nuestra voluntad la corrección o enmienda de lo que nos separe de aquel estado de cosas considerado como más perfecto.

Sobre las premisas anteriores me he permitido hacer un estudio de la naturaleza y funcionamiento de nuestra Mutualidad, teniendo a la vista para ello la documentación que nos proporcionan los Reglamentos Notariales y los Anuarios de la Dirección.

Pudiera ocurrir que los elementos manejados fuesen pocos, o qué en ellos, al ser estudiados e interpretados por mí—tan propenso a la fragilidad—se haya deslizado cualquier error o diferencia aritmética que haga modificar el cálculo, aunque no creo que nada de ésto altere lo substance de mis puntos de vista. De todas formas, bueno será que me adelante a manifestar que estoy dispuesto a rectificar o a que me rectifiquen los yerros en que incida, comprendiendo que no es necio el que de buena fe se equivoca, sino el que, tras advertido de ello, persevera en el error.

Con estas explicaciones, qué ofrecemos voluntariosos a todos, creo que quede clara mi posición y el camino rectilíneo que me guía al escribir esta crónica bajo la rúbrica de:

¿Debe reformarse la Mutualidad Notarial? He aquí lo que se nos ocurre sobre este tema.

Cuando en 1937 publicamos nuestra obra «El problema profesional», augurábamos que en el caso de aplicarse las directrices propuestas en la percepción del impuesto sobre folios, se obtendría una recaudación del doble a la que hasta aquel momento ingresaba la Mutualidad Notarial. Creemos que nuestros cálculos se han visto superados por la realidad, en parte porque las protocolizaciones fueron superiores a las que nos sirvieron de base para nuestros cálculos, y en parte también porque al establecerse tipos superiores de imposición el ingreso tenía que aumentar necesariamente.

El impuesto sobre folios está previsto en los artículos 389 y siguientes del Reglamento de 1921, quedando calculado a razón de 75 céntimos por folio. El artículo II del Anexo al Reglamento de 1935, le cifra en una peseta con 25 céntimos. Actualmente va desde 1,90 a 7,20, resultando un promedio de 4,50 por folio.

En el año 1934 se protocolizaron 2.421.851 folios, que a razón de peseta por folio, cifra media entre los setenta y cinco céntimos y la 1,25 prevista por los respectivos Reglamentos, supone una recaudación para la Mutualidad de relativa importancia.

En el año 1946, por lo contrario, se protocolaron 3.045.043 folios, y en 1947 algo más, 3.790,65, los que a razón de las 4,50 pesetas, como tipo medio entre las cifras mínima y máxima de imposición, suponen un ingreso bruto importante para la antedicha Mutualidad.

Por consiguiente, la diferencia de recaudación es muy sensible, suponiendo la que hoy se practica el quíntuplo de la realizada en el año 1934.

Supongámos, empero, que estas cifras son demasiado optimistas, y admitimos que la diferencia entre una y otra recaudación es de cuatro veces más, afirmación que no creemos pueda ser tachada de exagerada por nadie.

Ahora bien; a un ingreso cuádruple veces superior, debe corresponder, lógicamente, una atención cuatro veces superior en las necesidades que pesan sobre la Mutualidad Notarial. ¿Es esto así? Lo vamos a ver en los párrafos siguientes, enlazando este tema con los que contribuyen en su conjunto al bienestar del Notario, proporcionándole trabajo y adecuada retribución, o en otro caso, cubriendo las necesidades que de su indigencia resulten, o las que traigan como consecuencia su senectud, su incapacidad o la orfandad en que deja a la fecha de su muerte a sus seres queridos.

Por medio de la Mutualidad se atiende a las Notarías incongruas, a los Notarios jubilados y a las familias de los Notarios fallecidos.

NOTARÍAS INCONGRUAS

Tratan de esta materia los artículos 394 y siguientes del Reglamento de 1921, teniendo por tales las que autoricen menos de

1.000 folios o de 1.500, si se trata de Notaría de Capital de Colegio, Málaga, Bilbao y San Sebastián.

La retribución o congrua consiste en cinco pesetas por cada folio de menos que se haya protocolizado.

El artículo 20 del Reglamento de 1935 (título IV, anexo de la Mutualidad), ratifica al mismo tipo de subvención, aunque estableciendo un régimen más severo que el precedente para obtenerla, pues si los ingresos del fedatario exceden de 11.000 ó 7.500 pesetas, según los casos, no tiene derecho a congrua.

Además, se niega a los mayores de sesenta años, sin que se nos alcancen los motivos que pudo tener en cuenta el legislador para establecer esta norma, como no fuesen los de conseguir por medio indirecto la jubilación de los premios, al igual que se niega cuando el Notario lleve diez años de residencia en la misma población, con lo que se impone el Notario trashumante, o hubiese disfrutado de congrua durante tres años consecutivos, con olvido de que la improductibilidad de muchas Notarías no es atribuible al funcionario público, sino a defectos de nuestra demarcación, que ha querido atender, con demasiada minuciosidad, los intereses sociales, proporcionando a los otorgantes una comodidad que repercute en la insuficiencia de ingresos obtenidos por los fedatarios de tal manera multiplicados hasta el infinito.

Este Reglamento, con las reformas que quedan anotadas, es obra de quien en aquella época autorizaba 23.000 folios al año, lo cual explica acaso su falta de comprensión al estudiar y resolver los problemas del Notario modesto.

La subvención por congrua señalada en el Reglamento de 1935 es la misma que preceptúa el Reglamento de 1921, como si de una fecha a otra no hubiesen acontecido diversos sucesos políticos y económicos que habían empezado ya a enrarecer la atmósfera crematística de nuestra Patria.

Por el Reglamento de 2 de junio de 1944 (artículos 19 y siguientes del Título IV, Anexo de la Mutualidad), la congrua se eleva a 7,50 pesetas por folio de menos que se autorice hasta 1.500 en Madrid, Barcelona, Capitales de Colegio y provincias de más de cien mil almas, y hasta 1.000 folios en las poblaciones restantes.

Desaparece, pues, como consecuencia de este precepto, la excepción establecida a favor de Málaga, Bilbao y San Sebastián,

equiparadas por los Reglamentos anteriores a las capitales de Colegio Notarial, sin que conozcamos los motivos de este privilegio, principalmente por la que afecta a Málaga y a San Sebastián, que integran dos ciudades ni más ni menos importantes que las del resto de España.

Pero estas excepciones son substituidas por las de Madrid y Barcelona, que también el legislador hubiera podido excusar, puesto que siendo Capitales de Colegio se ven protegidas por el régimen general que se establece para éstas, ofreciéndoseles como ociosa y superflua su designación expresa; como no sea con el pretexto de poder justificar el turno también especial que para la provisión de estas plazas ha ideado el autor del Reglamento de 1944, un poco al margen de lo que dispone la Ley fundamental de la Carrera, en la que para nada se habla de la categoría singular de esas dos Ciudades.

Se mantiene el precepto relativo a la negativa de congrua a los Notarios, mayores de setenta años, reiterando el mismo deseo de moverles a la jubilación, y se niega también el precitado derecho cuando los ingresos obtenidos por el Notario, regulados conforme Arancel, excedan de lo que les hubiese correspondido percibir por el mencionado concepto, cualquiera que sea el número de folios que halla autorizado.

Estos son los preceptos que rigen la materia de congrua.

Hemos visto que los fondos de la Mutualidad Notarial habían experimentado un incremento del cuádruplo con referencia a los que se recaudaban en el año 1934. En cambio, con relación a la misma fecha, la congrua acusa solamente un aumento de 2,50 pesetas por folio, y aún este aumento se ve limitado o condicionado por varios requisitos que impiden pueda ser aplicada aquélla muchas veces en la práctica, con quebranto para los supuestos beneficiarios, pero con economía para los intereses de la Mutualidad que de tal manera no sufre modificación sensible alguna en sus arcas, no obstante ser sus ingresos muy superiores a los de los años precedentes.

Por consiguiente, el aumento de la recaudación del impuesto sobre folios no se refleja exactamente en la congrua Notarial.

¿Será en las jubilaciones donde se acusa la diferencia? Las examinaremos para comprobar si así es.

JUBILACIONES

Los artículos 36 y siguientes del Título V del I Anexo al Reglamento de 1935 se ocupan de esta materia, estableciendo los derechos pasivos del Notario, con sujeción a la escala que sigue:

1.º 12.000 pesetas, si el Notario lleva más de treinta años de ejercicio en la carrera en el momento de ser jubilado.

2.º El 80 por 100 de esa cantidad, o sean 9.600 pesetas, si el tiempo de ejercicio pasa de veinticinco años y no llega a los treinta.

3.º El 60 por 100 de la cantidad primeramente prevista, o lo que es lo mismo, 7.200 pesetas anuales, si llegan a veinte años de servicio en la Carrera.

4.º 6.000 para el caso que sólo lleve ocho años, y

5.º 5.000 pesetas en todos los demás casos.

Por el artículo 40 del Título V del Anexo al Reglamento de 1944, las pensiones han experimentado los aumentos que se reflejan en la relación siguiente:

1.º 18.000 pesetas para los Notarios con más de treinta años de servicio en la Carrera.

2.º 16.000 pesetas para los que lleven más de veinticinco, sin llegar a los treinta.

3.º 14.000 pesetas para los de más de veinte años

4.º 12.000 pesetas para los de dieciséis años.

5.º 10.000 pesetas para los de más de cinco años y menos de ocho, y

6.º 7.500 pesetas para los demás Notarios, cualesquiera que sea el número de años de Carrera.

Examinadas y comparadas éstas cifras con las precedentes, se ve que los Notarios del primer grupo han experimentado un aumento del tercio con relación a los tipos de jubilación anteriores, ascendiendo de 12.000 a 18.000 pesetas; los del segundo grupo, un aumento de menos del doble; los del tercero, el doble aproximadamente: de 7.200 pesetas antes a 14.000 pesetas en la actualidad; los del cuarto grupo, el doble exactamente: de 6.000 a 12.000 pesetas, al igual que los del grupo tercero que han ascendido de 5.000 a 10.000 pesetas anuales.

¿Cuál es, por consiguiente, el aumento que en realidad existe?

en esta materia, teniendo en cuenta, como hemos visto, que los porcentajes son diferentes en unos y otros casos?

