

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Marzo 1951

Núm. 274

El pacto de opción y el derecho que origina (*)

ESPECIES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE OPCIÓN Y FIGURAS A
QUE DA LUGAR.—DIFERENCIAS CON INSTITUCIONES AFINES

Aplicación general del pacto de opción: Adjecciones más frecuentes.—Lo indicado hasta aquí se refiere, de una manera generalísima, a la cláusula de opción pura, persiguiendo la idea de dar de ésta un concepto preciso y dotarle de una consistencia suficiente, en su aspecto universal, para que nos sea más fácilmente comprensible cada una de las aplicaciones prácticas de la misma. Es decir, de cada una de las especies bajo las que se encuentra revestida en la corriente del tráfico jurídico.

¿Cuáles son estas especies? La opción es teóricamente aplicable a un sinnúmero de contratos, aunque por la finalidad práctica que persigue, de dar tiempo y ocasión para una decisión trascendental, afecta de una manera lógicamente primordial a relaciones jurídicas de alta trascendencia, a actividades del hombre —sujeto de derechos—, de la que se deriven consecuencias patrimoniales importantes. Entré estas actividades del hombre, o si se quiere, situaciones del hombre ante las cosas, las más fundamentales son la pro-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

piedad y el uso de las mismas; y ante la conducta de sus semejantes, la situación más trascendental es el provecho extraído del trabajo de los demás. Pues bien; ante estas situaciones, de enorme relevancia para el Derecho, la cláusula de opción se califica, ante la propiedad, sobre su más clásico negocio de transmisión: la compraventa, ante el uso, sobre el más moderno y perfecto medio de transmisión del mismo: el contrato de arrendamiento, no siendo extraño que aparezca esta cláusula muchas veces sobre una combinación de ambos contratos en forma de lo que pueda llamarse opción arrendaticia de compra; y ante la actividad de una parte, de la que ha de derivar alguna consecuencia patrimonial para la otra, se califica finalmente la opción llamada mediatoria.

Todo ello sin perjuicio de que pueda, teóricamente, constituirse una opción sobre una enfiteusis, servidumbre voluntaria, usufructo convencional, uso, censo o cualquier otro derecho real o de vocación real que el opcionario pueda desear sobre la cosa; como asimismo es factible que se constituya —en pura teoría— sobre un contrato laboral o de arrendamiento de servicios.

Pero de todos modos, el examen de los efectos y consecuencias de la cláusula de opción debe hacerse únicamente sobre las figuras en que efectivamente se concreta en la vida jurídica práctica, y aun dentro de éstas, con preferencia respecto de aquellas formas en que es más corriente su aplicación. Después de ello nos sería fácil imaginar la construcción de las restantes hipotéticas figuras, sin más que aplicar los principios generales observados en las realmente existentes, que siempre son resultado de una combinación de las exigencias de la naturaleza de cada contrato principal con las de la finalidad de la opción puramente considerada.

Opción de compra: Concepto.—Veamos, en primer lugar, siguiendo el criterio apuntado, la figura de la opción de compra. Este es el caso más frecuente de opción y al cual hemos de referirnos principalmente como modelo. Su verdadera expresión es la de «compraventa con pacto de opción». Compraventa en la cual se ha pactado una opción a favor del que pretende comprar la cosa objeto del negocio. ¿Qué efectos produce, qué alteración ocasiona el pacto de opción adjunto a una compraventa? (27). RÓCA SASTRE; contradi-

(27) R. RÓCA SASTRE: Ob. cit., pág. 351.

ciendo su propia e inútil distinción entre opción en precontrato y en contrato de compraventa, dice que incluso en el contrato (definitivo) de compraventa se halla suspendida por la cláusula «su perfección inmediata» (28). ¿Qué quiere decir este sugestivo término de «perfección inmediata»? Perfección mediata... e inmediata... Sencillamente, que aunque el contrato es perfecto, en cuanto *actio originis de obligaciones*, no lo es como *conjunto de obligaciones*. El contrato perfecto, sólo mediatamente, es aquel capaz de hacer nacer obligaciones, porque (art. 1.254 del C. c.) existe desde que se dió el consentimiento en la obligación («desde que consienten en obligarse»; no «desde que se obligan»), pero que por otra causa fundada igualmente en la soberanía de la voluntad, y por tanto en su mismo valor, no las ha hecho nacer todavía. Y es porque puede concertarse un efecto —éste firme— que retrase el nacimiento de la obligación viva; es decir, exigible, como es la opción, por ejemplo. Del mismo modo que los derechos no nacen hasta el consentimiento de la condición suspensiva —sólo son expectativas de derechos—, tampoco las obligaciones —reverso de la moneda— nacen, en los contratos sólo mediatamente perfectos, hasta que desaparece la causa que lo impide. No en otro sentido debe ser entendida esta expresión de la «perfección inmediata». En otras palabras, el pacto de opción altera un efecto que sería normal de la compraventa simple: la efectividad inmediata de su contenido, motivando con su adición el que ese contenido se haga eventual en su efectividad, defendiendo ésta de que una parte —el oponente del pacto— la quiera o no la quiera, y limitando, dentro de un plazo dado, la posibilidad de exteriorizar dicha voluntad en caso afirmativo.

Sea como sea, precisa dejar de una vez y para siempre fijado un concepto de la opción de compra, que es aquella cláusula por la que una parte —concedente— otorga a la otra —opcionario— el poder o facultad preferente de decidirse —opción—, dentro del término concertado, y con remuneración o sin ella, por comprar o no un bien, generalmente inmueble de aquél, por un precio más o menos exactamente determinado.

(28) R. ROCA SASTRE. Ob. cit., pág. 352. Esta visión concretamente es acertadísima, y permite establecer un doble punto de vista para el momento de perfección de los contratos, según se considere a éstos, con una fuente de relaciones jurídicas o como la relación jurídica misma una vez constituida.

«Poder o facultad preferente», porque ya se vió, al hablar de los caracteres el sentido propio de la exclusividad; de decidirse entre comprar o no un bien, generalmente inmueble (porque no es requisito esencial ni natural el que lo sea), propiedad de aquél; con remuneración o sin ella (ya que puede ser onerosa o gratuita), por un precio más o menos exactamente determinado (pero determinado, por supuesto, aunque se deje un margen de oscilación como previsión ante el período de tiempo intermedio que supone el plazo) y dentro del término concertado. Creemos que la definición propuesta puede dar una idea clara del negocio de compraventa con cláusula de opción, comprensiva de todos sus efectos particulares.

Diferencias con figuras afines. Distinción con la promesa de venta.—Un extenso sector de la doctrina francesa, entre la que se encuentran PLANIOL Y RIPERT (28 bis), NIGON (29), LECOMTE (30), identifica la opción con la promesa de compraventa (a diferencia de la promesa bilateral o sinalagmática) de tipo unilateral, siendo GAYOSO (31) y MANRESA (32), representantes en la doctrina española, de la misma tendencia. No parece extraño a esta construcción —señala ROCA SASTRE— el mismo art. 1.451 del C. c., cuando en su párrafo primero, aunque no en el segundo, no habla de «promesa de compra y venta», sino de promesa «de vender o comprar» (33); pero la sentencia de 23-III-45 asigna siempre a la promesa carácter bilateral.

En cambio, otra dirección se resiste a identificar la promesa unilateral con la opción, de manera que se excluye la opción de la figura del precontrato (EHRENZWEIG) (34), o se rechaza la idea de que la promesa unilateral de venta pueda considerarse como precontrato (PETERMANN), fundándose en que en la opción, a diferencia del *pactum de contrahendo*, no surge una obligación de cooperar

(28 bis) PLANIOL Y RIPERT: «Tratado de Derecho civil francés». X, página 187.

(29) NIGON: «Les options en matière immobilière».—París, 1931, página 62.

(30) A. LECOMTE: «De la nature juridique des ventes à option». En *Revue Trimestrielle de Droit civil*. 1931, pág. 552 y ss. o en separata del mismo trabajo. París, 1931, pág. 6.

(31) GAYOSO: Ob. cit. pág. 194 a 197.

(32) MANRESA: «Código civil». Tomo X, pág. 66.

(33) ROCA SASTRE: Ob. cit. pág. 353.

(34) En España, según vimos. ALGUER (vid. infra, pág. 11).

personalmente en la concesión del contrato definitivo (DEGENKOLB).

El error de la doctrina que identifica opción y promesa de venta, es un error de concepto. Sigamos las palabras de uno de sus representantes, NIGON, por ejemplo (35), cuando dice: «La opción es una promesa unilateral de venta: un contrato sinalagmático imperfecto, que crea una obligación a cargo del promitente, en provecho del promisario, que no está vinculado por esta promesa, a la cual no ha dado más que una adhesión en principio». ROCA SASTRE basa, por ejemplo, la distinción entre la promesa de venta y la opción en que el oponentario no tiene obligación de contratar, mientras en la promesa siempre (para que pueda hablarse técnicamente de promesa, y aunque este autor concretamente la configure como un precontrato); ambas partes tienen obligación de cooperar —recuérdese la teoría de la cooperación—, y porque en la opción de compra hay un contrato completo, en el que sólo se suspende su perfección inmediata; es decir, su efectividad, haciéndola depender de la voluntaria y libre decisión del oponentario (36).

El problema de la distinción entre la promesa de venta y la opción de compra, ha sido últimamente objeto de la atención de nuestro T. S., cuya jurisprudencia tiende a separar netamente estas figuras (37).

Nosotros estimamos que, efectivamente, hay base para esta dis-

(35) NIGON: Ob. cit., pág. 62.

(36) En este punto de la diferencia con la promesa de venta no puede menos de recordarse la distinción que enseñaba el antiguo catedrático de la Facultad de Valencia (q. e. p. d.), señor SALOM ANTEQUERA; que decía que en la opción no había una promesa de venta, sino una renuncia de vender a otro. (SALOM ANTEQUERA): «Apuntes de Derecho civil tomados por sus alumnos. Obligaciones y Contratos». Lección 40.)

(37) La sentencia de 23-III-1945, eruditamente comentada por BONET (en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 509), y que ha servido de base a otras posteriores, basa la citada distinción en el carácter bilateral (sinalagmático) de la promesa de venta y el unilateral (generalmente, y siempre en lo que toca a la relación fundamental) de la opción. La sentencia de 10-VII-46 dice que «es indudable la diferencia que separa el contrato de opción de la bilateral y recíproca promesa de venta, pues mientras que ésta las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar, o sea, a prestar su ulterior consentimiento, en el de opción, el promitente ha ofrecido la venta, que, al ser aceptada por el oponentario al ejercitar la opción, queda la venta perfeccionada». La sentencia de 18-I-47 afirma que «la diversa naturaleza del contrato de promesa de venta y del de opción aparece claramente definida en la sentencia de esta Sala de 23-III-45, en la que se determina que «la bilateralidad constituye su característica común (la de las promesas bilaterales de venta) y puede por ello conducir a la resolución por incumplimiento de las obligaciones re-

tinción. Examinando el párrafo primero del discutido art. 1.451, veremos que dice que «la promesa de vender o comprar... dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato».

Si dijera «promesa de vender Y comprar», en vez de «vender O comprar», estaría claro que se trataba de la promesa recíproca (promesa y repromesa).

Pero es que aun aludiendo a la promesa de vender (simplemente aceptada), separadamente de la promesa de comprar (simplemente aceptada también), da derecho a «los contratantes» para reclamar *recíprocamente*, y en cada caso por separado, por supuesto (es decir, en la promesa sólo de comprar o sólo de vender aceptada), como la redacción del artículo da a entender con toda claridad, el cumplimiento del contrato. Luego si las partes de cada caso tienen derecho a reclamar recíprocamente, es porque en uno y otro *ambas partes* tienen obligaciones reclamables por la otra. No vemos, pues, lugar a hablar de «promesas unilaterales de venta»; siempre habrá una bilateralidad, aunque se de la diferencia de matiz de que en la promesa propiamente recíproca (promesa y repromesa) las obligaciones de ambas partes son del mismo género —la compraventa ya está perfeccionada, y sólo aplazados sus efectos por voluntad común—, y consisten en no incumplir el acuerdo, mientras que en la simplemente aceptada las obligaciones no son del mismo género, pues mientras la de la parte prominente son equivalentes a las que pudiera producir su declaración en el contrato definitivo de compraventa, las del promisorio se concreta en el deber de —puesto que la otra parte confía en su seriedad— llevar adelante el negocio en forma definitiva y que produzca todos sus efectos.