Para determinarlo es preciso tener en cuenta que salvo los supuestos de inhabilitación para el ejercicio del cargo, en los cuales no se tratará propiamente de jubilación, sino de incapacidad del fedatario para continuar en el desempeño de sus funciones, la jubilación sólo puede obtenerse a los setenta años cumplidos, conforme preceptúa el número 3.º del artículo 36 del Anexo al Reglamento de 1935, cuya adaptación al Reglamento actual se halla en el número 3.º de su también artículo 36, si bien en este último se tiende a establecer el tránsito de la jubilación netamente voluntaria a la forzosa, por cuanto determina que el Notario puede ser jubilado a los setenta años cuando a juicio del Patronato de la Mutualidad tenga disminuida su aptitud física. Sin embargo, también en esta hipótesis se tratará de un caso de incapacidad y no de jubilación, aunque los efectos económicos sean los mismos. De todas maneras, y para satisfacción del Cuerpo notarial, que parece contar con elementos de probada salud física y moral, los expedientes de incapacidad a los setenta años son contadísimos, sin que tengamos conocimiento de ninguno, por cuyo motivo sigue prevaleciendo el sistema de jubilación voluntaria prevista por el Reglamento de 1935, pese a la reforma exclusivamente literaria o formularia que en tal sentido trata de introducir el Reglamento de 1944.

Ahora bien; como la edad para el ingreso en la Carrera del Notariado se fija en los veinticinco años por la Ley y Reglamentos sucesivamente dictados para su aplicación, siendo pocos los que después de los treinta no pertenezcan ya a la Carrera, se comprende que cuando llegue el momento de la jubilación forzosa, señalada, como hemos dicho, a los setenta y cinco años, e incluso el de la voluntaria, sólo concedida a partir de los setenta años, con las excepciones que suponen para edades menores los casos de incapacidad determinados en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 36 ya referido, el interesado, Notario jubilado o incapacitado por circunstancias normales para el desempeño de sus funciones, llevará los treinta años de servicio que se exigen por el párrafo 1.º del artículo 40, Título V del repetido Anexo de 1944, cifrándose sus derechos pasivos por jubilación en la cantidad de 18.000 pesetas anuales, como consecuencia de lo cual se ve que el aumento que real-

mente ha experimentado en esta materia con relación a la legislación anterior integra, sólo una tercera parte, puesto que los casos restantes o no tienen aplicación o sólo la tienen en cuantía poco estimable.

A su vez, hemos de tener en cuenta que el Notario que llega a cumplir los setenta años de edad, con una vida profesional de cerca de cuarenta años, se encuentra, lógicamente pensando, en categoría de primera clase, aun cuando haya hecho su ingreso por tercera y sólo se haya favorecido con los turnos de ascenso que regula la Ley. Y desde el momento que se encuentra en esa categoría hay que suponerle una autorización media de 4.000 folios al año, que viene a ser la mínima de las Notarías de primera clase; cifra de protocolización que multiplicada por 4,50 pesetas folio, que, según hemos apreciado, es la normal para la regularización del impuesto entre los tipos mínimo y máximo que se señalan por las disposiciones vigentes, da precisamente la suma de 18.000 pesetas señalada por el mencionado artículo 40 como pensión para el jubilado.

Esta cifra no es ingresada por éste en la Caja de la Mutualidad, evidentemente, pero lo es por el Notario que le substituye o reemplaza en la vacante que produjo como consecuencia de la jubilación, lo cual nos permite advertir aquí la existencia de un mecanismo de substituciones o subrogaciones, como consecuencia del cual la pensión del jubilado viene a ser satisfecha por el compañero que le substituye en el desempeño del cargo, actuando la repetida Mutualidad de enlace entre uno y otro, recogiendo del último las pesetas que recauda por impuesto sobre folios para satisfacer con su importe el tanto de la jubilación que al segundo se debe abonar.

Si este cálculo no es matemático, se aproxima tanto a ello que cualquier diferencia carece de verdadera importancia para los efectos que analizamos.

Vemos, pues, que el aumento de las pensiones por jubilación voluntaria apenas suponen una carga para la Mutualidad, no obstante la apariencia que de tal tienen en la legislación contemporánea.

¿Ocurrirá cosa distinta con las jubilaciones forzosas? Entendemos que no, por las razones que siguen: porque la edad señalada a estos efectos es alcanzada por pocos Notarios, como lo es también

por cualquier clase de personas en general; porque, aún admitida la hipótesis, entre la fecha de la jubilación y la de la muerte, tiene que mediar un espacio de tiempo relativamente corto, ya que si el Notario vive hasta los setenta y cinco años no es fácil que sobreviva mucho tiempo después; y porque las relaciones de Notarios jubilados que nos suministra la Dirección General limitan su número a 10 ó 12 anuales, integrando, por tanto, el aumento de su pensión unas 50 ó 60.000 pesetas, cifra que no guarda proporción con la experimentada en la recaudación por folios, y que, además, hace crisis a la fecha del fallecimiento del fallecido, siquiera este suceso no redima a la Mutualidad de pagar otras pensiones iguales, como son las que corresponden a los Notarios que en sustitución de los precedentes se vayan sucesivamente jubilando.

En síntesis, pues, el aumento de pensiones que se advierte del Reglamento de 1935 al de 1944 no constituye un gravamen que absorba los fondos de la Mutualidad o que limite éstos de tal manera que hallemos en el problema propuesto la deficiencia de recursos con que se atiende a esta obligación y se reducen las demás, según vamos a ver acto continuo. Para ello estudiaremos los derechos que se otorgan a los familiares de los Notarios fallecidos, cuyo es el término fatal de los que primeramente se jubilaron, o sin jubilarse, rinden el forzado tributo que se debe a la muerte.

DERECHOS QUE PRODUCEN LOS NOTARIOS A LA FECHA DE SU DEFUNCIÓN

Se ocupan de este asunto los artículos 390, 420 y 421 del Reglamento de 1921, determinando los auxilios que se deben a la familia del Notario difunto en los siguientes conceptos o cantidades: 10.000 pesetas que se entregarán por una sola vez a la viuda o sus familiares en el momento de la muerte; 2.000 pesetas anuales, abonables a la viuda; y 1.000 pesetas a cada uno de los hijos menores de edad, si fueran varones; o solteras, si se trata de mujeres, cualquiera que sea la edad que tengan.

Sin embargo, estas últimas cantidades no podrán exceder de 5.000 pesetas al año, por cuya razón sólo aparecen incluidos en el cómputo la viuda y tres hijos, quedando los restantes, si los hubie-

ré, fuera de toda protección. Es este un sistema, por consiguiente, absolutamente opuesto al que propugna la Legislación del nuevo Estado, quedando por su virtud desamparadas las familias numerosas, como si la Mutualidad Notarial no tuviése interés alguno en aumentar el movimiento demográfico de España. Empero, verdad es que aún la hipótesis de los tres hijos menores de edad no deja de ser poco verosímil, porque si suponemos la edad de ingreso en la Carrera (los veinticinco años) y la normal en que tiene lugar la defunción (de sesenta a setenta años), se comprende que para esta fecha todos los hijos del Notario serán mayores de edad, o sólo se beneficiarán con su minoría un número limitado de ellos; probablemente, esos tres que previene el Reglamento.

El de 1935, en su artículo 47, Título IV del Anexo, es todavía más pauroso y prudente en sus concesiones, o más miserable, si nos es dado expresarnos en castellano neto. Las 10.000 pesetas otorgadas por el Reglamento de 1921 para la fecha de la muerte, quedan reducidas a 7.000; la pensión de la viuda se mantiene en las 2.000 pesetas anteriormente propuestas, pero a los hijos se les rebaja la subvención de 1.000 a 500 pesetas anuales, coronándose así de generosidad el autor de un insuperable programa de protección a los desventurados e indigentes.

Por su parte, el artículo 47, Título IV del Anexo al Reglamento de 1944, concede para el caso las subvenciones siguientes: 25.000 pesetas por una sola vez en el momento de la defunción del Notario. Y 4.000, 4.400, 5.200 y 6.000 pesetas anuales, respectivamente, según que el Notario lleve en aquella fecha menos de veinte años en el ejercicio de su cargo; más de veinte, pero menos de veinticinco; más de veinticinco, pero menos de treinta, o más de treinta años.

Restablece, además, la cuota de los hijos, que cifra en 1.000 pesetas anuales para cada uno de ellos, de acuerdo con el Reglamento de 1921.

Según estos antecedentes, resulta el promedio de viudedad a razón de 5.000 pesetas al año (4.000 más 6.000, dividido por dos), representando, por consiguiente, un aumento de vez y media con referencia al tipo señalado para el mismo concepto por la legislación anterior.

Es ello, como es natural, un beneficio estimable, como son todos

los que contribuyen a favorecer a las familias de los Notarios fallecidos, cuya protección integra uno de los más vivos desvelos del funcionario a lo largo de toda su carrera profesional. Pero como el aumento de ingresos experimentado por la Mutualidad como consecuencia de los nuevos tipos de imposición de folios es de cuatro veces más, continúa permaneciendo ignorado el provecho que el Notario obtiene como consecuencia de una recaudación más abundante, ya que este provecho no recae directamente sobre el mismo, ni tampoco sobre sus familiares, que son, sin embargo, los fines a que obedece la creación y sostenimiento de la Mutualidad.

En resumen, si consideramos el término medio de la vida de un Notario y calculamos que durante todo ese tiempo ha autorizado un promedio de dos mil folios anuales, sucederá que al cabo de treinta años de profesión, que es la cifra de actividad habitual dentro de la carrera, el fadatario habrá abonado a su Mutualidad alrededor de 30.000 pesetas, sin que esa cifra llegue a ser reembolsable por él o sus herederos, o sólo lo sea en una parte alícuota.

Para estos efectos olvidamos la existencia de protocolos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15 y hasta veinte mil folios anuales, con imposiciones cuantiosas que vierten en la Mutualidad con beneficio para todos los Notarios.

A parte las cargas anteriormente estudiadas como de cuenta de la Mutualidad, pesan sobre ésta las previstas en el núm. 4.º del artículo 2.º del anexo primero al Reglamento Notarial de 1944: concesión de becas y subvenciones para estudios medios y superiores o para gastos de establecimiento a hijos y huérfanos de Notarios, en la forma y condiciones que regula el título VII del mencionado anexo.

Sin perjuicio de esto, algunas de las pensiones ya estudiadas han sufrido aumento por disposiciones posteriores, todo lo cual constituye un gravamen para la Mutualidad que debe ser tenido en cuenta y computado a la hora de realizar el balance oportuno. Pero no olvidemos tampoco que además del impuesto sobre folios incrementan el fondo de la Mutualidad, conforme al artículo 3.º del repetido anexo, las cuotas mensuales que pagan los Notarios de acuerdo con su categoría, y que no dejan de constituir un lucido ingreso, según se deduce del número 4.º del artículo de referencia; así

como el importe de timbre de la Mutualidad (número 5.º del mencionado artículo), que habrá de adherirse a las copias auténticas o simples, testimonio, etc., según regula la Orden de 10 de junio de 1939. Consideramos de importancia la recaudación que se obtiene por este concepto, no atreviéndonos a formular cifras por falta de elementos para ello, pero creyendo que el importe del timbre de la Mutualidad supera el millón de pesetas y acaso se acerque a los dos millones, si es que no los desborda.