En cambio, el opcionario no se ve nunca constreñido por óbli-

cíprocas, al paso que la opción, rectamente entendida, aparte de su carácter consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorgue, sometiendo a aquélla al régimen específico del art. 1.451 del Código civil, y la opción a las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos, dependiendo la perfección del contrato de opción de compra por modo exclusivo de la aceptación del optante, que, «realizada como fué, dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después, pero no precisamente en el plazo establecido, que atañe sólo a la necesidad de formalizar la aceptación del transcurso».

gación alguna. La única bilateralidad posible en la opción se refiere a su posible carácter íntimo de onerosidad, que ningún efecto externo puede producir. Y el concedente sólo tiene una obligación de mantener su oferta durante el plazo, vinculado por la aceptación del optionario, que sólo después, cuando éste opte diciendo: «sí, te compro», se transformará —simultáneamente al nacimiento de una obligación del mismo género por la otra parte— en una obligación propia de compraventa perfeccionada.

La distinción, pues, entre opción de compra y promesa de venta, se reduce a esto: la opción de compra es un negocio unilateral; la promesa de venta es siempre bilateral, aunque las obligaciones de las partes sean o no homogéneamente recíprocas; promesas de venta unilaterales, en rigor de concepto, no existen.

Diferencias con el tanteo.—También hay que señalar las diferencias con el tanteo convencional, del que no distinguen la opción de compra algunos autores, como GIMÉNEZ ARNAU (38). El tanteo es un derecho de contenido positivo, y el no ejercitarlo más que realización de un derecho de contenido negativo es una actitud de renuncia tácita de aquél. Mientras en la opción el titular está solo; es exclusivo; puede, en todo momento, hacer o no hacer, sin que necesariamente haya, en este último caso, de tener una consecuencia inmediata ulterior a su actitud negativa contraria a sus intereses respecto al objeto querido; en el tanteo, en cambio, el titular está coaccionado por la existencia de otro sujeto, cuya conducta, con respecto al objeto, será inmediatamente posterior a la suya propia; si compra, su acto tendrá por inmediata consecuencia la consumación del derecho de tanteo y la perfección de un nuevo contrato de compraventa; si no compra, lo hará el otro sujeto pospuesto en la relación, por virtud de la preferencia del titular del tanteo; pero que ahora pasa a primer plano y se convierte en titular por la renuncia del anterior (39).

Consecuencia de ésta son estas dos diferencias: en el tanteo,

(38) GIMÉNEZ ARNAU: «Tratado de Derecho hipotecario». I, pág. 108.

(39) Es decir, que en el tanteo, la conducta negativa no tiene una proyección en el tiempo porque por el transcurso del plazo sin ejercicio del derecho queda automáticamente subrogado en la titularidad del comprador al primitivo, que fué relegado en atención a la preferencia del tanteo. En la opción no ocurre así, porque no hay, por esencia, otro sujeto postergado temporalmente en la relación: optante y optario contratan por

el plazo es brevísimo, porque apremia dejar clara y estable la relación iniciada con un tercero. El plazo de ejercicio de la opción, no existiendo este factor, puede ser tan largo como lo permitan exigencias de otra muy diversa índole. Y, además, y por último, el precio depende, en el tanteo, de lo que esté dispuesto a pagar un tercero (tanteo, por el mismo tanto), y en la opción sólo del convenio directo de las partes.

Elementos de la opción de compra.—Son una aplicación de la regla general sentada al hablar de los elementos de la cláusula de opción en general, donde ya se dijo que se aplicarían, para las cuestiones de capacidad, elementos reales y formales las reglas del contrato principal en que viniera inclusa.

Personales.—Con relación a los elementos personales, son, de una parte, el concedente dueño de la cosa y todos los sucesivos adquirentes de la misma (cuando la opción tenga carácter real) durante el plazo de duración de la opción, en quienes va recayendo la condición de opcionistas, y de otras, el opcionario, titular de la concesión, o terceros adquirentes del derecho, que es perfectamente transmisible. Se exige, en el concedente, la capacidad de disponer. Cuando se configura como derecho obligacional, la capacidad será la misma, y los elementos personales se reducirán al concedente (que se priva entonces de su libertad de vender a otro) y al opcionario titular de la exclusividad, que puede transmitir, sin embargo, a un tercero.

Reales.—Elementos reales son: el plazo, que sigue las reglas del plazo de la opción en general; la remuneración, si existe, y los elementos reales de la compraventa concertada bajo dicha cláusula; es decir, la cosa y el precio, con las exigencias clásicas de

cierto tiempo una situación en la que éste podrá estudiar las ventajas e inconvenientes de la compra y ejercitará su derecho diciendo que sí o diciendo que no, y quedando en este último caso el objeto en la situación primitiva, sin que se produzca otra consecuencia inmediata de esta conducta. En una palabra, para que el titular del tanteo llegue al tiempo de ejercitar su derecho será preciso que un tercero intente establecer con el propietario de la cosa una relación de compra (que es a lo que se refiere su derecho, otorgándole a este efecto una preeminencia), y entonces sacará a relucir, si le interesa, su preferencia, renunciando expresa o tácitamente si no. En cambio, en la opción, y para que el opcionario ejercite su derecho, no es preciso esperar a que nadie intente adelantársele. Su carácter de preferencia o de exclusividad sólo es una garantía pues sus efectos los produce como relación establecida con independencia.

estos elementos reales. Para el requisito del precio, parece la opinión más aceptable la de NIGON (40), que teniendo en cuenta, de un lado, la realización problemática del contrato, o por lo menos, que ésta sea más o menos lejana, aunque las partes no hayan hecho una determinación precisa del precio, y siempre que el contrato reúna todos los elementos indispensables para la fijación de su montante o importe, la convención será válida.

Formales.—Pero es en el punto de los elementos formales donde la opción, que ha sido una figura llegada al campo de las construcciones teóricas a través de la práctica, presenta en estas manifestaciones materiales algunos aspectos sumamente interesantes.

Principalmente es digna de atención una fórmula, que aparece en documentos procedentes de distintas Notarías (41), y que por lo tanto no pueden ser producto del criterio personal de un Notario, sino de una costumbre práctica establecida, que hace referencia a la «entrega del precio de la venta... en el momento del otorgamiento»; es decir, parece establecer un cierto requisito formal en un contrato con el de compraventa, puramente consensual entre nosotros. ¿Qué significado tiene este desdoblamiento y esta particular exigencia de forma con respecto a la perfección del contrato y a la transmisión de la propiedad; es decir, a su efectividad? Ya no nos referimos a aquella distinción entre la perfección mediata e inmediata del contrato principal —en este caso la compraventa— afecto de una cláusula de opción. Es que, dentro de los mismos requisitos fundamentales de perfección de un contrato eminentemente consensual como es la compraventa, el consentimiento precisamente aparece fraccionado en dos momentos, y acompañado, en el segundo de ellos, con la entrega del precio, de un requisito formal como es el otorgamiento de escritura. ¿Es que la compraventa con cláusula de opción se convierte en un contrato formal? ¿Qué significado puede tener esta exigencia práctica? Este es, precisamente, el sentido que queremos desentrañar.

(40) E. NIGON: «Les options en matière immobilière» (ya citada), página 103.

(41) Esta fórmula tuve ocasión de comprobar se hallaba inserta en dos distintos documentos (una escritura de opción de compra simple y otra de arrendamiento con opción de compra) procedentes de dos distintas Notarías de Valencia (capital), así como en otra escritura de opción de compra (simple) de una Notaría de Barcelona (capital).

NÚÑEZ LAGOS (42), analizando el art. 1.279 del C. c., observa que, tal como está redactado, se consagra plenamente la validez de todo acuerdo consensual anterior al otorgamiento de la escritura pública, y en tal supuesto, conocidas las consecuencias del incumplimiento de dicho primer acuerdo y la posición jurídica vinculante de las partes antes del otorgamiento, queda por preguntarse qué valor tienen los pactos primigenios y qué valor tiene la escritura pública una vez otorgada ésta. Entre esos pactos primigenios cita NÚÑEZ LAGOS la opción, cuyo desdoblamiento de momentos (tal como es de práctica notarial indicar desde un inicio) puede entenderse sobre alguna de las teorías que NÚÑEZ LAGOS examina a lo largo de su trabajo: teoría de los contratos reproductivos o de la *renovatio contractus* (DEGENKOLB); de las dos formas distintas de un mismo acto (CARNELUTTI), y singularmente sobre la del «contrato de fijación jurídica» de SIEGEL, aplicable al momento en que el optionario se ratifica en su decisión de adquirir (43),

Modalidades de la opción de compra: arrendamiento con opción de compra.—Finalmente hay otra modalidad de la opción de compra, que aun refiriéndose directamente a ésta, va además injertada en un contrato de arrendamiento, formando un contrato mixto, como califica el T. S. en sentencia de 27 de febrero de 1950. Esta es la forma más frecuente de la opción en la práctica (44).

LECOMTE (45) distingue ligeras diferencias de naturaleza dentro de los elementos de la opción, según vaya o no unida a un contrato de arrendamiento, que resume así: Aparte de que el plazo de la opción adjunta a un arrendamiento es, de ordinario, más largo, es de notar que en la opción no arrendaticia la remuneración, si existe, es (y así parece considerarlo algún Tribunal francés; v. gr., *arrêt de la Cour de Caen*, de cinco de abril de 1916), como

(42) NÚÑEZ LAGOS: «Valor jurídico del documento notarial». En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, págs. 393 y ss.

(43) I. GONZÁLEZ PALOMINO, en una Conferencia aún inédita, pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia el 5 de junio de 1950, ataca la adaptación a nuestro Derecho de estas figuras de la doctrina alemana, estimando que su misión puede ser llenada sin salir de nuestro Código civil, a base del concepto de la confesión extrajudicial.

(44) De ella se ocupa la segunda parte del art. 14, R. H.: «En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.»

(45) LECOMTE: Ob. cit., págs. 10 y 11.

una simple suma que el promitente conserva si la opción no se consuma y que se imputa sobre el precio de venta en caso contrario; mientras que en la opción arrendaticia la remuneración tiene el carácter de suplemento sobre el alquiler.

NIGON considera admisible que las partes acuerden hacer indivisibles el contrato principal y la cláusula de opción (46); no constituyendo así ésta más que una simple modalidad del arrendamiento, debe seguir la suerte de éste y ser prorrogada si el contrato es prorrogado, y anulada si es anulado. Ya se verá, sin embargo, la necesidad de una limitación legal desde un principio en la cuestión de la prorrogabilidad. Una limitación tan grave del dominio no puede ser indefinida, y así lo entiende nuestro vigente Reglamento Hipotecario (art. 14) cuando señala, en este caso, un plazo para la opción igual al de duración del contrato de arrendamiento, y entendiéndose terminada con las prórrogas legales o convencionales del mismo.

DAUTRICHE (47) cree, en cambio, que la prórroga voluntaria del contrato no entraña la de la opción, porque opción y arrendamiento, dice, son dos negocios de fines distintos. Por nuestra parte, creemos que esta es una cuestión que debiera quedar acordada desde un principio entre las partes, que en este punto sabrían ya a qué atenerse, sin más limitación que la que las leyes pusieran para el plazo de duración de la opción. La dificultad existe cuando la prórroga es legal; es el caso frecuente de las moratorias de guerra, que LALOU, contrariamente a la posición de la jurisprudencia francesa, entiende deben ampliarse a las opciones concertadas en este modo.

Algunos autores señalan analogías profundas entre esta modalidad de la opción y otros contratos, como la enfiteusis (48) y las locaciones-ventas.

Realmente, esta modalidad de la opción presenta analogías bastante acusadas con las llamadas locaciones-venta, analogías que con-

(46) E. NIGON: Ob. cit., pág. 99.

(47) DAUTRICHE: «Les options et les promesses de vente», pág. 62.

(48) *Diferencias con la enfiteusis*.—MUCIUS SCAEVOLA considera la enfiteusis como una modalidad del contrato arrendaticio con un pacto de opción de compra. En tal sentido pudiera pensarse en una identidad o al menos en una profundísima analogía entre el concepto que este autor da del contrato de enfiteusis con la figura que estamos analizando. Pero, pese a la impresión que en tal sentido causa la definición de MUCIUS SCAEVOLA

creta DAUTRICHE en estos dos puntos comunes: que son dos contratos sucesivos, en los que es posible distinguir la fase de la conclusión y la de la realización; y que ambos abocan a una transmisión de propiedad (49). Pero el mismo autor los diferencia: a), en que la locación-venta es un contrato sinalagmático, mientras la opción es sinalagmático imperfecto (unilateral, decimos nosotros), y b), en que en la locación-venta el precio de las cosas se paga fraccionado en períodos, mientras en la opción se hace de una sola vez, el concertarse definitivamente la venta.