Como nuestro estudio es absolutamente objetivo —dentro de la insuficiencia de recursos de que disponemos—, nos es grato recordar el aumento experimentado por algunas cargas gravitantes sobre la Mutualidad, al igual que la creación de otras nuevas, como son las que regula la Orden de 28 de febrero de 1945.

El referido aumento de cargas está representado por la Orden de 23 de abril de 1945, referente al aumento de pensión para los hijos menores.

El preámbulo de esta disposición es realmente consolador y quisieramos verle cumplido en la integridad de su letra: «Constante preocupación de la Mutualidad —dice— ha sido la mejora de la situación económica de las familias de los Notarios fallecidos para dotarlas de recursos suficientes, con que puedan hacer frente a sus necesidades.» Si esto dependiera, evidentemente, de la buena voluntad del legislador, ya estaba conseguido. Pero la pensión de viudedad determinada para casos normales «ya fué considerada exigua en el supuesto de existir hijos menores de edad», «y por ello el Decreto de 9 de noviembre de 1933 creó, con independencia de aquélla, el beneficio o aumento de pensión de 500 pesetas anuales para cada hijo menor de edad y no emancipado, cantidad que en el nuevo Reglamento se ha elevado a 2.000 pesetas». A nuestro juicio, y al impuesto por la realidad de las cosas, la pensión otorgada a la viuda fué insuficiente desde su origen; pero lo es muchísimo más hoy en que como consecuencia de una marcha velocísima en el costo de la vida, incluso el Reglamento de 1944 resulta desplazado por efecto de la superación, siempre renovada, de precios.

Pero cualesquiera que sean las consideraciones que nos inspire este tema, es indudable que cuanto tienda a aliviar o mejorar las condiciones de la viuda debe merecer nuestra aprobación. Y así la merece la referenciada Orden de 23 de abril de 1945, si bien el

aumento de 500 pesetas en la pensión que ha de percibirse por hijo sólo haya de aplicarse en los casos en que existan cuatro o más, pues estimamos que la medida debe ser de aplicación general, por insuficiencia manifiesta de las mil pesetas que por el Reglamento les están otorgadas. No es posible que haya nadie que pueda pensar que ni aun con las mil quinientas pesetas se pueda atender a las necesidades de un hijo durante todo un año.

Otra disposición que amplía igualmente las obligaciones de la Mutualidad, está contenida en la Orden de 17 de julio de 1945, en la que se aumenta el importe de la congrua a percibir, habida cuenta del número de hijos del Notario a quien aquélla se otorgue. Este aumento está representado para cada hijo por la cantidad que señala el artículo 47 para el caso de muerte del Notario (1.000 pesetas), con el incremento de la Orden de 23 de abril de 1945 anteriormente estudiada: 500 a 1.000 pesetas, según que el número de hijos llegue a seis o pase de siete.

Importantísima es en este aspecto la Orden de 2 de noviembre de 1946, por la que se establece un socorro complementario anual de dos mil pesetas para cada Notario jubilado o familia de Notario fallecido. Este precepto, de tan plausibles conceptos, ofrece, sin embargo, el inconveniente de su carácter transitorio, lo cual hace creer en su torno la incertidumbre y la duda, aunque todos sabemos que lo transitorio suele ser lo más permanente entre nosotros.

La Orden de 17 de septiembre de 1947 concede a las hermanas del Notario, solteras o viudas, que hubieran convivido con aquél hasta su fallecimiento y se encuentren en situación de pobreza, el derecho a la pensión reglamentaria, siempre que no haya otras personas con derecho a ello.

A nuestro juicio, esta disposición no constituirá gravamen de importancia para la Mutualidad Notarial, máxime si se aplica literalmente, pues el requisito de la «pobreza» alejará en su totalidad o en número considerable a esas nuevas beneficiarias a las que la Orden de 17 de septiembre de 1947 ha querido dar vida legal.

Por último, la Orden de 28 de febrero de 1945 entraña una nueva carga, aunque no creemos que tan grave en sus efectos (es decir, tan onerosa) como pudiera derivarse de la primera lectura del precepto.

La Orden mencionada trata de los auxilios que pueden conce-

derse a los Notarios en caso de accidente o enfermedad, preceptuando que el que por tales motivos «se inhabilita temporalmente y de un modo absoluto para el ejercicio del cargo y no pueda atender a su restablecimiento o curación sin grave detrimiento de sus recursos familiares, podrá solicitar el auxilio económico de la Mutualidad Notarial, independientemente de la subvención de congaña por causa de la enfermedad, prevista en el Reglamento.

La pensión mensual será lo que corresponde por jubilación al interesado, incrementada discrecionalmente según la situación familiar de éste y el coste del tratamiento médico. «Los hijos del Notario tendrán derecho a beca.» Cuando la inhabilitación no sea total o absoluta, también podrán concederse los auxilios previstos, reducidos a las circunstancias del caso. Y en todos ellos, en el supuesto de que no concuerren las circunstancias exigidas en el número primero, de esta Orden, podrán ser otorgados auxilios discretionales, con el carácter de anticipos reintegrables. De acuerdo con elogiar y aplaudir todo lo que represente una protección para el Notario desvalido o indigente, la Orden que nos ocupa, debe merecer nuestro elogio.

Empero, por lo que se refiere a su concepto de carga, ignoramos la trascendencia económica que puede tener, salvo que se aplique con la lenidad o benevolencia que delatan los dos últimos artículos de esta disposición. También puede dar lugar a desembolsos estimables si se aplica el artículo sexto, por el que se concede derecho al auxilio, no ya en caso de accidente del Notario, sino en el de cualesquiera de sus familiares.

Pero el mismo artículo reconoce lo extraordinario o excepcional de su aplicación, y el artículo cuarto arbitra un procedimiento que aliviará considerablemente el peso que el pago del auxilio supone para la Mutualidad: su abono por los demás compañeros de población o de distrito del Notario de que se trate.

Totalizados los antecedentes que hemos expuesto, creemos que sigue manteniéndose la deferencia ante la columna de gastos y de ingresos, teniendo en cuenta el aumento experimentado por éstos desde 1936.

No podemos dudar, ni aun remotamente, de la honesta y ejemplar conducta seguida en la administración de los fondos que se

recaudan, pues de sobra nos consta el celo, la competencia y el desinterés de los órganos encargados de regir la Mutualidad. Es indudable, pues, que con arreglo a sus cálculos y previsiones la Mutualidad no puede atender otras obligaciones que las que previene, ni puede cuidar de éstas de modo más abundante.

Pero puede ocurrir que en el caso que existe una diferencia de criterio, mantenida de buena fe, entre los rectores y los regidos, o lo que es igual entre el patronato de la Mutualidad y los Notarios, o algunos de éstos, por lo menos, que quisieran ver desarrollarse la institución con prosperidad que alcanzara a todos.

El temperamento que acostumbra a inspirar los actos administrativos suele ser de prudencia, de moderación, que sólo es censurable cuando, a fuerza de exagerar el temperamento, se convierte en cicatería y mezquindad.

La novedad que representó el establecimiento de la Mutualidad Notarial y el empirismo de muchos de sus postulados, obligó al Estado a la cautela, según se consigna en las exposiciones de motivos de algunos de los Decretos y Ordenes dictados.

Pero este ensayo ha quedado sustituido por una organización regular y perfecta, en la que, con pequeñas diferencias, se conoce el montaje de las obligaciones que deben atenderse y el importe de lo que a tales fines se puede recaudar.

Como nuestros cálculos pueden estar equivocados y no existir esa diferencia que sostengamos entre los dos conceptos o capítulos (gastos e ingresos); pero como, en cambio, es un hecho evidente, irrefutável, irrefutable que las pensiones por congrua, jubilación, viudez y orfandad son escasas, insuficientes para la vida más modesta, siendo así que el fin a que atendió la creación de la Mutualidad ha sido el de proveer a éstas necesidades, proporcionando «congrua sustentación», y de aquí su nombre, el Notario indigente o poco afortunado, reparando en lo posible la adversidad que supone su jubilación o su muerte por medio de las pensiones respectivas; decimos, que siendo éstos los propósitos de la Mutualidad, de no poder cumplirse con los medios de que dispone, deben habilitarse nuevos, amplios y más abundantes recursos, en la cuantía necesaria para que las esperanzas puestas en esta institución no se malogren o no se reduzcan en forma que hagan ridículas las subvenciones. De las 12.000 pesetas que señalaba el Reglamento de

1935 para los que se jubilaran llevando más de treinta años en la carrera, a las 18.000 presupuestadas para el mismo caso por el Reglamento de 1944, no hay relación ni proporcionalidad alguna. La vida no ha subido una tercera parte desde aquella fecha, sino treinta o más veces. Y aunque no pretendemos cubrir las contingencias que se produzcan en su totalidad, consideramos que mantener hoy esos tipos es totalmente inadecuado. Lo mismo hemos de decir de la congrua y del resto de las pensiones, de manera muy especial, de las correspondientes a la viuda e hijos, cuya situación para el porvenir, por lo menos si sólo se atiende al beneficio que le reporta la Mutualidad, no puede ser más precaria.

Por todos estos motivos concluimos el presente trabajo con la misma interrogante que la encabeza; pero esta vez convertida en afirmativa:

Debe reformarse nuestra Mutualidad Notarial.

Y sobre el supuesto de esta reforma, serían, a nuestro juicio, bases incuestionables de la misma:

A. En materia de congruas.

1.º Supresión de la letra *b*), últimos incisos de la *f*), ídem de la *h*) y letra *i*), en su totalidad, del artículo 20, título IV del anexo I, del Reglamento de 1944.

La letra *b*) incluye para el cómputo de los ingresos del Notario las cantidades que éste haya percibido por «honorarios». Este concepto es totalmente distinto al de «derechos», que son los que devenga el fedatario por su actuación.

La confusión procede del artículo 19, título IV, anexo I del Reglamento de 8 de agosto de 1935; pero aquí es fácil advertir el error en qué incurre la Ley, por cuanto habla de honorarios devengados «conforme a los Aranceles vigentes», siendo así que éstos se refieren a «derechos» y no a «honorarios».

La nueva redacción de este artículo ha recibido en la letra *b*) del mencionado artículo 20 (Reglamento de 1944), da ocasión a dudas, que deben desvanecerse.

La letra *f*) del mismo artículo, en sus párrafos finales, niega

derecho a congrua al Notario «que no visite los pueblos del distrito cuando lo reclamasé el mejor cumplimiento de la función o existiere costumbre tradicional de visitarlos».

Tenemos esta creación del legislador de 1944 por una de las menos felices que hubiera podido idear. El Notario con obligación de visitar los pueblos de su distrito, probablemente coincidiendo con ferias y mercados, a la busca de documentos, es una silueta lamentable. Creemos que el decoro profesional obliga a suprimir radicalmente del Reglamento esos párrafos.

También debe ser suprimido el inciso final (siempre a nuestro juicio) de la letra *b*), porque *si el público se ha hecho incompatible con el Notario* (que esto es lo que resulta de la lectura del texto legal), ¿por qué hacer a aquél responsable y negarle el derecho a congrua? Es otra novedad de 1944, en la que no vemos resplandecer la justicia.

Finalmente, la letra *i*) debe desaparecer, como han desaparecido otros conceptos semejantes del Reglamento de 1935, pues si se quiere que la jubilación se aplique a los setenta años hay que consignarlo así, pero no imponerlo por medios indirectos, negando la congrua a los mayores de aquella edad, porque mientras estén en activo en la Carrera deben aprovecharles todos los beneficios que de ella se deriven, así como les alcanzan todas las responsabilidades.

2.º El importe por folio de menos autorizado será de 15 pesetas, de acuerdo con el número 1.º de los Aranceles Notariales de 21 de abril de 1950 y el Decreto de 29 de enero de 1941.

Esta es, en definitiva, la cantidad mínima que cobra el autorizante, y, por consiguiente, la mínima que debe apreciarse para el cálculo de la congrua de los compañeros menos afortunados.

B. *Tratándose de jubilaciones nos atreveríamos a proponer:*

1.º Que su importe no sea nunca inferior a 15.000 pesetas, porque si ésta es la cantidad que puede percibir por congrua, cualquiera que sea el tiempo de su acción como Notario, no sabemos la razón que existe para que se establezca un tipo más reducido para todos los que lleven menos de veinte años en el ejercicio del cargo.

Sobre la base de las 15.000 pesetas iniciales (paridad entre la congrua y la jubilación, aun cuando las circunstancias de los protagonistas no son iguales: peores, a nuestro juicio, las del jubilado), se añadirán 1.000 pesetas por cada año de más en activo, hasta un total de 30.000 pesetas.

2.º De no prosperar esto inmediatamente, incorporación al Reglamento de la Orden de 2 de noviembre de 1946 con carácter permanente, ya que ha sido dictada de modo transitorio.

3.º En compensación a lo expuesto, exposición más concreta de lo que debe estimarse «intrusismo notarial», a que se refiere el párrafo 3.º del art. 46 como causa que suspenda el pago de la pensión al Notario jubilado.

4.º Supresión del art. 44, copia, a su vez, del correlativo de 1935.

Contrariamente a estos preceptos, estimamos que la edad de la jubilación debe constar de modo claro y terminante en el oportuno Reglamento, no haciéndola depender del criterio variable, de los Colegios, ni mucho menos, del estado de las arcas de la Mutualidad.

C. *Viudedad y orfandad.*

Creemos:

1.º Que los tipos que se señalen para la primera han de estar en armonía con las circunstancias que nos rodean, y en todo caso, no ser nunca menores a los previstos para la jubilación, porque si el Notario jubilado aún puede ejercer otras actividades, siendo frecuente que las ejerza, no obstante lo cual se le reconoce derecho a una pensión de mediana importancia, no debe suceder cosa distinta para el caso de muerte, puesto que la indigencia de la familia tiene que ser aún mayor.

Proponemos, por tanto, que los tipos para ambas situaciones se proporcionen, caso de no poder ser iguales, y, de todas formas, que se eleve a definitiva y se incorpore al Reglamento la Orden citada de 2 de noviembre de 1946.

2.º Que la subvención por hijo menor de edad o hija soltera se eleve a 2.000 pesetas como mínimo, cualquiera que sea el número de hijos del matrimonio, y que, por equivalencia a lo que dis-

ponen otras leyes del Estado, se prorrogue la minoría por todo el tiempo que los hijos estén estudiando.

¿Es esto mucho pedir? Seguramente si atendemos exclusivamente a los fondos que hoy se recaudan.

Pero aparte de que bien pudiera suceder que con esos mismos fondos se puedan alcanzar metas más distantes, en cuanto el legislador llegue a vencer el temor que acusan las Ordenes de 23 de abril y 17 de julio de 1945, y la tan repetida de 2 de noviembre de 1946, nada se opone a que aumente la base estableciendo nuevos o más elevados tipos de imposición por folios, sin perjuicio de ensayar, si se cree llegado el momento, el impuesto proporcional, que es una medida que, además de justa, puede ser de positivos resultados prácticos.

El Excmo. señor Ministro de Justicia, el Ilmo. señor Director General de los Registros y del Notariado, el Patronato de la Mutualidad, todos aquéllos, en fin, a quienes compete el estudio y solución de estos graves problemas, ¿quieren ver si ha llegado el momento de revisarlos según las "circunstancias operantes" y el espíritu «generoso» de qué nos habla la Orden de 17 de julio de 1945?

Creemos que todo el Notariado les guardaría gratitud.

LUIS GÓMEZ MORÁN
Notario.

NOTA BREVE.—El anterior trabajo fué escrito y remitido a la Revista para su inserción en el curso del mes de enero. Las consideraciones que en él se hacen, por consiguiente, están perfectamente justificadas, habida cuenta del sistema legal entonces operante. Pero siguen esténdolo en todo aquello a que no llega la Orden de 11 de abril de 1951 en materia de mutualidad.

Por otra parte, obligado es reconocer que la tesis de nuestro trabajo estaba perfectamente justificada, ya que vemos cómo el legislador, muy poco tiempo después, acusa en sus preceptos la preocupación y la insatisfacción que halla en la Mutualidad Notarial.

Como todo lo que sea en beneficio para el Notariado, la referida Orden del 11 de abril merece plácemes, aunque se haya dictado al soaire de un impuesto establecido provisionalmente —el que se creó por la Orden de 20 de diciembre de 1948 para atender a las eventuales necesidades que originase el segundo Congreso Internacional del Notariado Latino—, con lo que una vez más lo accidental se convierte en estable y definitivo en nuestra Patria, según costumbre.

La breve exposición de motivos de la Orden que comentamos, nos habla de la situación «precaria de la Mutualidad», si bien esta situación se remedia y entona con recursos que no reparamos en calificar de modestos, pese

a lo cual se obtienen beneficios realmente extraordinarios, a tenor de lo que dispone el artículo segundo de la precitada Orden.

Observamos oscura o incompleta la redacción de este artículo, puesto que habla de pensiones «a los Notarios jubilados y a las familias». El legislador, sin duda alguna, quiso decir «familias de Notarios fallecidos», pero el texto hubiera sido más claro con que lo hubiera expresado así. Si, por el contrario, entendemos la palabra «familia» en un sentido más general, parece que también las congruas deben elevarse, lo que no sabemos si pudo haber sido el propósito del legislador. En síntesis, una sola palabra hubiera aclarado muchas dudas y deshecho numerosos equívocos. El repetido artículo segundo dispone que la Mutualidad se reserve ochenta céntimos por cada peseta de imposición, destinando el resto a los Colegios Notariales o a las Juntas de Decanos para atención de sus respectivas necesidades. Es edificante advertir que con esos ochenta céntimos de peseta la Mutualidad se propone aumentar en un 50 por 100, como mínimo, las pensiones que actualmente se abonan a los Notarios jubilados y a las familias. Si esto puede obtenerse con tan exiguos recursos —según dejamos dicho—, ha sido pena que el legislador dejase transcurrir hasta el 11 de abril de 1951 sin establecer esta carga, y aun sin duplicarla o triplicarla, cuando, por lo visto, puede estar ahí la panacea de la Mutualidad Notarial.

Por lo demás todos los problemas que estudiamos con referencia a ésta subsisten a esta hora, y por tal motivo no creemos proceda a rectificar nada.

NOTA DE LA REDACCIÓN.—En prensa el artículo que antecede, nos llega la triste noticia del fallecimiento de su autor, quien, abrumado por un fatal presentimiento, redactó las anteriores líneas. Lamentamos tan sensible pérdida, que nos priva de una colaboración muy apreciada, y expresamos públicamente nuestro sentimiento.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

CAPACIDAD DE LOS EXTRANJEROS.—DEBE ESTIMARSE QUE LOS REGISTRADORES TIENEN FACULTADES PARA PEDIR LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTENIDO Y VIGENCIA DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA CAPACIDAD CIVIL DE AQUÉLLOS, INCLUSO TRATÁNDOSE DE ESCRITURAS AUTORIZADAS POR LOS CÓNSULES ESPAÑOLES EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES NOTARIALES, SOMETIDAS A LA CERTIFICACIÓN EN IGUAL FORMA QUE LAS OTORGADAS ANTE NOTARIO.

Resolución de 17 de enero de 1951. (B. O. de 26 de febrero.)

Don Abilio Caetano João, súbdito portugués, adquirió una finca sita en término municipal de Huelva, por compra, que inscribió a su favor en el Registro de dicha capital.

Por escritura otorgada el 13 de agosto de 1947 en Villarreal de San Antonio (Portugal), ante el Cónsul español de dicha población, don Ramón Ruiz del Arbol, el citado don Abilio Caetano vendió la referida finca a don Abilio Caetano Espinosa.