Otras aplicaciones de la cláusula de opción.—Puede el pacto de opción aplicarse a otra clase de contratos, y, aun dentro de ellos, adoptar diversas variantes. Según sea el contrato a que tienda la cláusula de opción, las singularidades de aquél? —dice ROCA SASTRE— repercutirán en ésta, pudiendo dar lugar a otras tantas variantes de la misma.

La opción de arriendo.—De todas ellas, la más corriente es la opción de arriendo (que no hay que confundir con la opción arrendaticia, de la que ya hicimos un estudio anteriormente), y que consiste en la facultad exclusiva, durante un plazo determinado y por un canon cierto, de tomar en arrendamiento un inmueble propiedad del concedente. Es frecuentemente —casi podríamos decir exclusivamente— constituida esta especie, en la práctica, en forma de reserva; por ejemplo, una persona que vende por necesidad un piso, pero que queriendo asegurar su vivienda y no sabiendo aún con qué medios contará para sostenerla, se reserva, durante un cierto tiempo, la facultad exclusiva de tomarlo en arrendamiento.

Ello no quiere decir que el nuevo propietario no pueda alquilarlo a otro; pues dando a esta opción efectos de derecho real las

(Código civil, XXIV 2.ª, pág. 257), podemos señalar sin dificultad las siguientes claras diferencias: a) En el contrato de arrendamiento con cláusula de opción de compra, el plazo ha de ser determinado, y tiene, como se ha visto, una limitación legal (art. 14 R. H.). En el contrato de enfiteusis, siendo ésta como es de duración indefinida, con todos sus caracteres y derechos, el derecho del enfiteuta de adquirir la finca cuando lo desee, redimiendo el censo, es de duración indefinida, como el contrato mismo; y b) En el arrendamiento con cláusula de opción de compra, el beneficiario posee a título de arrendatario, sin otros derechos sobre la cosa que los que tal condición le otorguen (a lo más, la facultad de subarrendar), mientras que el enfiteuta posee ya a título de propietario; puede vender, hipotecar, etc., la finca, desde luego.

(49) DAUTRICHE: Ob. cit., págs. 45 y 46.

partes, el inquilino, dentro del plazo de la opción, estará expuesto a que el opcionario le prive de su derecho y ocupe la vivienda como arrendatario. De concedérsele sólo efectos personales, la preferencia sería sólo ejercitable hasta el momento en que un tercero se dispusiese a ocupar la vivienda en condiciones que no convinieran al opcionario, y entonces el derecho se resolvería en una indemnización, siguiendo la regla general. Todo esto, además, teóricamente, pues el carácter preceptivo de la vigente legislación de Arrendamientos urbanos es de interpretación restrictiva en cuanto a las causas del desahucio.

El pacto de opción y otros contratos.—Lo mismo podemos decir de las demás opciones de derechos, aunque en general todas estas formas son excepcionales en la práctica y de importancia mucho menor que la opción de compra, consiguientemente al que vamos a referirnos, siempre como módulo, cuando en lo sucesivo se hable de opción. Pues los principios de la opción de compra —repetimos por última vez— son aplicables a todas las demás formas de opción directa. Y decimos de la opción «directa», porque ya es hora de hacer una distinción fundamental entre las formas de opción directa, en las que quien recibe la opción, como dice OSSORIO Y GALLARDO (50), se reserva la facultad de deliberar y se decide por la efectividad de un contrato, cuyo objeto es querido por él y para él, y opción mediadora, en la que quien recibe la opción es un intermediario, que busca el privilegio para procurar el objeto del contrato a un tercero. Puede, pues, variar la posición de este contratante. La del otro es invariable, en sus obligaciones de abstención.

Pues bien: de aquí en adelante, mientras se hable simplemente de «derecho de opción», nos referimos al de la opción directa, en torno al cual gira la más importante polémica, de la que se ocupa el capítulo siguiente de este trabajo. Después del examen de la opción directa, haremos un breve estudio de la opción mediadora, menos importante, y que presenta menor número de problemas.

(50) A. OSSORIO: Ob. cit., pág. 23.

II

EL DERECHO QUE ORIGINA

Pacto de opción y derecho de opción.—Pero ahora, y respecto a la opción, se nos presenta un problema clave, al que ya se aludió someramente al hablar de los caracteres de la cláusula de opción (51). Así que vamos a ver: los derechos a que da lugar el concierto de la cláusula opcional, ¿qué naturaleza tienen? ¿Son derechos reales o derechos de obligación? ¿Puede admitirse la figura de los derechos personales de vocación real? La trascendencia de tal cuestión es enorme si se tiene en cuenta que con ella cambia por completo la posición de una de las partes: del concedente. Asignándole efectos puramente personales, el requisito de la exclusividad ha de reforzarse: la obligación del concedente ha de concretarse en no poder hacer titular de la cosa o derecho objeto mediante la opción a un tercero, transmitiendo dicho bien o derecho. Estaríamos (para la opción de compra) de lleno en la citada expresión del Sr. SALOM: «Es una prohibición de vender a otro». Pero si reconocemos que puede tener efectos reales el requisito de la exclusividad ya está de más: el derecho del oponentario subsistirá *erga omnes* y el concedente transmitirá con su bien o derecho su condición de parte oponentista.

Es la opinión más aceptable la de que el derecho de opción pueda tener carácter real o personal, según se haya constituido de uno u otro modo; es decir, tal como quiera configurarlo (no en teoría, sino en cuanto a sus efectos), la soberana voluntad de las partes (52). Pero esta es la conclusión a que se llegará después de una revista crí-

(51) Ya antes, al exponer nuestra sistemática, decíamos que el punto clave de nuestra construcción era la cuestión de la naturaleza jurídica: 1.º De la opción como acto originario de derechos (a lo que dedicamos la primera parte de este trabajo); 2.º De la opción como derecho, o sea de la naturaleza jurídica del derecho de opción; relación nacida del pacto del mismo nombre y de la que vamos a ocuparnos ahora por constituir la base del estudio de la relación misma subjetiva y objetivamente considerada.

(52) ROCA SASTRE (Ob. cit., pág. 350), dice que en un caso, el pacto de opción tendrá el carácter de negocio dispositivo; en otro, de negocio obligacional o contrato.

tica de las posiciones que la doctrina, la ley y la jurisprudencia han mantenido sobre el particular.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE OPCIÓN

Discusión doctrinal.—Sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción, ya se adelantó que se han formulado las más diversas teorías, reducibles principalmente a tres grupos:

- a) Teorías que le atribuyen el simple carácter personal.
- b) Doctrina ecléctica, que a lo más, admite el derecho de opción como uno de los llamados *ius ad rem*: un derecho de vocación real que por su constatación en el Registro adquiere, por lo menos, la eficacia de un verdadero derecho real; y
- c) Doctrina que admite su consideración como un propio derecho real.

Teoría del derecho personal.—a) Representa la primera teoría la doctrina francesa en general, de la que destacamos a COLIN y CAPITANT, que diferencian el derecho de opción (53) y la venta condicional, en que ésta daría nacimiento a un derecho real, aunque condicional, pues para haber condición es preciso que hubiese habido venta, la cual no puede resultar más que de un compromiso sinalagmático, que no se perfecciona hasta el día de la aceptación, de lo cual deducen estos autores: 1.º Que solamente a partir de la aceptación del titular de la opción, único hecho que le confiere un derecho real sobre la cosa, es cuando podría llevarse a cabo la inscripción de la promesa de venta, exigiendo además: 2.º Que para que esta aceptación lleve consigo el perfeccionamiento de la venta, es preciso que el promitente siga siendo dueño de la cosa, ya que de otro modo el oponentario no podrá perseguir la cosa contra terceros adquirentes, y sólo le quedará el derecho a reclamar daños y perjuicios al deudor, en virtud del derecho de crédito que la promesa le había conferido, salvo el caso de que el tercero fuera cómplice

(53) COLIN y H. CAPITANT: «Curso Elemental de Derecho civil», 2.ª edición. Tomo IV. Editorial Reus, 1949. Trad. y notas de DE BUEN; revisado y puesto al día por F. ORTEGA LORCA. Pág. 24 § B, contemplan el supuesto de opción bajo el nombre de «promesa unilateral de venta», diferenciándolo de la venta condicional en las págs. 25 y 26.

del fraude, en que podría el opcionario pedir la nulidad de la venta, por aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*. Por último, como consecuencia de esta concepción, consideran que: 3.º Si el acreedor cede su derecho eventual antes de consumarse la opción, hay una simple cesión de crédito y no una mutación inmobiliaria, susceptible de ser gravada con los derechos fiscales propios de estas operaciones (54).

La deducción de COLIN y CAPITANT, de que solamente a partir de la aceptación del titular de la opción es cuando nace el derecho real sobre la cosa y la posibilidad de la inscripción de la promesa de venta, no es tan lógica como a primera vista parece. En realidad, no está bien analizada la formación del negocio COLIN y CAPITANT no conciben, por lo visto, un derecho autónomo de opción, y sistematizan las etapas de la formación de la venta del modo siguiente: a) Oferta de venta, con los consiguientes efectos personales vinculatorios; b) Un plazo, durante el cual la persona a quien se ha hecho la oferta tiene derecho a estudiar las condiciones, que es a lo que llaman opción; y c) Realización del derecho de aceptar, que automáticamente produce la perfección de la compraventa. Y naturalmente, concebida así, solamente produce efectos la compraventa perfeccionada. Pero nosotros, haciendo un análisis más hondo del segundo de estos momentos, podemos considerar que, a la fuerza vinculante de la oferta, puede seguir una aceptación, y por tanto un consentimiento perfecto, no para ultimar la compraventa, sino para que el titular de la opción, durante un espacio de tiempo determinado y a un precio fijado, pueda manifestar otra aceptación: la de la perfección de la venta. De esta segunda aceptación es de la que COLIN y CAPITANT hacen surgir efectos reales e inscribibles, mientras nosotros consideramos que pueden surgir éstos a partir

(54) Entre los autores españoles sigue esta teoría GAYOSO, que ve sólo en la opción directa una promesa unilateral de venta, arriendo, ingreso en sociedad, etc., pues no hay repromissio, y, criticando a OSSORIO, dice que aunque éste afirma que si hubiera promesa de venta el opcionario estaría obligado a comprar, ello no es cierto, pues la promesa no es de comprar por parte del opcionario, sino de vender por la del concedente, sin que haya habido por aquél repromesa de compra, ya que de otro modo estaríamos en el caso de una promesa recíproca, equivalente a un contrato de compraventa, según el núm. 2.º del art. 1451 del Código civil. La misma opinión sustentan MORFLI y DE BUEN, para quienes la opción no modifica las facultades dominicales y, al no haber tradición, no admiten que haya derecho real ni posibilidad de inscribir, quedando sólo su posible configuración como vínculo o compromiso de índole personal.

de la primera aceptación o consentimiento autónomo a optar, cuyo objeto es perfeccionar el ulterior contrato de compraventa y a este negocio jurídico, con consentimiento, objeto y causa propios; pueden atribuirse, o simples efectos personales de indemnización por incumplimiento; o efectos reales de persecución de la cosa independientes de los que produciría la venta realizada, puesto que esta persecución se haría, no a título de propietario, sino en concepto de titular del derecho real de opción.

Con otros autores, como VALVERDE (55), defiende ALONSO MOYA, en España, el carácter o naturaleza personal del derecho de opción, y cita, en apoyo de su tesis, las teorías, que llama clásica, obligacionista de los derechos reales y teoría de BEKKER (56). Pero en su empeño de conceder excesivo valor a estas teorías, para justificar la configuración exclusivamente personal de la opción, además de caer en la confusión, que advierte RIGAU, de confundir la obligación en sentido técnico con el deber moral universal de respetar la propiedad ajena, se niega a ver, incluso, la posibilidad de considerar que sea la cosa el objeto directo de la relación opcional, lo cual no es sólo lógico, sino natural, por no decir esencial. Alega que no hay en este derecho poder directo sobre la cosa; pero tampoco lo hay en el retracto ni en el tanteo, y sin embargo, son derechos reales e inscribibles.

Teoría del derecho de vocación real.—b) Considera la opción como un derecho personal, al que por la anotación registral se dan efectos reales. Este es el sistema del Código suizo de las Obligaciones (57). Durante el plazo legal, el titular puede exigir, de cualquiera que sea el propietario del inmueble, que le sea transferido

(55) VALVERDE, hablando también de la promesa de venta de minas («Tratado de Derecho civil», pág. 344), cree asimismo que es un contrato de promesa unilateral aceptada que tiene por consiguiente la naturaleza jurídica de un contrato preparatorio, y no se puede confundir con los contratos principales en ningún caso. Más bien que un contrato de contratos y configuración propios —dice— es una variedad del de promesa.

La crítica de este concepto no puede ser demasiado objetiva; simplemente diremos que la visión de VALVERDE es muy limitada, y ya lo expresa el detalle de que dentro de toda su obra no cabe otro lugar para la opción que este rincón de la «promesa de venta... de minas».

(56) ALONSO MOYA: «El contrato de opción como un contrato preparatorio». En *Revista Universidad*, 1936, pág. 96 y ss.

(57) Su artículo 959 establece que los derechos personales, tales como el de tanteo, opción y retracto convencional, y los arrendamientos, pueden ser anotados en el Registro en los casos expresamente previstos en la

éste en las condiciones fijadas, lo cual es una superación del sistema francés. El optionario continúa siendo titular del derecho de comprar el inmueble durante el plazo marcado y por el precio fijado en el contrato constitutivo; y el comprador del inmueble, puesto que está avisado por la voz preventiva de la anotación, ya conocía, al concluir su compra, que estaba expuesto a quedarse sin el inmueble por el precio fijado en el pacto de opción, y se presume que ya habrá adquirido más barato por esta causa, no habiendo, por tanto, fraude ni perjuicio para nadie.

LA RICA opina que nuestro Reglamento Hipotecario se ha inspirado, hasta cierto punto, en este criterio ecléctico, puesto que el artículo 14 no define, ni pretende definir, cuál sea la naturaleza del derecho de opción, que podrá en lo sucesivo constituirse como simplemente personal, o en virtud de pacto expreso, como similar a un derecho real inscribible, oponible a terceros, siempre que se cumplan los requisitos de fijación de precio y determinación del plazo de ejercicio. El legislador (que en opinión de ROGÚN es quien determina la naturaleza de los derechos), ha transmitido aquí su facultad calificadora a las propias partes contratantes, que podrán configurar la opción como real o como personal, adquiriendo aquel carácter cuando estipulen su inscripción. De aquí deduce LA RICA que esta inscripción es netamente constitutiva, y que sin ella la opción no podrá tener otro juego que el de las meras obligaciones personales. Sin embargo, estimamos equivocada esta apreciación, y creemos que la inscripción será sólo constitutiva de efectos reales frente a terceros adquirentes inscritos protegidos por la fe pública registral, no en cuanto a las partes ni frente a terceros no protegidos por este principio, pues la efectividad de los derechos reales es extrarregistral en nuestro sistema hipotecario.

Observa atinadamente SALDAÑA, además, que el sistema suizo de anotación tiene en España el grave inconveniente de que en nuestro Derecho impera, a este respecto, el principio del *numerus clausus*. El artículo 42 de la Ley Hipotecaria, después de enumerar

Ley, convirtiéndose así en oponibles a todo derecho posteriormente adquirido sobre el inmueble. Y el artículo 693, que «cuando un derecho de opción o un derecho de retracto convencional ha sido anotado en el Registro inmobiliario subsiste por el tiempo dejado en la anotación, contra todo propietario del inmueble. Los derechos de opción y de retracto, convencional cesan, en todo caso, diez años después de la anotación».

nueve casos de anotación, con ninguno de los cuales tiene analogía la opción, concluye que «podrá también pedir anotación preventiva: 10.º ...el que en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en esta o en otra Ley». Y ni en ésta ni en ninguna se autoriza al titular de la opción a pedir anotación de su derecho.

Pero es que además, y en términos más generales, es inaceptable que la naturaleza jurídica de un derecho quede al arbitrio de que las partes quieran o no inscribirlo (otra cosa sería admitir que las partes *az initio* puedan acordar efectos que fueren a considerarlo como derecho real o personal). La inscripción no tiene, en nuestro Derecho, efectos constitutivos, sino convalidantes, y el derecho de opción configurado como real ya lo es independientemente de la inscripción.

Teoría del derecho real.—c) Puede decirse que la posición que defiende la construcción real de la opción es una doctrina especialmente española, que la considera como un «derecho real de adquisición preferente» (siguiendo la clasificación de GIERKE), de la familia del tanteo y retracto convencional.

Respecto de este último, el artículo 1.510 del Código civil desvanece afirmativamente toda duda sobre su construcción como derecho real *erga omnes*. Del tanteo (que configurado como derecho real tiene, con respecto a la promesa de compra, la misma relación que la opción con respecto a la promesa de venta) y de la opción misma, ya no puede decirse lo mismo, aunque la posibilidad de considerarlos como derechos reales de adquisición preferente se nos aparezca clara. La doctrina, con argumentos de tipo teórico de un lado, y basada en el Derecho positivo y en la jurisprudencia, por otro, se ha esforzado y se esfuerza en conseguir la consagración de este punto de vista.

Primera demostración teórica.—Después de OSSORIO Y GALLARDO, primer escritor en España sobre el derecho de opción, y primero también en admitir y propugnar su construcción real, es SALDAÑA, en un trabajo verdaderamente magnífico de contenido y exposición (58), el que defendió esta orientación, tomando como base

(58) SALDAÑA: La opción y el Registro de la Propiedad. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928.

la finalidad de la institución misma. Citando varios ejemplos de la doctrina extranjera (59), concluye que en todos ellos se observa que el titular de la opción tiene un interés eventual, pero decidido, en llegar a ser propietario del inmueble, que ha de ser base de sus operaciones y negocios. No quiere indemnizaciones en caso de incumplimiento: quiere el inmueble (60).

La solución de considerar la opción como mero derecho personal debe, por ello, descartarse, pues entonces de bien poco podría servir a su titular, que no logra el verdadero fin que se proponía, y, además, incluso embarazaría más al sujeto gravado, que no podría vender el inmueble sin verse expuesto a pagar indemnizaciones, de muy difícil evaluación, que se prestan a sucios negocios (en tal caso el opcionario, tuviera o no verdadero interés por la finca, siempre se apresuraría a decir que sí y a intentar la indemnización), y que podrían resultar desproporcionadas, en uno u otro sentido (61).

JERÓNIMO GONZÁLEZ considera la opción como un negocio de vinculación (en técnica alemana, Bindung), como contrapuesto al concepto de negocio de obligación (Verpflichtung), pues en ella el oferente, por estar ligado, no puede impedir que el contrato surja por la voluntad del aceptante (62).

La orientación realista sigue con RIOS MOSQUERA (63) y MENGUAL, que en un destacado trabajo critica la excesiva unión de los conceptos de derecho real y derecho inscribible, diciendo que la calificación que de ellos dé el Registrador no varía su naturaleza

(59) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 748.

(60) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 746.

(61) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 747: «¿Quién sería capaz de averiguar, v. gr., cuánto deja de ganar un hotelero que no puede ampliar su hotel cuando la marcha próspera del negocio lo exige?»

(62) JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Estudios de Derecho hipotecario y civil». Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1948, tomo III, páginas 221 y 222, sigue en su construcción a ENDEMANN y PLANCK, adoptando la teoría de VON TUHR sobre los negocios de vinculación. J. GONZÁLEZ llega a esta conclusión después de destacar la analogía de facultades entre el promisorio, dentro del plazo de la opción, y el titular del derecho de retracto, lo cual le induce a admitir un derecho de compra común en cierto modo a esta figura, ya que, en la opción con precio cierto, el favorecido actúa como un retrayente y obtiene con el pago del precio, ya la perfección del contrato de compraventa, ya, en algunas legislaciones, la cosa misma. Esta posición se acerca peligrosamente a la del «precontrato», pero en lo que se refiere al derecho del opcionario, supera la tesis obligacionista.

(63) RIOS MOSQUERA: «Derecho Hipotecario», pág. 304.

jurídica. Siguiendo en su exposición la de los caracteres que SÁNCHEZ ROMÁN considera esenciales a todo derecho real, demuestra que todos ellos los reúne la opción, salvo la protección por acciones reales, que más que un carácter es una consecuencia de la catalogación que la ley dé a los derechos, y en los tiempos en que MENGUAL escribe esto, no había base en nuestro Derecho positivo para considerar como real el derecho de opción. El mismo MENGUAL lo destaca así, concluyendo que ello no impide que por sí y en sí tenga la opción esta naturaleza (64).

La inmensa ventaja de la configuración real de la opción la ve ya este autor en que ello despejaría el horizonte del tráfico jurídico, permitiendo un mejor movimiento de la propiedad. Pues, aparte la adquisición de la finca por el mismo opcionario, si se decide a ello, el propietario del inmueble gravado puede, por su parte, y en todo momento, gravarlo o sujetarlo a nueva opción, ya que después de todo la enajenación arrastraría la carga anterior, conjuntamente con el inmueble, o las nuevas opciones se hallarían sujetas al principio *prius in tempore, potior in iure* y al de la prelación de créditos y cargas reales (65).

Poco importa, pues —concluye—, que la Ley no reconozca como real —dice— al poseedor del inmueble o al que sobre el mismo tiene derecho de obtener una o varias utilidades. Tiene la acción para conseguir que se le respete aquel derecho, del mismo modo que el acreedor hipotecario tiene derecho a que se le ampare y se le respete en dicho derecho real; además, hay una cosa específica y determinada, que es otro de los requisitos señalados como esenciales por SÁNCHEZ ROMÁN, para los derechos reales. La opción sobre inmuebles (y hay que pensar que también sobre muebles) puede ser, pues, un derecho real que limite las disponibilidades económicas del propietario del inmueble, que faculte al titular para disfrutar de disponer única y exclusivamente de los efectos jurídicos de la opción y que autorice a dirigir su acción contra todo detentador, sin privar al dueño del inmueble de poderlo enajenar o constituir nuevas opciones, aunque a base de la prelación contractual. Todo es cuestión —concluye— de una declaración legal que podría hacer

(64) MENGUAL: Ob. cit., pág. 189.

(65) MENGUAL: Ob. cit., pág. 193.

el legislador tomando como norma las declaraciones normativas de la hipoteca, el arrendamiento o la prenda.

Admite también la orientación realista otro grupo de autores, como CASTÁN (66), DE CASSO (67) y GIMÉNEZ ARNAU (68), no distinguiendo este último siquiera la opción del tanteo convencional, ya que considera aquélla como un tanteo menos condicionado.

ROCA SASTRE (69) admite también el carácter real de la opción, cuando se constituya así, mediante un negocio de disposición, puesto que supone el establecimiento de un gravamen real, pudiendo también constituirse como derecho personal mediante un negocio obligacional o contrato. La opción —dice—, como el tanteo, es un derecho perfectamente incluíble en la categoría de los llamados derechos reales de adquisición preferente; es decir, los que atribuyen a su titular la facultad de adquirir, en ciertas circunstancias, la propiedad de una cosa o derecho (70) «Si al retracto convencional se le reconoce hoy naturaleza francamente real (art. 1.510 C. c.), no se comprende por qué no ha de suceder lo mismo con el tanteo convencional o con la opción (71), que no son más que simples variantes de derechos reales de adquisición, cuya única diferencia consiste en que el titular del derecho de retracto tiene la facultad de readquirir una cosa que ya fué suya, en tanto que en el tanteo y

(66) CASTÁN: «Derecho civil español, común y foral». 7.^a ed., 1949, tomo II, pág. 35. Siguiendo a ROCA SASTRE y ateniéndose al artículo 14 del nuevo Reglamento y a la moderna jurisprudencia de la D. G., admite la configuración real del derecho de opción y su inscribibilidad. Ya en ediciones anteriores (la sexta, por ejemplo, 1944) de la misma obra, tomo III, págs. 339 y ss., aun reconociendo la inexistencia (por aquel entonces) de base legal para admitir la citada configuración real, la reconocía como más ventajosa y susceptible de una publicidad registral.

(67) I. DE CASSO: «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», pág. 351 y ss. Este autor acepta también el posible carácter real de la opción, si así se la configura, como similar al tanteo convencional.

(68) E. GIMÉNEZ ARNAU: Ob. cit., tomo I, pág. 108.

(69) R. ROCA SASTRE: «Estudios...» (Ob. cit.), pág. 350.

(70) «No existe obstáculo alguno para admitir que pueda considerarse como verdadero derecho real, aceptando o todo posterior adquirente de las fincas a que se refiere, pues un derecho real lo mismo puede limitar con gravámenes de disfrute (usufructo, etc.) las facultades de aprovechamiento de una cosa, como puede condicionar los poderes de disposición del propietario mediante la constitución de derechos reales de realización de valor (hipoteca, etc.), o de derechos reales de adquisición (tanteo, retracto y opción); esto no puede considerarse como una prohibición de disponer impuesta al propietario, sino un condicionamiento de sus facultades dispositivas.»

(71) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario» (Regist.), págs. 554 y 565, tomo II.

la opción se atribuye la facultad de adquirir una cosa prescindiendo de si fué o no en otro tiempo propia del titular del derecho.» En todos estos casos se trata siempre de un derecho de adquirir una cosa, sin que la circunstancia de haber estado o no antes en el dominio de dicho titular pueda alterar la naturaleza sustancial del derecho.