Y presentada primera copia de esta escritura en el Registro de la Propiedad de Huelva, en unión de una certificación expedida por el mismo Cónsul autorizante, en la que hacía constar: «que don Abilio Caetano João, de nacionalidad portuguesa, en diversas ocasiones había otorgado en el Consulado documentos, y por los an-

tecedentes existentes podría afirmar: a) Que don Abilio Caetano João, portugués, y doña María Espinosa Ruiz, brasileña, hoy portuguesa por su matrimonio, contrajeron matrimonio canónico en Huelva el día 23 de junio de 1918; el cual, por voluntad de las partes, quedó sometido al régimen español de gananciales, como así resultaba del expediente de jurisdicción voluntaria instado por doña María Espinosa al objeto de privar a su marido de los derechos que la ley le otorga como administrador de la sociedad de gananciales «existente» entre los cónyuges; b) que en la inscripción de la finca a favor de don Abilio Caetano João, según resultaba de la nota puesta al pie de la primera copia de la escritura, no aparecía limitación alguna de sus facultades dispositivas; c), que por ello, al ser vendida la finca al súbdito español, don Abilio Caetano Espinosa, estaba seguro el certificante que la autorizó que el contrato había de regirse por las leyes españolas y que los contratantes gozaban, al otorgar la escritura, como se hizo constar en ella, de la capacidad legal necesaria para celebrarlo y para otorgar el correspondiente título traslativo de dominio; fué calificada por nota del siguiente tenor:

«No admitida la inscripción del precedente documento, que se presentó acompañado de una certificación expedida por don Ramón Ruiz del Árbol y Rodríguez, Cónsul de España en Villarreal de San Antonio (Portugal), por no poder hacerse su completa calificación mientras no se aporte la certificación que determina el artículo 36 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, en la que se afirma si el otorgante vendedor don Abilio Caetano João, de nacionalidad portuguesa, según el título y el Registro, tiene o no con arreglo a las leyes de su país la capacidad legal necesaria para vender la finca que es objeto del contrato y que fué adquirida a título oneroso por el vendedor en estado de casado con doña María Espinosa Ruiz.»

Interpuesto recurso la Dirección confirma el auto apelado, que ratificó la nota del Registrador, mediante la clara y razonada doctrina siguiente:

«Que en la nota del Registrador y en el informe emitido en el recurso expone que se abstuvo de calificar en tanto no fuese presentado en el Registro el certificado a que hace referencia el párrafo tercero del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, mas al no admitir la inscripción del documento ha de entenderse hecha la cali-

ficación y en ella atribuído al título el defecto de no haberse acompañado el mencionado certificado, con lo cual el problema se reduce a determinar si dicho funcionario tiene o no facultades para exigirlo, sin perjuicio de que si se resuelve afirmativamente pueda apreciar la capacidad del otorgante extranjero para la válida realización de la enajenación;

Que por no regir respecto de las leyes extranjeras la máxima *iura novit curia*, no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho, y por ello capacidad de los otorgantes extranjeros, que ha de calificarse con arreglo a su ley nacional, es preciso que se acrede de modo auténtico, y con tal finalidad aparece redactado el párrafo tercero del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en armonía con lo dispuesto en la regla quinta del artículo 168 del vigente Reglamento Notarial;

Que el Registrador tiene el deber de calificar bajo su responsabilidad la capacidad de los otorgantes de los títulos presentados a inscripción, sin que las manifestaciones del fedatario le obliguen a idéntica apreciación, por lo que este Centro ha declarado reiteradamente que puede exigir la aportación de los documentos complementarios qué juzgue necesarios, y, por ello debe estimarse que tiene facultades para pedir la justificación del contenido y vigencia de las normas reguladoras de la capacidad civil de los extranjeros, incluso tratándose de escrituras autorizadas por los Cónsules españoles en el ejercicio de funciones notariales, sometidas a la calificación en igual forma que las otorgadas ante Notario;

Que en el caso del recurso se ha presentado juntamente con la escritura una certificación expedida por el Cónsul autorizante, en la que reitera su afirmación de la capacidad del vendedor, que no puede servir de base para la calificación, porque en ella no se hace referencia a los preceptos de la Ley extranjera directamente aplicables; y respecto a la cuestión que ha suscitado la duda del Registrador, es decir, cuál sea el régimen matrimonial que existe entre el transmitente y su cónyuge, sólo se consigna una presunción de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen español de la sociedad de gananciales, fundada en la manifestación hecha por la esposa en un expediente de jurisdicción voluntaria, que el certificador ni tenía la vista ni sería suficiente para acreditar el régimen económico matrimonial adoptado;

Que frente a tan clara doctrina carecen de valor las alegaciones del recurrente de no constar en el Registro limitaciones del poder dispositivo del titular y haberse anotado preventivamente un embargo sobre la misma finca, puesto que la circunstancia de que ésta se inscribiera a su nombre no prejuzga la capacidad que se requiere para disponer ni la calificación del acto dispositivo puede reputarse opuesta a la estabilidad de los asientos del Registro, a las presunciones consignadas en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, relativas a la pertenencia y posesión de los derechos inscritos, y tampoco implica contradicción con la anotación hecha de un embargo sobre la finca, dado que estos asientos se practican en virtud de mandamiento de autoridad competente sin consentimiento del titular y, generalmente, contra su voluntad.»

* * *

No obstante la claridad con que se produce el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, hizo constar el Registrador que había leído los artículos 1.119 y 1.107 del Código civil portugués, según el primero de los cuales, los bienes inmuebles propiedad de uno de los cónyuges o comunes, no podrán ser vendidos ni obligados sin el consentimiento de ambos y, conforme al segundo, que si el matrimonio se había contraído en país extranjero entre portugués y extranjera o entre portugués y extranjero y nada declararon los contrayentes con relación a sus bienes, se entenderá que se casaron según el derecho común del país del cónyuge varón; añadiendo —sobre lo anterior— que ni del Registro ni del título resultaba que el vendedor hubiese contraído matrimonio en España, ni la nacionalidad que entonces tuviese su cónyuge, ni se habían aportado documentos en los que los contrayentes estipulasen nada en contrario al régimen económico legal del matrimonio, que, en defecto de pacto o declaración expresa, impone el Código civil de la nación vecina.

Ningún comentario mejor que este brillante informe del Registrador a la Resolución que antecede.

GINÉS CÁNOVAS COUTÍÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1950.—*Retracto de comuneros.*

La facultad reconocida al partícipe de una cosa común poseída pro indiviso de poder cederla y enajenarla, al ejercitarse, produce el incremento numérico de condueños, y el legislador, atento a evitar el aumento de la copropiedad, origen de desavenencias y de mala administración, arbitró en todos los tiempos diversos modos de terminar con la indivisión; uno, el consignado actualmente en el artículo 400 de la Ley sustantiva civil, reflejo de la acción *communi-dividundo* de la legislación romana, y otro, al retracto legal de comuneros, que existente ya en la antigua legislación castellana ha sido establecido en el artículo 1.522 del Código civil, institución mediante la cual se otorga el derecho a uno o varios de los demás condueños, si la parte vendida lo fué a un extraño, de adquirir en iguales condiciones la cosa comprada por él, rescindiendo la venta realizada, con lo cual cada vez que se ejercita este derecho se reduce el número de partícipes, encaminándose así a la unidad del dominio y a la consiguiente desaparición de la indivisión, de lo cual se deduce que el derecho para el ejercicio de esta acción de retracto es personalísimo, atribuido privativamente a todos y cada uno de los copropietarios de la cosa común, mientras lo sean. La cualidad de extraño a que se refiere la norma citada recae sobre el comprador que no sea partícipe en la comunidad, criterio que ya tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en la Sentencia de 7 de febrero de 1944, ajustándose en un todo el espíritu que anima el precepto legal citado, porque no se reduciría el número de partícipes si el comprador no condueño viniese a sustituir en la copropiedad al vendedor.

El comprador de las fincas objeto del retracto no era copartícipe en dicha propiedad, por lo que tanto al adquirirlas en su propio nombre (según resulta de la escritura de compra-venta), como si lo fueran por la sociedad conyugal (conforme afirma en su confesión), ha de atribuísle la condición de extraño a que alude el repetido artículo 1.522 del Código civil. En el primer caso, porque personalmente no era condeño, y en el segundo, porque la sociedad conyugal tampoco podría ostentar esta condición, aun entendida en el más amplio concepto de conjunto de bienes y derechos, tanto comunes del matrimonio como privativos de cada uno de los cónyuges.

Los bienes que mediante esta compra-venta el marido adquirió, habrían, forzosamente, a tenor del núm. 1 del artículo 1.401 del Código civil, de ser considerados gananciales por ser adquiridos para la comunidad y no existir en nuestro ordenamiento jurídico la opción que autoriza alguna legislación extranjera en favor de la esposa, cuando el marido resultare adquirente de bienes en que su mujer tuviese derecho indiviso, de reclamar tales bienes como suyos o dejarlos a la comunidad mediante el debido reembolso de su importe, y como en ambos casos la sociedad de gananciales habría de resultar la única y verdadera propietaria, sería igualmente extraña a la comunidad como entidad independiente que es, sobre la cual la mujer no puede hacer efectivo derecho alguno en nuestro ordenamiento jurídico matrimonial hasta su disolución.

Por lo que se refiere a la representación de la mujer, atribuida al marido en nuestro ordenamiento sustantivo civil, ha de advertirse, en primer lugar, que no puede entrar en juego en el caso presente por cuanto en la escritura de compra-venta la intervención del marido comprador se efectuó en su propio nombre, sin alusión a su mujer, la copartícipe en la comunidad a que pertenecen los bienes vendidos, y este hecho cierra por completo el paso a cualquier contraria interpretación, porque si obraba con aquella representación, debió haberlo manifestado, así, lo que hubiera colocado el problema en otro plano de discusión, con los consiguientes efectos.

La circunstancia de ser la esposa del comprador partícipe de modo parafenal con sus hermanos (uno de ellos el vendedor), en la comunidad indivisa de los bienes enajenados, con derecho de retracto (que contra lo que afirma la Sentencia recurrida, no es absurdo pensar que podía ejercitarse aun contra su propio marido, comprador extraño, para evitar que lo adquirido por él se integrase en la sociedad de gananciales, derivándolo de su natural destino de facilitar la unidad de dominio de lo indiviso; perjudicando así su acervo parafenal), conduce a afirmar que el marido no podía, sin intervención y expreso consentimiento de su mujer, otorgar el contrato de compra-venta consabido con efecto en el vendedor de la acción de retracto contra él esgrimida, porque si bien es cierto que en virtud de lo previsto en el artículo 60 del Código civil, el marido es por modo general el representante de la mujer, y en este sentido, según doctrina jurisprudencial, puede comparecer en juicio, sin autorización alguna, en nombre

de ella cuando fuera la demandada, también es cierto que, en obligado acatamiento a lo dispuesto por el artículo 1.383 del Código civil, al accionar el marido sobre bienes privativos de la mujer, necesita su autorización expresa, porque sin ella, como enseña la Sentencia de 15 de marzo de 1934, si bien no puede acusársele de falta de personalidad, se halla incurso en la excepción perentoria de falta de acción, toda vez que para contratar la mujer, siendo mayor de edad, no tiene defecto alguno de capacidad, según la Sentencia de 12 de marzo de 1949, bastando el requisito formal de autorización marital previsto en el artículo 61 del Código, en debido respeto a la soberanía familiar, pero sin que al realizarse un contrato de esta clase por la mujer, con la dicha autorización marital, se fundan ambas personalidades.

SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1950.—Relaciones jurídicas constituidas durante la ocupación de Tánger por las tropas españolas.

El recurso planteado por el Ministerio Fiscal se encamina en sus cuatro motivos amparados los 1.º, 3.º y 4.º en el número 1.º, y el 2.º en el número 7.º del artículo 1.469 del Código de Procedimiento civil de la Zona del Protectorado, idéntico al 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil española, a demostrar la equívocación de la Sala sentenciadora en la aplicación que hace de los artículos 214, 216 y 14 del Código de Obligaciones y Contratos, porque la acción no ha podido ser dirigida contra la Administración de la Zona del Protectorado, a la que no se puede atribuir legitimación pasiva en estos autos, toda vez que su actuación respecto de los hechos que los motivan estuvo al margen de los mismos, ya que no puede ser considerada como subrogada en las obligaciones contraídas por la Administración tangerina, que parten de un hecho inicial, el acuerdo de establecer la lotería anterior a la ocupación de la ciudad por las tropas españolas.

Sin que sea necesario ni oportuno examinar la naturaleza de las relaciones jurídicas que tanto en el orden político como en el administrativo se produjeron al ser ocupada la ciudad de Tánger por las tropas españolas en 13 de junio de 1940 y sus consecuencias en relación con los derechos administrativos o civiles que ostentaban los particulares, deducidos de la actuación de las autoridades de dicha ciudad con anterioridad a la ocupación, es lo cierto que existen dos hechos, acreditados en los autos, que deben ser estimados como elementos cardinales para enjuiciar la cuestión debatida; el primero de ellos, acaecido el día 2 de diciembre de 1940, cuando por haberse hecho cargo de la Administración tangerina el 3 de noviembre anterior el Jefe de la columna de ocupación, había sido llevada a cabo la supresión de los organismos rectores de Tánger en virtud de Decreto de 8 del referido noviembre y la publicación de la Ley de 23 del mismo mes, que decretaba la aplicación a Tánger de la legislación vigente en la Zona del Protectorado, con lo que es una evidente realidad que

todas las autoridades, no solamente las militares, sino también las administrativas; se hallaban constituidas y funcionando en la ciudad bajo la intervención y vigilancia de las Autoridades españolas en la Zona del Protectorado; este primer hecho, del 2 de diciembre, es que se firmó por el Administrador de Tánger, en el ejercicio de sus funciones, el contrato de concesión de la explotación de la lotería en la ciudad, como consecuencia del concurso de 29 de agosto de 1940 y subsiguiente adjudicación al señor Gil de Sola. El segundo hecho es que en 28 de enero de 1941 la Administración española dirigió al concesionario un oficio declarando la rescisión de aquel contrato y la anulación de la concesión adjudicada. Tanto uno como otro de ambos hechos, es indudable que vinculan a la Administración de la Zona en el nacimiento y extinción de la relación jurídica que ligó al señor Gil de Sola originariamente con la Administración tangerina; el primero porque fué realizado por funcionario que dependía en aquel momento de la Administración española, y el segundo porque al dar por rescindido el contrato, por la misma Administración se reconocía su existencia y eficacia, y no podía aquélla obrar ya de manera discrecional, puesto que, perfeccionado el contrato, sus cláusulas eran reglamentarias y de obligatoria exigencia para ambos contratantes, incluyendo el que las incumpliera en la obligación de indemnizar al otro, a tenor del artículo 14 del Código de Obligaciones y Contratos, y así debió entenderlo la misma Administración, demandada al dirigir al actor en 28 de enero de 1942 un oficio, reconociéndole el derecho a ser resarcido de los gastos efectuados. Como en estos dos hechos fundamentales, reconocidos sin discrepancia por ambos litigantes, apoya el Tribunal sentenciador su criterio para declarar cocontratante incumplidora a la demanda y por tanto obligada a indemnizar al actor, y estas afirmaciones de hecho no han sido debidamente impugnadas en el recurso del Ministerio Fiscal, es visto que procede desestimar los cuatro motivos que le integran, debiendo asimismo rechazarse la petición de fórmula de que se declare de oficio por esta Sala la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de este litigio, porque aparte de lo extemporáneo de tal petición, fué el mismo representante del Ministerio público, el que reconoció explícitamente la competencia del Juzgado a que se dirigía, y bajo esta consideración se siguió todo el pleito, no siendo aplicable la prescripción del artículo 55 del Código de procedimiento civil de la Zona, porque la materia de este litigio es una reclamación contra la Administración de la Zona del Protectorado, que bien sea de carácter civil o del orden contencioso-administrativo, se halla atribuido al conocimiento de esta Sala.

En el procedimiento civil de la Zona del Protectorado, se aplica el Código Civil de la Zona, y la Sala Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de noviembre de 1950, —*Ambito del juicio de desahucio. Si bien es impropio del juicio sumario de desahucio el resolvel sobre complejas relaciones entre los propietarios y los ocupantes de fincas, aun*

jurisprudencia han ideado múltiples reglas que, sin pretensión de normas absolutas, incompatibles con la facultad que asiste al juzgador en orden al examen y valoración de las pruebas practicadas a instancia de cualquiera de los contendientes, señalan el criterio a seguir para precisar qué litigante debe pechar con el *onus probandi* y qué consecuencias derivan del incumplimiento de este deber.

Entre la variedad de normas, adquirió rango predominante por abollengo y sencillez, el principio «inecumbit probatio qui dicit» con su secuela «negativa non sunt probanda», acogida en Sentencias como la de 20 de diciembre de 1902 y 26 de enero de 1922, más si se pretendiera aplicar este principio en términos absolutos, saldrían al paso serias objeciones contemplando casos en que la Ley establece presunciones de hechos positivos —artículo 108 y 1.900, párrafo 2.º del Código Civil, entre otras— que sólo podrán ser encerradas por quien las impugne mediante prueba del hecho negativo contrario, por lo que la jurisprudencia más reciente, en tránsito de regular la distribución de la prueba, sin abandonar por completo aquella regla tradicional, ha evolucionado estimando criterio más seguro y fértil para el juzgador y más aceptable en general, el que tomando en consideración la posición de las partes en el proceso y el mantenimiento o la negación de situaciones jurídicas existentes, impone al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y necesarios para que nazca la acción ejercitada, y al demandado, la de los hechos impeditivos o extintivos de la relación jurídica en litigio, lo que, en otro aspecto significa que quien actúa frente al estado normal de las cosas o situaciones de hecho y de derecho ya producidas, debe probar el hecho impidiénte de la constitución válida del derecho que reclama o su extinción, que es en definitiva la regla que proclama el artículo 1.214 del Código Civil al imponer la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone, según doctrina de las Sentencias de esta Sala del 3 de junio de 1935, 7 de noviembre de 1940 y 18 de octubre de 1941, y 30 de enero y 20 de febrero de 1943.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de enero de 1950.

EN EL CASO DE QUE POR MUTUO DISENSO ENTRE acreedor y deudor se resuelva y deje sin efecto un contrato de préstamo antes de consumarse, y se cancele la hipoteca que lo garantizaba, es exigible el impuesto correspondiente a esa cancelación.

Antecedentes.—Como consecuencia de cierto importante contrato de préstamo concedido por una Entidad estatal a una Sociedad inmobiliaria, se constituyó al mismo tiempo hipoteca en garantía de la operación; y antes de que el préstamo se hiciese efectivo ambas entidades convinieron en dejar sin efecto el contrato y cancelar la hipoteca.

La correspondiente escritura de cancelación fué liquidada por ese concepto y recurrida la liquidación por estimar que la hipoteca no había tenido vida real. El Tribunal desestima el recurso y dice que la circunstancia de que el préstamo hipotecario no haya llegado a producir efectos, no autoriza a dejar de liquidar la cancelación de hipoteca, porque la causa de que quedara sin efecto el contrato con la consiguiente extinción del derecho real, fué el mutuo disenso o acuerdo de los contratantes, lo cual, dice, no da derecho a la devolución del impuesto y se considera como un acto nuevo sujeto a tributación, de conformidad con lo preceptuado en el apartado 5) del artículo 58 del Reglamento y con lo resuelto reiteradamente por el mismo Tribunal al interpretar ese precepto reglamentario.

La razón del recurrente en puros principios podría ser fácilmente argumentada, pero el texto del derecho constituido es terminante, y ante él no cabe otra cosa que decir: *dura lex, sed lex.*

*Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de
31 de enero de 1950.*

CELEBRADO UN CONTRATO DE SUMINISTRO ENTRE EL ESTADO Y UNA PERSONA CON VECINDAD FORAL EN CUYO CONTRATO EL ESTADO ES EL ADQUIRENTE, NO ES APLICABLE EL APARTADO 3º DEL ART. 59 DEL REGLAMENTO QUE IMPONE EL PAGO DEL IMPUESTO AL TRANSMITENTE Y EL AFORADO NO ESTÁ OBLIGADO A ELLO.

Antecedentes.—Una Sociedad domiciliada en Vitoria se obligó por escritura pública a «construir» y entregar al Ministerio del Ejército un elevado número de cargas explosivas para cañón por determinado precio unitario.

La Delegación Central de Hacienda liquidó por el concepto «Contratos de suministro» a cargo de la Sociedad contratante, y ésta recurrió la liquidación alegando el Real decreto-ley de 9 de junio de 1925, regulador del Concierto foral con las provincias vascongadas, y los artículos 29 al 34 del Reglamento de 24 de diciembre de 1926, en relación con el 4º del Decreto-ley de 23 de junio de 1937, que mantiene en plena vigencia, respecto a la provincia de Alava, dicho Concierto; e invocó además el artículo 2º del vigente Reglamento del Impuesto y diversas Resoluciones del Tribunal Central, según las cuales los contratos celebrados por el Estado con Sociedades de régimen foral para ejecución de obras con suministro están exentos del impuesto a tenor del aludido Concierto.

El Tribunal dice que es notorio que el contrato analizado es mixto de ejecución de obras con suministro y que es igualmente indudable que en el arrendamiento de obras el objeto de la transmisión es aquello a que se obliga el arrendador, o sea, el trabajo o prestación que ha de realizar, el cual tiene el carácter de bien mueble, conforme al artículo 336 del Código civil; sin que tampoco sea discutible que en los contratos suministrados por el contratista son bienes muebles.

Sobre esos supuestos, añade que para la aplicación de los artículos 29 y 30 del Reglamento del Concierto de 24 de diciembre de 1926, vigentes en cuanto a Alava por Decreto de 29 de marzo de 1941, no hay que atender al lugar en que se hallen los bienes, sino al régimen foral o común de que goce el adquirente, toda vez que dichos preceptos establecen que continuarán exceptuados del impuesto los actos y contratos referentes a bienes muebles, donde quiera que estén situados, cuando el causante en las herencias o el adquirente en los contratos, tenga derecho el régimen foral según las normas del artículo 15 del Código civil.

Esas premisas las completa el Tribunal con estas otras: en los contratos de ejecución de obras el arrendador es el que las ejecuta, y el adquirente y arrendatario la otra parte; y en los contratos de suministro el adquirente es el que hace suyos los materiales y, por tanto, en el contrato mixto cuestionado, el adquirente es el Estado, y en principio él como adquirente es el obligado al pago del impuesto; pero como está exceptuado de ello, y al mismo tiempo el artículo 59, apartado 3), impone en estos contratos la obligación del pago al contratista y éste en éste caso goza de vecindad foral, surge el problema de determinar si el régimen foral ha de prevalecer frente a ese precepto reglamentario y si éste supone una excepción al régimen foral y a lo establecido en el artículo 2.º del propio Reglamento.

El Tribunal resuelve la antinomia diciendo que «si se exigiese el impuesto del Estado a dicha Sociedad se gravaba a persona de régimen exento, por un contrato en que se transmiten bienes muebles, lo que es opuesto al espíritu del art. 2.º del Reglamento y al Concierto económico con las provincias vascongadas, vigente en cuanto a la provincia de Alava, uno de cuyos principios fundamentales consiste en aplicar el Estatuto personal del contribuyente cuando se trate de contratos relativos a bienes muebles; y para evitar que esto ocurra debe considerarse como adquirente, a los efectos del pago del impuesto, la persona a quien la ley impone la obligación de satisfacer el tributo; y, por consiguiente, en el caso de este expediente no es procedente exigir a la Sociedad el impuesto..., debiendo declararse nula la liquidación impugnada y reconocer al reclamante el derecho a la devolución de su importe».

El criterio expuesto es reproducción, dice la Resolución, del

sentado en las de 18 de abril de 1933 y 13 de noviembre y 12 de diciembre de 1934.

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 7 de febrero de 1950.

Esta Resolución reitera el criterio sentado por la de 6 de diciembre de 1949, entre otras, según el cual las primas a la construcción naval concedidas por el Estado, son liquidables por el concepto de «Subvenciones».

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 21 de febrero de 1950.

LA TRANSFORMACIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES HIPOTECARIAS AL 6 POR 100, EN OTRAS DE LA MISMA NATURALEZA AL 5 POR 100, ES LIQUIDABLE POR EL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DE HIPOTECA.

Antecedentes.—Una Compañía mercantil presentó instancia en la Abogacía del Estado exponiendo que tenía en circulación 40.000 obligaciones hipotecarias al 6 por 100 y había tomado el acuerdo de reducir el interés de las mismas, dejando subsistentes todas las demás condiciones y garantías estipuladas al tiempo de la emisión de aquellas obligaciones.

La Oficina liquidadora giró liquidación por el concepto «Sociedades», al 1 por 100 y la Entidad entabló recurso sosteniendo que la mera reducción del tipo de interés de unas obligaciones no constituye conversión de las mismas sujeta al impuesto; que según el Reglamento en su artículo 5.º, número XVI, aplicable al caso, la emisión de obligaciones simples o hipotecarias y su transformación, lo cual equivale a sujetar al impuesto la novación a que se refiere el artículo 1.203 del Código civil por cambio del objeto de la obligación o de sus condiciones principales; que el objeto del préstamo está constituido por el principal de la obligación, esto es, por la suma prestada, pero el interés no es un elemento esencial del contrato de préstamo, según resulta del artículo 314 del Código de Comercio, sino un elemento accidental que exige estipulación expresa y, por tanto, no puede sostenerse que se haya variado una de las condiciones del contrato en el caso discutido; que

hubiera habido novación objetiva en el caso de haberse alterado el capital de la obligación o la garantía, o en el caso de prórroga o acortamiento del plazo, y que no existió, tampoco modificación de hipoteca por la reducción del tipo de interés.

La reclamación fué desestimada en primera instancia con apoyo en que habiendo sido reducido el tipo de interés de las obligaciones, quedaron modificadas las condiciones principales de las mismas por novación objetiva, a tenor del artículo 1.203 del Código civil; y si bien según el artículo 314 del Código de Comercio en los préstamos mercantiles el interés tiene que ser pactado para ser exigible, no es menos cierto que cuando se pacta constituye una de las condiciones principales de la prestación, especialmente en los préstamos representados por obligaciones, porque la cuantía del interés es fundamental en la mayor o menor estimación que tales títulos puedan tener en el mercado; y por fin, que siendo indudable la existencia de una conversión de obligaciones es procedente la liquidación impugnada, conforme al apartado 4) del artículo 20 del Régimen.

El Tribunal Central dice que la discutida conversión del tipo de interés es indudable que ha modificado una de las condiciones principales del contrato de emisión de obligaciones, por ser la rentabilidad de los valores inmobiliarios una de sus circunstancias esenciales; y por ello quiere decir que se ha producido una novación de contrato conforme al artículo 1.203 del Código civil y, por consiguiente, de las obligaciones accesorias, según el artículo 1.207 del mismo texto, salvo que pudieran aprovechar a tercero que no hubiera prestado su consentimiento, a tenor del mismo artículo; y aunque para que sea exigible interés en los préstamos mercantiles es preciso que así se estipule, es indudable que cuando tal pacto existe —caso actual— su cuantía influye en la estimación bursátil:

Además, continúa diciendo el Tribunal Central, la modificación del derecho de hipoteca está sujeta al impuesto según el párrafo III del artículo 2.º de la Ley del Impuesto.

Comentarios.—Digamos en primer lugar que la precedente doctrina estaba ya, al menos sustancialmente, contenida en las Resoluciones del mismo Tribunal, de 7 de julio de 1942 y 3 de marzo de 1944.

La tesis sentada nos parece reglamentariamente indiscutible, porque no solamente cita la sujeción al impuesto de la existencia

de «modificación» del derecho de hipoteca, con arreglo al apartado 1) del artículo 13 del Reglamento, sino también del apartado 4) del artículo 20 en relación con el 1), cuando aquél dice que la conversión de unas obligaciones en otras tributará como transformación.

Como última observación diremos que no se nos alcanza el por qué la liquidación impugnada se giró por el concepto «Sociedades» al 1 por 100 y por qué ni el recurrente ni la Resolución que comentamos hicieron referencia a este extremo. Verdad es que el tipo aplicado del 1 por 100 era el señalado; aplicable en la tarifa de 1941, vigente a la sazón, al concepto de «transformación» o «versión» y también el de modificación, pero no al de sociedades, que entonces era el de 0,90 por 100.

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 9 y 21 de febrero de 1950.

En estas Resoluciones el Tribunal reitera la doctrina sentada, entre otras, en las de 8 de febrero de 1949 y 17 de enero de 1950, según la cual, en el caso de sucesivas donaciones de un padre a un hijo, no es acumulable la base de las anteriores a la última, al efecto de determinar el tipo de liquidación aplicable.

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 21 de febrero de 1950.

EN EL CASO DE UN ARRENDAMIENTO DEL APROVECHAMIENTO DE UN MONTE CON DETERMINACIÓN CONCRETA DEL NÚMERO Y CUANTÍA DE LAS ANUALIDADES Y CON TODOS LOS DETALLES PERFECTAMENTE DETERMINADOS, NO ES DE APLICAR EL DEL FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DEL IMPUESTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 16 EN RELACIÓN CON EL 51, AMBOS DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—Como consecuencia de visita de inspección por Timbre a cierta fábrica de maderas, el Inspector, cumpliendo el Decreto de Coordinación de 5 de noviembre de 1941, puso en conocimiento de la Abogacía del Estado la existencia de un documento privado del que resultaba que al inspeccionado le había sido adjudicado el aprovechamiento de unos montes municipales por precio de más de 25.000.000 de pesetas y por plazo de un decenio forestal, y aparecía también que el aprovechamiento había sido cedido a un

tercero sin que éste hubiese satisfecho el impuesto correspondiente a la cesión.

Consecuencia de ello fué que la Abogacía del Estado, después de requerir al cessionario de presentación, giró sobre la base del 47 por 100 de los aprovechamientos cedidos, la liquidación correspondiente por el concepto «arrendamientos», con demora y multa del 50 por 100 de la cuota.

El cessionario, al recurrir, estimó acertada la calificación jurídica, así como la base y la cuota, pero no así la multa y demora, fundado en que cuando se presentó el documento se hallaban vencidas las dos primeras anualidades, más no las ocho restantes, y, por lo mismo estimaba que la multa y demora aplicables al caso no podían referirse a la totalidad de las cuotas sino a las dos décimas partes de ellas, debiendo, por consiguiente, reducirse a esas dos décimas partes.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación y estimó ajustada la liquidación al apartado 8º del artículo 16 al fijar la base con arreglo al precio total de la cesión por todo el término de duración del contrato, cifra conocida y exacta en el momento del otorgamiento; y ajustada también la multa al número 3º del artículo 221º del propio texto reglamentario; añadiendo que conocido exactamente el precio es inaplicable el artículo 51, en cuanto a aplazamiento de liquidación en los arrendamientos por asimilación con los suministros, porque para ello se requiere que existan las indeterminaciones que el artículo 16 prevé, los cuales no concurren en el caso.

El recurrente insistió ante el Tribunal Central diciendo: si el contrato se hubiera presentado en plazo, le hubiera sido aplicable el fraccionamiento anual para pagar el impuesto, según previene el artículo 51, aplicable a los arrendamientos, y al no haber ocurrido así, bien está que no disfrute del beneficio del pago fraccionario; pero si bien es verdad que el beneficio caduca y no es aplicable cuando el contribuyente deja de presentar las declaraciones anuales sucesivas a que se refiere el apartado 4º del citado artículo 51, esto no lleva consigo más consecuencia que la liquidación total de la base liquidable y el subsiguiente pago de la cuota, sin sanción de multa ni demora.

Por lo tanto, a juicio del accionante, estas normas de liquidación

del contrato de suministro, aplicables, según previene el artículo 16; a los arrendamientos de montes públicos, suponen que en el caso debatido no procede exigir multa y demora en cuanto a las ocho anualidades no vencidas hasta el momento de la investigación, puesto que lo que el aludido apartado 4º del artículo 51 prevé es que si el obligado suministro deja de presentar las declaraciones anuales de la cuantía de lo suministrado, la Administración liquide por el total de lo contratado, pero sin establecer sanción alguna.