Finalmente, LA RICA, en sus comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, aplaude también la última reforma de éste, permitiendo la configuración real de la opción a la libre voluntad de las partes, por el hecho de consentir en su inscripción. La crítica de este último aspecto, en su concepción, se hizo ya en otro lugar, y lo que interesa aquí es la defensa que el autor hace de esta configuración real. Saliendo al paso de los inconvenientes prácticos de ésta, dice que, en cuanto a la posible desvalorización de la finca objeto de la opción, si es onerosa, podrá compensarse, y en cuanto a que frene las mejoras y estimule el abandono de las fincas (pues al no poderse modificar el precio convenido no le interesaría al propietario realizar obras, transformaciones, edificaciones que aumenten el valor del inmueble), cabe oponer, por un lado, la breve duración que este derecho suele tener, y por otro, que generalmente va unido a contratos de arriendo, en cuyo caso actúa claramente en favor del progreso agrícola, impulsando las mejoras, puesto que el arrendatario con opción inscrita puede realizarlas con toda amplitud y seguridad, en la certidumbre de que han de revertir en su propio beneficio cuando ejercite la opción (72).

Vista la defensa de la configuración real de la opción por la doctrina, seguirá ahora el examen de la demostración de la posibilidad de esta construcción que la misma doctrina hace a base del Derecho positivo y de la jurisprudencia.

Segunda demostración sobre el Derecho positivo y la jurisprudencia.—Lamentaba OSSORIO (73) el abandono en que la legislación y la jurisprudencia habían tenido hasta aquella época la figura jurídica de la opción, para la que no había, como derecho personal, más amparo que el prestado a todas las convenciones lícitas por los artículos 1.254 y 1.255 del Código civil, y como derecho

(72) R. DE LA RICA: Ob. cit., pág. 26.

(73) A. OSSORIO: Ob. cit., págs. 10 a 12.

real, dudosamente, el artículo 8.º, párrafo último del Reglamento para la recaudación del Impuesto de Derechos reales de 20 de abril de 1911. Este decía, textualmente, que «la constitución o la transmisión, a título oneroso, del llamado derecho de opción a la compra o arriendo de minas u otros bienes inmuebles, satisfará el impuesto de las mismas condiciones que la transmisión de dichas clases de bienes sobre la base de la prima convenida a favor del propietario» (74).

El comentario de este artículo, dirigido a probar la naturaleza real del derecho de opción, lo hace SALDAÑA (75) de una forma clara y original, aunque no nos sirva, en realidad, como argumento, pues las calificaciones fiscales, según la jurisprudencia del T. S. (sentencia de 5 de noviembre de 1913), no tienen valor a efectos civiles (76).

También CAMPUZANO (77) admite la construcción real de la opción, sobre la base del artículo 14 del Reglamento Hipotecario de 1915, y ALONSO MOYA, que la negaba en Derecho positivo español por entonces, la admitía según el sentido en que venía redactado el Código de las Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado español en Marruecos (78). Esta es la doctrina ante-

(74) Criticaba OSSORIO (ob. cit., págs. 99 a la 102), la deficiente redacción de este precepto al decir «de minas u otros bienes inmuebles», en la cual sobra, en pura técnica, el primer elemento, así como la referencia «del llamado derecho de opción», como si ya fuera algo definido en alguna parte, siendo así que en ningún cuerpo legal se contenía alusión alguna a este derecho, y no cabiendo más derecho de opción que el nacido de un contrato, será éste el que tribute, y así debiera haberse redactado. Criticaba también OSSORIO el que diga que «satisfará el impuesto de las mismas condiciones que la transmisión de dicha clase de bienes sobre la base de la prima convenida a favor del propietario», diciendo que esto nada tiene que ver con la transmisión, porque lo mismo puede ésta hacerse que no. Pero OSSORIO no tiene en cuenta que el Reglamento procede con la técnica consecuente con todo su sistema, ya que para él, indudablemente, el derecho de opción es asimilable a los derechos sometidos a condición, y que de no hacer uso el titular de su derecho, se resolvería procediendo a la resolución de lo anticipadamente pagado.

(75) J. SALDAÑA: Ob. cit., págs. 744 y 745.

(76) SALDAÑA realiza este comentario diciendo que puesto que el Reglamento del Impuesto de Derechos reales coloca la opción entre los Derechos reales y no entre los de crédito, gravándola con mayor tipo que si la hubiera considerado derecho de obligación, es que la considera real.

(77) F. CAMPUZANO: «Principios generales de Derecho Hipotecario y de legislación inmobiliaria», pág. 394.

(78) ALONSO MOYA: Ob. cit., págs. 92 a la 94, dedica un extenso comentario a la regulación del derecho de opción en este cuerpo legal.

rior a nuestras reformas legales fundamentales en el ordenamiento inmobiliario (79).

Posteriormente a ella, la doctrina del derecho real de opción no tiene ya ningún inconveniente, conforme al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y los 7 y 14, especialmente este último, del nuevo Reglamento (80). Con este precepto, dice LA RICA en su citada obra y al comenzar su comentario, se autoriza al fin expresamente el acceso al Registro de un derecho que ya en la práctica ingresaba algunas veces en sus folios, aunque siempre como pacto anejo o condicional de otro derecho inscribible y sometido al criterio personal del Registrador (81).

En un sistema de *numerus apertus*, aunque limitado, como el nuestro —prosigue el autor—, no había realmente inconveniente en admitir como derecho real a la opción, ni su configuración como tal ofrece graves problemas técnicos; por otra parte, si se limitara su eficacia a la de un simple derecho personal, la opción valdría bien poco. Debe construirse como un derecho real de adquisición, que más que imponer una obligación al que constituye, implica una limitación de sus facultades dispositivas, una modificación del *ius*

(79) Hay que tener en cuenta sólo muy relativamente los argumentos desfavorables de estos autores para la construcción real de la opción en el derecho positivo español, pues la reforma del actual Reglamento Hipotecario, muy posterior, es trascendentalísima, y el estado de nuestro ordenamiento anteriormente disculpa, en cambio, la posición de este sector de la doctrina.

(80) Artículo 2.º de la L. H.: Establece bien claramente el principio del *numerus apertus* al declarar inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de ... «y otros cualesquiera reales».

Art. 7.º del R. H.: Mantiene este principio, aun más a ultranza, al decir que «conforme a lo dispuesto en el art. 2.º de la Ley, deberán inscribirse... sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a Derechos reales».

Art. 14 del R. H.: «Será inscribible el contrato de opción o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias, para la inscripción reúna las siguientes: convenio expreso de las partes para que se inscriba; precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción; plazo para el ejercicio de la opción...»; en una palabra: las mismas circunstancias que se han señalado para admitir su configuración real. La segunda parte de este artículo se ocupa del arrendamiento con cláusula de opción de compra.

(81) LA RICA: Ob. cit., pág. 23.

disponendi, y como tal debe hacerse constar en los folios del Registro. Por otra parte, suprimidas las prohibiciones de disponer contractuales (a cuya protección se acogía antes la opción para su entrada indirecta en el Registro) por la Ley de 1944, incorporada al texto refundido, queda resaltada del modo más terminante la admisión de la inscribibilidad directa de la opción como derecho real.

Sólo queda ya como materia de nuestro estudio, en este punto de la naturaleza jurídica de la opción, la posición de la jurisprudencia, que por otra parte, hemos visto en otros puntos de este ensayo, ha venido saliendo paulatinamente de dudas. Poco puede aclararnos, por otra parte, la jurisprudencia, una vez aceptada por nuestro ordenamiento positivo la naturaleza real de la opción; pues las sentencias y resoluciones, en su mayoría anteriores a la publicación del último Reglamento Hipotecario, por carecer de un texto que interpretar y teniendo que fundarse en consideraciones doctrinales y en la analogía, es natural que se mostrara reacia a una innovación que pudiera quedar luego como contradictoria a las declaraciones legales; no obstante, fué preparando el camino, con la distinción de nuestra figura del contrato de promesa de venta, en la sentencia fundamental de 23-III-1945, que rectificando la antigua tendencia favorable a la identidad de ambas figuras y contraria a reconocer naturaleza real al derecho del promisario (resoluciones de la D. G. de 12-III-1864, 17-XII-1885, 9-I-1893, 16-XI-1902, 25-I-1908; sentencia del T. S. de 6-XII-1904, etc., y que no era inscribible por tratarse de una obligación personal: resolución de 23-V-1910; o a mostrarse partidaria del *numerus clausus*: resolución de 28-I-1927), decidió que el campo de aplicación del artículo 1.451 se limitaba —comenta HERNÁNDEZ GIL— a las promesas bilaterales, de las que quedó excluida la opción, abundando en la misma idea las sentencias de 10-VII-1946 y 18-I-1947. Finalmente, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de marzo de 1947, posterior ya a la redacción del nuevo Reglamento, admite expresamente la configuración por las partes del derecho de opción con carácter real.

Y no hace falta llegar a las decisiones de los organismos jurisprudenciales supremos de la nación; tal solución la admite ya la práctica judicial, y ejemplo de ello es la interesante sentencia de 27 de septiembre de 1946, dictada por el Juez de Primera Instancia

número 18 de Madrid, señor Samaniego, actualmente Magistrado de su Audiencia Territorial, alguno de cuyos considerandos extracemos, a título de nota, por el interés que supone el detenido estudio que en ellos realiza el citado Juez sobre el derecho de opción (82).

EL DERECHO PERSONAL DE OPCIÓN.—FUNDAMENTO, EFECTOS Y PROTECCIÓN

Fundamento.—Quedamos, pues, en que el derecho de opción será real o personal, según resulte de sus efectos propios, una vez convenidos todos los extremos por las partes. Veamos ahora el contenido del derecho personal de opción.

Su fundamento, desde el punto de vista práctico está, para ROCA SASTRE, en la conveniencia que entraña para una parte el tener a su disposición, por un cierto plazo, la vinculación de la otra.

La opción, al conceder al opcionario libertad de movimiento y de decisión, constituye —sigue recalcando el autor—, en ciertas circunstancias, un medio adecuado en la complicada contratación mo-

(82) «... En cuanto al problema de la calidad del derecho originado, dentro de la diversidad de opiniones dentro del campo doctrinal, puede afirmarse que el contenido de aquél excede del simple derecho de obligación y constituye, cuando menos, y ello dentro de una tímida calificación, una vocación al derecho real, si bien debe en realidad estimarse que como derecho real limitado en los denominados de adquisición...» (Considerando 6.º)

«... Se advierte, asimismo, que si el derecho conferido al opcionario no se halla en la cosa material y físicamente, como en los típicamente inre dominio, servidumbre, uso, etc., confiere a su titular un derecho a la cosa de tipo persecutorio, que si bien en su origen pudiera tener carácter personal, es real en su aplicación...» (Considerando 6.º)

«... En el campo del Derecho positivo vigente a la fecha de la constitución del derecho... y conforme al sistema del derecho intertemporal..., es procedente sostener la tesis de la inscribibilidad del derecho de opción: primero, porque el art. 2.º de la Ley permite la incorporación al Registro, además de aquellos derechos que enumera taxativamente, aquellos otros que tengan carácter real, aunque no estén enumerados...; y segundo, porque el artículo 14 del Reglamento (del antiguo, actualmente 7.º), reafirma este criterio de la Ley, ampliándolo a cualquier acto o contrato que sin nombre propio en Derecho modificase, desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades de dominio...» (Considerando 7.º)

«... No constituye calificación ilegal la efectuada por el Registrador de Fernando Poo al inscribir como derecho real el de opción.» (Considerando 8.º)

derna, civil y mercantil. No se ve inconveniente alguno para la justificación jurídica de esta figura en el artículo 1.115 del Código civil, según el cual es nula la obligación sujeta a una condición cuyo cumplimiento depende de la voluntad exclusiva del deudor, pues, como dicen PÉREZ y ALGUER (83) al examinar la condición *si volam* o *si volueris*, es imposible concebir una obligación sin vínculo obligatorio, una obligación sin obligación, pues esto es una *contradictio in adjecto*, pero dicho precepto no puede extenderse a donde la condición se refiera a algo más que a una obligación, o sea, cuando no es la obligación la que depende de la exclusiva voluntad del deudor, sino todo un conjunto de derechos y de obligaciones, toda una relación jurídica, todo un contrato, pues entonces cabe perfectamente que su perfección dependa de la exclusiva voluntad de una persona, aunque ésta sea, en parte, deudor de esta relación (84).

Efectos.—En cuanto a los efectos del derecho personal de opción, pueden ser estudiados, siguiendo el camino que propone ROCA SASTRE (85), en sus tres estadios de *pendentem*, *existentem* y *deficientem*.