Esta argumentación la desecha el Tribunal Central, y empieza por sentar que es cierto que el artículo 16 encuadra en el concepto «arrendamientos» los contratos de la naturaleza y características del discutido, y que también dice que podrá «estarse, en su caso, a lo dispuesto en el artículo 51», o sea, sigue diciendo el Tribunal, «cuando aquél artículo no sea de pertinente aplicación, es decir, cuando los supuestos del caso no permitan encuadrarlo en el artículo 16 por desconocerse alguno de los elementos esenciales en él señalados»; y, como el artículo 51, al referirse a los contratos de suministro, exige para su aplicación una indeterminación en cuanto al precio o al plazo, y, por añadidura, reproduce la antedicha preventión del artículo 16, es claro que rectamente conjugados esos preceptos, lo que dicen es que su contenido sólo es aplicable cuando la indeterminación de que se hace mérito para los suministros, concurre en los arrendamientos.

Así interpretado el artículo 51, añade la Resolución, es como no está en pugna con el artículo 16 y al mismo tiempo se ve que lo que hace es sentar una norma excepcional para los casos en que no sea posible la regla general del artículo 16 a los arrendamientos, a causa de la indeterminación en alguno de los requisitos esenciales para la exacción del impuesto; cosa que en el caso de que se tratá, no se da, puesto que están perfectamente determinados el precio y el plazo, coino el propio reclamante reconoce paladinamente.

Comentarios.—El caso está lejos de razonable discusión y por lo mismo es innecesario apostillar el razonamiento de la Resolución de que nos venimos ocupando. No hay ninguna relación de concomitancia entre el supuesto del artículo 51 y el que el reclamante pone en tela de juicio.

JOSÉ M. RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

VARIA

Derecho hipotecario (Origen de la publicidad inmobiliaria. Las denominaciones actuales. La inscripción de fincas mediante expedientes. La anotación preventiva. La cancelación), por Agustín Aguirre, Profesor de Derecho hipotecario en la Universidad de La Habana y Registrador de la Propiedad. Jesús Montero, editor, La Habana, 1950.

Con una afectuosa dedicatoria, que se acoge como merece y se aprecia como algo de valor inestimable, éste ilustre publicista, autor de varios trabajos y obras (Derecho hipotecario, 1939, El principio de legalidad y la anotación preventiva, 1942, Cursillo de Derecho hipotecario, 1943, y Publicidad inmobiliaria, 1943), nos ha remitido este volumen, que corresponde a la Biblioteca jurídica de autorés cubanos y extranjeros, con el número CXL. Nuestro íntimo deseo es que esta reseña o reseña, aparte de señalar el acierto y objetividad con que se tratan los temas escogidos, lleve para nuestro querido compañero el testimonio de nuestra admiración, la cordialidad de nuestro afecto y el aliento para perseverar en una labor, triunfante apenas iniciada, que ha de producir frutos muy apetecibles, como hijos de una mente privilegiada.

El Sumario no puede ser más atractivo para un hipotecarista: I. Origen de la publicidad inmobiliaria (tiempos primitivos, la India, Israel, Egipto, Grecia, Roma, Alemania).—II. Las denominaciones actuales (concepto integral, derecho inmobiliario, derecho hipotecario, derecho registral, derecho material y formal y la publicidad inmobiliaria).—III. La inscripción de fincas mediante expedientes (que trata de los documentos no inscritos, el expediente posesorio, la inscripción de posesión y sus efectos, la conversión, los expedientes de dominio, el expediente posesorio-dominico y la calificación de los expedientes).—IV. La anotación preventiva (Aspecto institucional, asiento de contradicción, anotación preventiva, hipó-

teca de seguridad, limitaciones de disponer o prohibiciones de enajenar; Aspecto tipológico: anotaciones de demanda, embargo, secuestro o prohibición de enajenar, demanda de incapacidad, cuota viudal, defectos subsanables, etc.).—V. La cancelación (noción de la cancelación, modos de cancelar, títulos cancelatorios, ámbito de la cancelación, persona protegida por la cancelación, transferencia y cancelación, conversión, un asiento provisional en definitivo, ampliación de un derecho inscrito, cancelación de menciones y conclusiones): ..

Como portada del libro; bajo el epígrafe de Testimonio, el autor hace historia de su labor publicitaria e insérta cuatro cartas de don Mariano Aramburo, don Jerónimo González, don Ramón María Roca Sastre y don Enrique Giménez Arnau, gran jurista cubano el primero y bien conocidos los tres últimos, que constituyen la prueba fehaciente del mérito de la labor realizada por el señor Aguirre (1).

En el texto, se señala, con referencia a Besson y Gianturco, que la evolución de la publicidad inmobiliaria arranca de muy lejos. Fué necesaria en los tiempos de propiedad colectiva y de preponderancia del señor Feudal; adquiere mayor trascendencia posteriormente para dar certidumbre a las adquisiciones y evitar fraudes y se transforma en sistema, modernamente, para la seguridad del tráfico jurídico. En el Código del Mañú la enajenación y el gravamen requieren consentimientos de los parientes, vecinos y herederos, y la ceremonia simbólica de la liberación del oro y del agua. En la Biblia, cuando Abraham quiere adquirir un terreno para enterrar a Sara; cuando Booz compra la heredad de Noemí; y cuando Hanameel vende a su primo Jeremías, y en otros pasajes, la presencia de la tribu, de diez ancianos o de testigos para un documento escrito por duplicado; respectivamente, muestran ya algo más que un rudimento de publicidad. En Egipto, la Papirología y ciertas inscripciones acreditan que el *katagraphe* de la ciudad de Alejandría, extendiendo a otras regiones y redactado, generalmente, por un funcionario (notario) llamado *agoranome*, al archivarse producía algo semejante a los protocolos notariales y un germen de Registro, mediante el *anagraphe*, y el *ciromēna*, (notas breves de escrituras y resumen de transacciones), Registro que en las postrimerías

(1) Véase la página 196, del Año de 1944, de esta REVISTA.

rías del gobierno de los Ptolomeos y con el nombre de *Bibliothekē Enkteseōn* se organiza ya como órgano de publicidad a cargo del *biblioſilate*, con rasgos similares a lo que nosotros entendemos por Registros de la Propiedad. En Grecia, de donde indudablemente el Egipto se inspiró para crear un régimen inmobiliario, que después perfeccionó de modo insospechado, existieron los Registros públicos de Rodas, los cuadros en el templo de Diana en Efeso, los certificados de un funcionario en Thurium y los mojones de Atenas. En Roma... muy conocido es que hubo formalismo, pero una pobreza de normas publicitarias que contrasta con la riqueza de su derecho eterno: Por último, Alemania, con su *gewere*, la *auflassung*, la *resignatio* y los Libros públicos, desarrolla un sistema perfecto de publicidad.

La crítica de la denominación que corresponde a la disciplina inmobiliaria, con acopio de opiniones autorizadas y datos legales, constituye un estudio muy cuidado acerca de esta materia.

El trabajo respecto de la titulación supletoria, muy interesante desde el punto de vista de la legislación cubana y de las características de la propiedad territorial en aquella hermosa tierra, no desconoce la reforma hipotecaria de España en 1944 y merece leerse por alegacionador en varios aspectos. Por ejemplo, el doctor Martínez Escobar, distinguido publicista e hipotecarista cubano, comentó desfavorablemente la inmatrículación de las ejecutorias en el Registro, por los peligros de la simulación y el autor le arguye, certeza-mente, que las sentencias de simple condena no deben inscribirse, pero sí son declarativas del dominio como en los casos en que se declara la prescripción a favor del poseedor, pueden y deben ser títulos inmatriculadores. Así lo tiene declarado nuestra Dirección General de los Registros en Resoluciones de 19 de marzo de 1879, 15 de julio de 1891, 31 de octubre de 1896, 26 de mayo de 1902 y 20 de julio y 27 de septiembre de 1922. También advierte la decisiva trascendencia de la posesión en el Nuevo Mundo americano, que carece de Edad Antigua y Media y sólo conoce la Moderna. Tampoco olvida los complicados efectos posesorios, ni la posibilidad de alegar la ocupación como título. Reitero que a mi juicio es un estudio concienzudo y completo de las diversas facetas de esta clase de titulación, con muy acertadas consideraciones.

La anotación preventiva, en sus diversos tipos o clases, es tra-

tado magistralmente y contiene en una nota copiosa bibliografía. La eventualidad del asiento o del derecho, el carácter de garantía real provisional, las posibilidades, positivas y negativas, de legitimación, la manera de funcionar las presunciones hipotecarias en cuanto al asiento preventivo, etc., son mencionadas y aquilatadas.

La cancelación es objeto de muy atinadas observaciones en cuanto a sus problemas conceptuales, de fondo y de forma. El supuesto que ha originado el artículo 210 del Reglamento hipotecario español, en sus últimos párrafos, (aunque este artículo puede ser aplicable a distintas situaciones jurídicas), le estudia muy detenidamente el doctor Aguirre. Se trata de la anotación de embargo vigente, aun después de enajenada judicialmente la finca, cancelada la hipoteca que la motivó y reintegrado el acreedor del importe del crédito. Esa anotación estaba muerta y sin embargo, sin resolución judicial no se podía cancelar, lo cual era absurdo. La conclusión del autor, coincide con la doctrina del mencionado artículo 210, y como notamos la falta de la cita de este artículo, circunstancia extraña en quien tan meticulosamente cita nuestra legislación, le brindamos este nuevo argumento en apoyo de la tesis que mantiene.

No debemos silenciar tampoco la acertada distinción entre las inscripciones de transferencia y las cancelaciones propiamente dichas. La conclusión de que, diga lo que diga la Ley hipotecaria, ambos asientos no son equivalentes, es exactísima. Anulada una cancelación, en sentido estricto, puede revivir el asiento cancelado; pero anulada una inscripción de transferencia, sería muy aventurado afirmar que revive el anterior asiento. Hay veces que sí y veces que no. La cuestión es digna de ser meditada y que yo sepa, hasta ahora no se ha realizado un estudio completo en esta materia tan delicada. Completely conformed, también con que la conversión no cancela, sino que ratifica y enlaza la anotación con el asiento de conversión.

Vemos, pues, que la obra tiene un gran interés para Cuba y para España, por la similitud de la doctrina y de la legislación. Su autor puede estar satisfecho de la efectividad del servicio que presta a la cultura hipotecaria y nosotros, con el afecto de hermanos, así lo reconocemos públicamente.

PEDRO CABELLO
Registrador de la Propiedad.