Mientras se halle pendiente el derecho, se produce una situación provisional, que durará hasta que el oponentario use de su facultad de elegir, en uno u otro sentido, bien expresamente (casos de decisión positiva y de renuncia formal anticipada), o de modo tácito, indicando su desistimiento por medio de dejar transcurrir, inoperante, el plazo. Durante esta situación interina, la parte concedente está vinculada con respecto al concierto, por su parte, del negocio definitivo (recuérdese lo que decía VON TUHR sobre esta clase de negocios de vinculación o Bindung), y obligada, en la relación interna de opción, a no hacer nada que pueda frustrar la realización del derecho del oponentario, si éste quiere llevarlo a la efectividad. Cuando la opción sea de compra, por ejemplo, esta vinculación se concretará en una obligación específica de abstenerse: no enajenar a otro ni conceder otra opción, que llevada a su efectividad, frustraría el derecho preferente de la otra parte. El oponentario, durante este tiempo, está consumando un derecho que le corresponde: el de reflexionar sobre su futura actividad y sus conveniencias,

(83) PÉREZ ALGUER: «Notas a Enneccerus», I-2, pág. 325.

(84 y 85) ROCA SASTRE: «Estudios...» (cit.), respectivamente, páginas 355 y 360.

respecto del contrato principal y sus efectos, y esta consumación se concretará en una decisión expresa en el momento del plazo en que lo desee. Asimismo, tiene la obligación (interna) de satisfacer la remuneración, caso de haberse convenido. Pero durante este período no se produce transmisión alguna de propiedad, cuestión que importa destacar ante la posición de la doctrina francesa, para la que la compraventa implica de por sí enajenación.

Consecuencia de ello es que los frutos de la cosa serán del dueño de la misma, que sigue siendo el concedente, puesto que también los riesgos le perjudican, exclusivamente, de momento. El optionario obtiene con la opción un derecho puramente personal o de crédito.

Cuando el optante esté autorizado para ceder a terceros su derecho a optar, resultará así que su transmisión será una verdadera cesión de créditos, cuya plena eficacia está supeditada, aplicando la regla general de esta institución, a que sea notificada al concedente.

El caso de incumplimiento por parte del concedente que vende a un tercero extraño a la relación de opción, o de algún otro modo se desprende en favor de un tercero de la disponibilidad del objeto o derecho sobre el que recaía la opción, no puede resolverse más que reconociendo validez a esta transmisión (salvo caso de probarse una complicidad del adquirente en el fraude), y, en principio, defraudada la expectativa del optionario, que se compensará, hasta donde sea valuable, con una indemnización de daños y perjuicios.

Pasando al segundo estadio de este derecho, el de la decisión, se señalan los siguientes efectos: Si la decisión es afirmativa, el efecto inmediato es producir la efectividad de la compraventa o del contrato principal a que se refiera, cuyas obligaciones brotan entonces con toda la fuerza de su exigibilidad. Pero con una circunstancia que ya dijimos distinguía la opción del término suspensivo, y que sólo encuentra contradicción inexplicable en la legislación del Marruecos español, como antes se vió. Y es que los efectos del contrato que ha adquirido su perfección inmediata no se retrotraen al tiempo de concertarse la opción: esto es interesante a los efectos de los frutos de la cosa y a los riesgos de la misma, así como para terminar la fecha fiscal para el devengo del impuesto. Esta decisión afirmativa, no existiendo inconveniente natural ni legal para ello, puede inferirse tácitamente de actos realizados por el optiona-

rio con la intención de asentir, y no sólo de una manifestación expresa. Unicamente hay que señalar, con ROCA SASTRE, que esta decisión tiene carácter recepticio, o sea que ha de ser notificada al concedente, y lo procedente es que sea notificada precisamente dentro del plazo de vigencia de la opción.

Por fin, si el opcionario deja transcurrir negativamente el plazo, o adelanta este mismo efecto negativo, renunciando expresamente con anterioridad, quedan las cosas como estaban y como si no se hubiera iniciado el negocio jurídico desistido o caduco.

Protección.—¿Qué protección tiene la opción como simple derecho de crédito? Primeramente, las acciones correspondientes para exigir su cumplimiento en juicio y para pedir la indemnización, *id quod interest*, caso de quedar incumplido. Pero ROCA SASTRE, en la última edición de su «Derecho Hipotecario» (86), posterior al Reglamento Hipotecario vigente, cree, además, que la innovación de este último, en su artículo 14, al declarar inscribible el derecho de opción, se refiere no al configurado por las partes como real, sino al derecho personal de opción. Ya se criticará esta opinión, que creemos errónea, en su lugar oportuno.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Abogado.

(Continuará.)

(86) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario» (para Notarías). 1948, tomo III, págs. 28 y 31. Dice que, por tanto, el Registro ha ampliado el campo de protección mediante inscripción, de derechos personales, del derecho de arrendamiento a este de opción, como un medio de obtener la fe pública más fuerte incluso que el sistema suizo de la anotación preventiva.

La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y condicional y del fideicomiso de residuo (*)

III

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL

Pero puede ocurrir que el testador, haciendo uso del derecho que le concede el artículo 790 del Código civil, establezca una sustitución fideicomisaria, imponiendo condiciones al fideicomisario.

Toda la teoría de la condición, aplicada a las disposiciones testamentarias, debe ser tenida en cuenta respecto a estas sustituciones condicionales.

Desde luego dentro de los límites que nos hemos impuesto en el estudio de la extinción de la sustitución fideicomisaria, sólo nos ocuparemos de la condición impuesta al fideicomisario, condición de cuyo cumplimiento depende que éste adquiera o no.

A las causas de extinción de la sustitución antes expuestas (premorencia al testador, renuncia e incapacidad del fideicomisario, así como nulidad de la sustitución), hay que agregar dos causas de tal ineffectividad: la premoriencia del fideicomisario al cumplimiento de la condición y el incumplimiento de ésta.

A) *Fideicomisario en propiedad o en usufructo* —Cuanto queda expuesto respecto a la diferencia esencial entre el fiduciario insti-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

tuído en plena propiedad, o el instituído simplemente en usufructo al tratar de la sustitución fideicomisaria normal, debe ser traído a colación al estudiarla la sustitución fideicomisaria condicional.

B) *Fideicomisario.*—*Premoriencia al testador y al fiduciario; su renuncia y su incapacidad.*—Respecto a estos extremos, el primer problema a debatir es la fijación de dos *momentos* básicos en la adquisición de su derecho por el fideicomisario: el *momento* de la muerte del testador y el *momento* del cumplimiento o incumplimiento de la condición.

En Derecho romano, y a juicio de los romanistas (74), el fideicomisario no adquiriría el derecho al fideicomiso hasta la llegada del término, normalmente a la muerte del fiduciario, precisando, por tanto, en este *momento* que el fideicomisario tuviera capacidad.

El artículo 784 del Código civil, en la sustitución fideicomisaria normal, concede al fideicomisario su derecho desde la muerte del testador, y su derecho es transmisible a los herederos.

Sin embargo, en el fideicomiso condicional no ocurre así, pues se rige por las reglas del artículo 759 del Código civil, según el cual, el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos (75).

Para Manresa (76), aunque el fideicomisario premuera al fiduciario, ha de producir efecto el derecho de éste, creado ya, transmitiéndose a sus herederos.

Para Mucius Scaevola (77) las circunstancias de imposibilidad, dificultad en que el fideicomisario puede hallarse para la aceptación de la herencia, no afectan a los derechos establecidos por el testador en favor del fiduciario. Y luego añade que, cuando el heredero fideicomisario estuviere nombrado con alguna condición antes de que ésta se cumpla, es aplicable a dicho heredero el artículo 759 del Código civil, y sólo después de ese momento el 784.

Interesante es: 1.º Que las ventas realizadas por el fiduciario

(74) Ved Del Caso: «Diccionario de Derecho Privado», pág. 1.951, volumen II («fideicomisario condicional»).

(75) Sentencias de 1 de febrero y 9 de julio de 1910, 29 de diciembre de 1917, 9 de abril de 1928 y 17 de marzo de 1934, y la importante de 13 de marzo de 1942.

(76) «Comentarios al Código civil», tomo IV, pág. 149.

(77) Obra citada, XIII, págs. 726 y siguientes.

en un fideicomiso sujeto a condición resolutoria, no son nulas, sino anulables, pues no cabe confundir la sustitución fideicomisaria con la descomposición del derecho en usufructo y nuda propiedad (78).

2.º El precepto del artículo 784 del Código civil no rige en las provincias de Derecho Foral (79).

3.º Instituídos herederos los sobrinos del testador, con la condición de que si fallecieran sin hijos *la parte* al mismo correspondiente *la acrecerán* los demás coherederos, y al que muera con sucesión *ésta* herederá su *parte* en propiedad absoluta, despréndese que el testador estableció una institución fideicomisaria *condicional*, y los sobrinos están designados nominalmente en cláusula de institución recíproca para caso de fallecer sus hijos. En esta última sentencia se plantea la duda de si el último sobrino sobreviviente, sin hijos, quede ya como pleno propietario; opinamos que sí.

Como antecedente también cabe recordar el texto del Código civil alemán de 18 de agosto de 1896:

a) Cuando en una institución hecha bajo condición *resolutoria* o subordinada a un término final, no haya indicado el testador la persona o personas *a quienes debe pasar* la sucesión, se *presume* que los *herederos legítimos del finado*, en el supuesto de que éste hubiese fallecido al vencer el término o al cumplirse la condición, son sus *sustitutos fideicomisarios*, según la regla de la sucesión legítima. La Hacienda pública no se considerará comprendida entre los herederos legítimos (80).

b) Cuando es una institución hecha bajo condición *suspensiva* o subordinada a un término inicial, no haya indicado el testador quién debe ser el heredero hasta que la condición se cumpla o llegue el término, los herederos legítimos del difunto se reputarán gravados con la *carga* de la sustitución (Vorerben) y, por ende, se reputarán *sustitutos fideicomisarios* los instituídos condicionalmente. Lo propio ocurrirá cuando la personalidad del heredero no puede determinarse, sino por un acontecimiento posterior al fallecimiento del causante, o cuando se trate de la institución de una persona no engendrada todavía al diferirse la sucesión, o de una persona jurídica no constituída legalmente en dicho momento (81).

(78) Resolución de 14 de noviembre de 1933.

(79) Sentencia de 5 de enero de 1918.

(80) Artículo 2.104.

(81) Artículo 2.105.

En el Código civil suizo la sustitución se abre en favor del fideicomisario cuando él vive *en el momento* de desplegar sus efectos la carga de restitución. En caso de *premorienencia* del fideicomisario los bienes son entregados al fiduciario (82)

Según el Código civil del Uruguay, las disposiciones testamentarias condicionales suspensivas no confieren derecho alguno al heredero mientras no se cumpla la condición (83).

Con estos antecedentes llegaremos a las siguientes conclusiones :

a) Si el fideicomisario condicional premuere al testador, ni adquiere, ni transmite, a sus herederos, derecho alguno.

En este caso la herencia quedará en poder del fiduciario sin la carga de la restitución, por las razones expuestas, al tratar de la sustitución fideicomisaria pura. En la sustitución fideicomisaria condicional, habiendo premuerto los fideicomisarios, a la heredera fiduciaria se extingue el fideicomiso condicional, y determina que la última poseedora de los bienes hereditarios pueda disponer libremente de ellos (sentencia de 30 de noviembre de 1932).

b) Si el fideicomisario condicional sobrevive al testador, pero premuere al cumplimiento de la condición suspensiva, tampoco adquiere ni transmite derecho alguno a sus herederos, y el fiduciario quedará en posesión de la herencia sin la carga de la sustitución ; nos inclinamos por esta solución, puesto que, como dice Roca Sastre, ya de momento hay un heredero (el fiduciario), y el establecimiento de la condición lo es como *limitación* de su derecho, limitación que, al desaparecer, deja al derecho del fiduciario intacto (84).

c) Como cabe la posibilidad de que la designación de fideicomisario se haga a favor de quienes aún no han nacido al fallecimiento del testador (*nascituri*), siempre que no pasen del segundo grado (85) ; si llegado el momento fijado por el testador (generalmente el fallecimiento de determinada persona, que suele ser el fiduciario) para saber si *no existen tales* fideicomisarios, *por no haber* nacido, se plantea el problema de a quién deben pasar los bienes. La difi-

(82) Artículo 492.

(83) Artículo 955.

(84) Ver lo expuesto anteriormente al analizar el artículo 912, número 3, del Código civil, en el que se prevé el caso de que *falte la condición*, sin haber sustituto o haber lugar al derecho de acrecer.

(85) Resolución de 16 de septiembre de 1929.

cultad estriba en que coinciden *el momento* de la desaparición de la persona del fiduciario (su muerte) con *el momento* en que se sabe que no han nacido los *nascituri* y, por tanto, no se ha cumplido la condición suspensiva. ¿Heredan los herederos del fiduciario? ¿Se abre la sucesión intestada y heredaran los herederos del primitivo causante? No es fácil dar una solución concreta, ya que habría que examinar y llegar al límite de las averiguaciones para determinar la intención del testador, y si ésta no pudiera ser fijada nos inclinamos por el pase de los bienes a los herederos del fiduciario que tuvo ya el dominio, siquiera fuese con una limitación, ya desaparecida.

d) Si el fideicomisario, con condición suspensiva, repudia la herencia después de cumplida la condición, puesto que antes no ha adquirido derecho alguno, aquélla quedará en poder del fiduciario.

e) Lo mismo puede deducirse en caso de incapacidad del heredero con condición suspensiva.

f) En caso de que el heredero fideicomisario lo fuere con *condición resolutoria*, ante el silencio del Código, Castán (86) opina se deben aplicar las reglas, no muy completas y expresivas, del artículo 1.123, que son: Si el fideicomisario premuere al testador, nada adquiere, y el fiduciario *no tiene obligación* de restituir.

Si el fideicomisario sobrevive al testador, adquiere su derecho *pendente conditione*. Caso de *existente condicione* se resuelve su derecho y pasan los bienes a las personas designadas por el testador o a los herederos legítimos, dice el mismo Castán. ¿Puede entenderse como persona designada por el testador, para *readquirir* los bienes, el *fiduciario*, o el derecho de éste queda extinguido al *transmitir* los bienes de la sustitución? Según frase gráfica de Castán; *estos delicados problemas* ofrecen enorme dificultad; pero si se tiene en cuenta que el fiduciario entregó los bienes con la posibilidad de la resolución del derecho del sustituto, parece normal que sea aquél el que los adquiera, si es que se estima *conservó* este derecho a *readquirir*.

Cuando ya se sepa que la condición resolutoria no puede cumplirse (*deficiente condicione*), el fideicomisario adquiere su derecho definitivamente. El fiduciario ha perdido toda esperanza.

(86) Obra citada, IV, 424.

Si el fideicomisario renuncia a la herencia o es incapaz, opinamos que el fiduciario queda liberado de la carga.

g) Es muy importante no confundir las sustituciones condicionales con las sustituciones a día cierto, a las que son aplicables el artículo 805 del Código civil, caso distinto del que nos ocupa.

C) *Nulidad de la sustitución condicional.*—Entra de lleno el artículo 786 del Código civil; tal nulidad no perjudicará a la validez de la institución ni al fiduciario. Se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria; el fideicomisario condicional nada adquiere; el fiduciario adquiere libre de la obligación de transmitir.

D) *Incumplimiento de la condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria.*—Breves han de ser los comentarios a estos dos supuestos después de cuanto queda expuesto. El incumplimiento de la condición suspensiva, de que dependen la adquisición del derecho por el fideicomisario, hace firme el derecho del fiduciario y le libera de la obligación de restituir.

El cumplimiento de la condición resolutoria determina, a nuestro juicio, la readquisición de los bienes por el fiduciario

E) *Fiduciario en usufructo.*—Cuando claramente se llegue a la conclusión de que el causante no tuvo intención de conceder al fiduciario otro derecho que el de usufructo, el problema cambia radicalmente.

En todos los casos anteriormente expuestos de premoriencia al testador, o al cumplimiento de la condición suspensiva, renuncia o incapacidad del fideicomisario condicional, incumplimiento de la condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria, debe abrirse la intestada. ¿Razones? Las ya estudiadas al tratar de la sustitución fideicomisaria pura con fiduciario en usufructo (II-D).

F) *Aspecto registral.*—En la sustitución fideicomisaria condicional, la ineffectividad de ella se reflejará en el Registro:

Cuando el fiduciario es pleno propietario, justificando la premoriencia al testador, o al cumplimiento de la condición del fideicomisario, lo que deberá constar en la inscripción misma.

Lo propio ocurre con la renuncia e incapacidad.

Para que se refleje en el Registro la nulidad de la sustitución

condicional dictada precisa acompañar testimonio de la sentencia ejecutoria que declare tal nulidad (87) en el juicio declarativo correspondiente.

El incumplimiento de la condición suspensiva de que dependía el nacimiento del derecho del fideicomisario, así como la resolución del mismo derecho por cumplimiento de condición resolutoria, se hará constar en el Registro por una nueva inscripción a favor de quien corresponda (88).

Cuando el fiduciario lo sea únicamente en usufructo, los adquirentes de los bienes que estuvieran sujetos a la sustitución fideicomisaria condicional, presentarán la declaración judicial de su derecho con arreglo a la Ley (89).

IV

FIDEICOMISO DE RESIDUO

A) *Fiduciario en usufructo con facultad de disponer*.—Incompleta quedaría la materia expuesta si no dedicásemos unas líneas al *fideicomiso o legado de residuo*, de discutible naturaleza, como sustitución fiduciaria, según la doctrina científica. Tiene lugar, dice Castán (90), cuando el testador impone al primer instituído la obligación de restituir o transmitir a un segundo heredero *aquellos bienes que subsistan a su muerte*.

No repetiremos aquí las conocidas opiniones favorables a considerarlas como sustituciones fideicomisarias (Sánchez Román, Castán y Manresa), o, por el contrario, que no lo son (Martínez Giralt).

Manresa (91) recuerda que en Roma el fiduciario de residuo era conocido con el nombre de *es quod supererit*, y repite la vacilante doctrina jurídica, ya en sentido negativo, de considerarlo como sustitución fideicomisaria (Aubrayet Rau, Troplong, Laurent, Colin y Capitant, Planiol, Chironi, Polacco), ya en sentido positivo (Venezian, Gabba, Ricci, Ruggiero, Borsari).

(87) Artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

(88) Artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

(89) Artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

(90) Obra citada, IV, 463.

(91) «Comentarios al Código civil», 6.ª edición, tomo VI, pág. 136.

Para unos hay una sustitución condicional ; para otros sólo una sustitución a plazo.

De Diego dice no puede encajar en la sustitución fideicomisaria, y exalta su carácter condicional.

Mucius Scaevola (92) estima se trata de una sustitución fideicomisaria, más o menos propia.

Jerónimo González (93), comentando el magnífico discurso de Clemente de Diego sobre la materia, se pregunta si serían de aplicar al fideicomiso de residuo las reglas de la sustitución pura, o a plazo, o las de la condicional. La voluntad del testador está clara en el señalamiento de un *momento* para la restitución, *que es la muerte del fiduciario*, y éste figura como plazo o día *ex quo* en la institución del fideicomiso... Pero en cierta hipótesis, el testador *exalta la condicionalidad*, sita ya a la naturaleza de este fideicomiso, trayéndola a expresión de un modo *formal* (*si quid supererit*), y entonces, *por respeto a la voluntad testamentaria* parece orientarse hacia la doctrina de la condición. Un cuidado análisis de la voluntad del testador, con apreciación de todas las circunstancias del caso, dará la norma y criterio para la solución concreta.

La jurisprudencia (94) resuelve : Que las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarias de nuestro Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serle aplicables en determinados extremos los preceptos que rigen en orden a esta clásica figura jurídica.

Al parecer, esta sentencia modifica la doctrina anterior del mismo Tribunal (95), según la cual el fideicomiso o legado de residuo encaja en el artículo 781 y no en el 805 del Código civil.

Para poder detraer las consecuencias que han de llevarnos al estudio de los efectos de la extinción de esta sustitución, *ex eo quod supererit*, hay que destacar :

a) *Carácter de usufructuario que ostenta el fiduciario.*

El amplio concepto que del usufructo da el artículo 467 de nues-

(92) Obra citada, XIII, 705.

(93) «Estudios de Derecho hipotecario y civil», III, 372.

(94) Sentencia de 13 de febrero de 1943.

(95) Sentencia de 13 de noviembre de 1934.

tro Código civil, permite al usufructuario *no conservar la forma y sustancia* de los bienes, cuando para ello el usufructuario esté autorizado por el título de su constitución; en este caso, el testamento.

Pero no olvidemos que, de aquello de *que no disponga*, siempre será un mero usufructuario, en el sentido clásico de la palabra, con un derecho revelador de una voluntad explícita del testador.

b) *Facultad única normal del fiduciario de disponer sólo por actos inter vivos.*

La jurisprudencia española (96) autoriza válidamente al fiduciario usufructuario para vender o para disponer *inter vivos* (97).

Por ello, Clemente de Diego (98) observa que la ordenación de estas cláusulas de residuo, en sus términos más usuales y salvo siempre expresa declaración en contrario, *llevan consigo la prohibición de disponer «mortis causa»* de los bienes.

El Tribunal Supremo (99) también declara que la facultad otorgada por el testador al heredero usufructuario, para vender o gravar parte de los bienes, no quita a la institución su naturaleza usufructuaria, *ni autoriza* al instituido para disponer *mortis causa*.

Ruggiero (100), después de sentar como requisitos de la sustitución fideicomisaria la doble vocación, la obligación de conservar, y retransmitir, y el establecimiento de un orden sucesivo, dice que el fideicomiso de residuo tiene obligación de transmitir, pues si es cierto que el instituido hubiere podido consumir toda la herencia, también es cierto *que no puede dejarla a otro que no sea el fideicomisario* lo que quedare después de fallecer él; hay una verdadera limitación para transmitir *mortis causa*.

c) *Naturaleza condicional de esta institución de residuo.*

La jurisprudencia (101) destaca el carácter condicional de las disposiciones testamentarias *eo quod supererit*, según sentencias de 15 de junio de 1868 y 10 de julio de 1878, y ello tiene como corolario el que se trata de una situación distinta de la del artículo 781,

(96) Sentencia de 10 de julio de 1903 y Resoluciones de 19 de diciembre de 1905 y 22 de febrero de 1933.

(97) Resolución de 13 de diciembre de 1934.

(98) Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo.

(99) Sentencia de 19 de noviembre de 1898.

(100) «Derecho civil», II, 497.

(101) Sentencia de 13 de febrero de 1943.

en relación con el artículo 784 del Código civil. Así, si el llamado primeramente por premoriencia, incapacidad o renuncia no hubiere podido adquirir, no se atribuye la herencia al segundo heredero (102).

Como este carácter de condicionalidad de la institución a su favor, del segundo heredero, le priva de adquirir su derecho a la muerte del testador, caso de premoriencia al mismo o al cumplimiento de la condición de que queden bienes, es indudable no transmite derecho alguno a sus herederos (artículo 759 del Código civil). ¿Quién heredará entonces? ¿El fiduciario?

El problema es oscuro y las fuentes de derecho nulas; pero una construcción científica que se base en el carácter exclusivamente de usufructuario que le concedió el testador, y la clara prohibición de transmitir *mortis causa*, llevan a la lógica consecuencia de que el instituido en primer lugar no hereda el *pleno dominio*, y, por tanto, mal puede transmitir éste a sus herederos.

Nos encontramos en un caso claramente comprendido en el artículo 912, núm. 3.º del Código civil, y nuestra opinión se inclina por la apertura de la sucesión intestada.

La renuncia del segundo heredero, así como su incapacidad, producen situaciones idénticas y, como es lógico, con idéntica solución.

En cuanto a la nulidad de la institución a favor del segundo heredero, no produce la aplicación del artículo 786 del Código civil.

El instituido en primer lugar no amplía el ámbito de su derecho en tal caso, y subsiste la clara prohibición de disponer *mortis causa*, clásica de las disposiciones testamentarias de residuo, que cierra el paso a toda solución que concluya permitiendo al primer heredero disponer por testamento o atribuir derecho alguno a sus herederos. Procede la aplicación, como ya quedó expuesto, del artículo 912, número 1.º del Código civil, por nulidad *parcial*.

B) *Aspecto registral*.—Cuanto queda dicho al tratar del aspecto registral en la sustitución fideicomisaria condicional, es de exacta aplicación a esta modalidad ahora estudiada, con las naturales adaptaciones y citas a la *cláusula de residuo*.

Como colofón final a cuanto queda expuesto, no hay que olvidar que los llamados, únicamente respecto de los bienes que que-

(102) Sentencia de 28 de junio de 1947.

den al fallecimiento del testador, no tienen derecho a intervenir en la partición, que es válida sin su concurrencia (103).

No pretendemos haber resuelto el problema cuya esporádica aparición, con mayor o menor rareza, no le priva de su singular interés y precisa haber presenciado, como nosotros, de reciente el interés con que los presuntos llamados acuden en busca de la verdad, esa verdad que, en materia de sucesiones testamentarias, puede tener un solo lema: Cumplir lo que quiso, el que ya nada puede decir, pero cuya sombra queda por encima de todas las ambiciones y en la conciencia de todos.

ANTONIO VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad.

(103) Resolución de 16 de septiembre de 1901.

La Tradición y el Modo

Conferencia pronunciada el 19 de febrero en el Centro de Estudios Hipotecarios por el Registrador de la Propiedad don Rafael Ramos Folqués.

En su disertación puso Ramos de manifiesto una amplia y cuidada cultura en las disciplinas de Historia, Filosofía y Derecho, y, lo que aun es menos corriente: excepcionales dotes de conferenciante.

Yo no puedo olvidar el encendido entusiasmo con que se le aplaudió, ni puedo silenciar que el auditorio estuvo como extasiado y pendiente de los labios del conferenciante los ochenta minutos que duró la conferencia. Y es que, si desde el punto de vista jurídico registral estuvo llena de contenido, desde el punto de vista literario se la puede calificar de impecable, plagada de elegantes figuras y rebosante de ágil amenidad.

Allí quedaron, como muestras definitivas del ingenio del conferenciante, aquellas magníficas disquisiciones sobre la originalidad objetiva y subjetiva, y, sobre todo, aquel luminoso símil en relación con la figura del tercero, encarnado en la gigantesca estatua de la Libertad, emplazada a la entrada del puerto de Nueva York.

Yo tal vez no debería de hablar de estos aspectos de la conferencia, por no poner de manifiesto la diferente altura en que se produce este modesto cronista con relación a las elevadas cimas literarias por las que el conferenciante se movió sin esfuerzo alguno.

Sin embargo, no resistimos la tentación de traer a estas cuartillas esa visión tan gráfica, original y grandiosa que el disertante expuso del más interesante de los personajes hipotecarios... Ya habréis comprendido que me refiero al *tercero*.

Sobre esta verdadera espina dorsal del Derecho Hipotecario, nos decía Ramos: *«Yo he llegado a concebir la figura del tercero hipotecario como una estatua gigante de la Libertad, eternamente joven, que preside el puerto de entrada al recinto hipotecario. Digo estatua, porque toda estatua, al ser de piedra, es insensible, y el tercero hipotecario es insensible a las tragedias de la vida extrarregistral o netamente civil; gigante, porque aunque es figura que si se la mira no se la ve, cuando se la concibe, se la admira y enaltece; de la libertad, porque sólo está constreñida por los límites de su propio asiento, que es su base; eternamente joven, porque siempre tiene actualidad, como la tienen las esculturas de Fidias, o la música de Beethoven, o los versos de Rubén Darío, o la prosa de Cervantes. Y digo que esa estatua gigante de la Libertad, eternamente joven, preside el puerto de entrada al recinto hipotecario, porque en el campo hipotecario existen dos estadios bien definidos: uno de iniciación, de dirección, de legalidad hipotecaria, a cargo de los Notarios, y otro de consagración del auténtico y eficaz propietario, en los libros del Registro, a cargo de los Registradores; y ese campo de la legalidad viene a ser un verdadero puerto, un refugio, un remanso contra las mareas de la incertidumbre y de los riesgos, del mismo modo que el recinto hipotecario viene a ser el lugar destinado a fijar y ceñir el *cintus* de los romanos, esto es, la faja o fajín de propietario.»*

Y nada más sobre estos aspectos tan personales y brillantes de la conferencia. Por ello, dejando un poco atrás esos primores literarios, nos vamos adentrar en el examen de su tesis jurídica.

Diremos, en primer término, que sobre el problema se sostienen, por la doctrina, las posturas más variadas. Así, el insigne Roca Sastre, seguido por el no menos insigne Núñez Lagos, sostienen que, para que la transferencia de los derechos reales se produzca, se necesita, además del título, el complemento del modo (tradición). Y como para que sea posible la inscripción se necesita un acto de transferencia, y para que haya transferencia ha de haber tradición, resulta inconcuso que nunca la inscripción puede sustituir a la tradición.

Por ello —añaden— no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que de la titulación presentada a registro aparezca cumplido el requisito de la tradición.

Sanz contradice esta tendencia diciendo que nuestra inscripción

hace relación sólo al título. Las leyes hipotecarias se inhiben completamente en el problema de la tradición, que abandonan a la esfera del Derecho civil. Nuestro Registro es un Registro de títulos, y siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en cuenta por la inscripción. Según esta tesis de Sanz, el que inscribe su título, aunque no se haya cumplido el requisito de la tradición, puede ejercitar la acción reivindicatoria para recabar precisamente esa posesión que la falta de tradición hizo que no se transfiriese por el título.

Una nueva tendencia es la manifestada por Roán en unos trabajos publicados en la *Revista de Derecho Privado* sobre el texto refundido de la Ley Hipotecaria. Sostiene que la inscripción sustituye a la tradición, en cuanto a la transmisión de la propiedad. Para llegar a esta conclusión distingue en la tradición dos caras: una, fáctica o de hecho, referente a la entrega de la posesión; y otra, jurídica, que hace relación a la transmisión de la propiedad. Pues bien; esta faceta de la transmisión de la propiedad, implícita en la tradición, es la que recoge y hace posible la inscripción.

En frente de estas tesis, todas ellas de grave peligro para la subsistencia del Registro, nuestro compañero La Rica, siguiendo la trayectoria trazada en la Exposición de Motivos de la nueva Ley Hipotecaria, distingue dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. Para la transmisión de la primera sólo se necesita el título y la inscripción; para la transmisión de la segunda es necesario el título y la tradición.

Ante tal variedad de opiniones se nos ocurre preguntar: ¿Dónde se encuentra la verdad?

Si se acepta la opinión de Roca Sastre y Núñez Lagos, y la inscripción que no cobija un derecho de un tercero protegido, es sólo elemento de publicidad *erga omnes* de los derechos reales perfectamente adquiridos fuera del Registro por el título y la tradición, auguramos un azaroso porvenir a la propiedad, y el alborear de una tendencia regresiva para la institución registral. Como dice muy bien La Rica, «si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la tradición».

Por eso sin duda Roca, gran defensor de la institución registral, aunque en cuanto a este problema concreto de la necesidad

de la tradición en la transmisión de fincas inscritas sienta un poco el deslumbramiento del espejismo civilista, ha querido salvar, al tercero protegido, de la esclavitud de la tradición con un argumento ingenioso: «¿Puede tomarse en consideración —se pregunta— idéntico supuesto cuando el afectado por la tradición sea un tercero protegido por la fe pública registral?... A nuestro entender, no —se responde—. Y esto simplemente porque en fuerza de este principio de fe pública, el contenido del Registro se presume irrefragablemente exacto en beneficio de dicho tercero protegido, y conectando con dicha presunción de exactitud se halla la consecuencia de que el titular registral se presume que tiene la posesión a tenor de lo dispuesto en el artículo 38. Es decir, que el tradens está legitimado para el tráfico jurídico y se le presume poseedor. Y como en virtud del artículo 34 de la Ley la presunción de existencia y de titularidad del derecho deviene inmovible, resulta que por el juego de la presunción posesoria, a los efectos del tercero protegido ninguna importancia tiene el que el tradens carezca de la posesión material de la cosa.»

Nos parece muy acertada la tesis y muy ingenioso el argumento, pero se nos ocurre una pregunta: ¿Es que cuando no juegan los intereses del tercero no actúa la presunción posesoria del artículo 38?... Pues si de ello no puede dudarse, ¿por qué esta diferencia entre las adquisiciones del tercero y de los que no lo son?...

En lo que sentimos no poder estar con Roca es en las disquisiciones, un tanto malabaristas, a que se entrega para rechazar la trascendencia, que en relación al problema, tienen las palabras de la Exposición de Motivos tan conocidas: «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se los traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño respecto al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Y bien, interpretando estas palabras con sencillez, sin retorcimiento alguno, necesariamente se ha de llegar a la conclusión de que con relación a la propiedad inscrita, basta y sobra el título y la inscripción para que la transmisión sea perfecta y produzca efectos para todos.

Pues si de la Ley Hipotecaria pasamos al Código civil, allí nos

encontramos con el artículo 1.473, que nos dice: «Si una misma cosa inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito.» También ahora invitamos a los juristas que interpreten esas palabras lisamente, sin rebuscamientos, y también por este camino del Código civil, llegarán a la conclusión de que para la transmisión de la propiedad inscrita sólo se necesita el título y la inscripción.

Expuesta ya la situación del problema al pronunciarse la conferencia que comentamos, vamos ya a reseñar brevemente el pensamiento del disertante.

La conferencia, que lleva por título «La tradición y el modo», por subtítulo debiera llevar el de «Los modos imperfecto y perfecto en la adquisición de la propiedad»; justifica la elección del lema por entender que así como la piedra no se horada porque sobre ella caigan dos o más gotas, sino porque caen muchas, del mismo modo el hombre aprende o sabe no porque estudie una materia dos o más veces, sino porque la estudie constantemente; por eso afirma que su tesis es una gota de agua más que cae sobre la misma materia.

Parte del hecho de la doble institución del Notariado y de los Registros de la Propiedad para plantear el problema del fundamento racional de la institución de los Registros, y formula para tal efecto la siguiente interrogante: ¿Por ser el Registro de la Propiedad una institución posterior a la Notarial, dentro de la historia jurídica española, su aparición se debió a la necesidad de proteger y asegurar los derechos reales ya nacidos, o a la necesidad de mantener vivo el concepto clásico de propiedad? La contestación la busca tanto en los antecedentes históricojurídicolegislativos y en la doctrina de la mayoría de los tratadistas por un lado, y por otro en la dialéctica. Halla dos soluciones diametralmente opuestas; pues si con arreglo a la investigación histórica la función registral inmobiliaria es de cautela y seguridad de los derechos creados extrarregistralmente, con sujeción a la especulación filosófica la Ley Hipotecaria se manifiesta como una ley netamente civil y de contenido material o sustantivo, salvo en la parte orgánica de las oficinas y su funcionamiento.

Según la historia y los tratadistas —dice—, la legislación registral es un elemento extraño al nacimiento de los derechos reales, con la finalidad de su protección y salvaguardia; una especie de

vacuna contra los fraudes y estelionatos, y el medio de fomentar el crédito territorial. Así, las peticiones de Cortes del siglo XVI, los trabajos encaminados a la transformación de las antiguas Contadurías y Oficios de Hipotecas en Registros de la Propiedad, la elaboración legislativa del moderno sistema de Registros, las sucesivas reformas hipotecarias, la culminación del período codificador, las jurisprudencias del Supremo y de la Dirección General de los Registros, y la generalidad de los escritores, todos a consumo, como movidos por un mismo sentimiento, desarrollaron sus doctrinas sobre la base de una propiedad nacida según las normas del Derecho romano, y protegida a tenor de unas normas adjetivas de inspiración germánica.

Pero según la especulación filosófica, alcanza una solución absolutamente opuesta a la histórica, con un valor sustantivo y civil para la Ley Hipotecaria. Hace la distinción entre el derecho *ex novo* y las transformaciones del derecho, para afirmar que la legislación registral no es derecho nuevo, como ocurre con el laboral, sino una transformación o un resultado biológico del derecho de propiedad. Dice, que en ocasiones, las exigencias nuevas de la vida, lo que reclaman no es un derecho nuevo, sino la modificación de las antiguas normas, a fin de mantener vivos los conceptos tradicionales e históricos del Derecho. Trae, a este efecto, el símil de la flauta y del arco iris, de la bonanza que sigue a toda tormenta, diciendo que en la flauta el aire que entra es uno que luego sale con diversas tonalidades, del mismo modo que la luz del arco iris es una que se transforma en múltiple. Hace un recuento demográfico del mundo por continentes, y de nuestra Patria por épocas, haciendo resaltar su población antes de la Reconquista, en los tiempos de los Reyes don Carlos y doña Juana, en la de los jurisconsultos, que con buena o humorística intención, han sido llamados venerables del siglo XIX, y que se llamaron García Goyena, Luzuriaga, Cárdenas y Gómez de la Serna, y la de los tiempos actuales, para sacar la enseñanza de que en todas estas épocas el concepto de propiedad fué siempre uno y el mismo, pero que en cambio variaron las circunstancias de población, y con ellas el aumento de tráfico inmobiliario y el aumento de la mala fe contractual; hizo ver cómo existe una inmutabilidad del concepto y una variación de ambiente, por cuya razón, entiende, que la aparición de los sistemas registrales no es un derecho nuevo,

sino el resultado de las transformaciones operadas a fuerza de las variaciones de tiempo y de ambiente.

En otra argumentación nos dice que el concepto de propiedad tiene un ciclo de formación; si éste termina con la tradición, con ella surgirá la eficacia del derecho real; pero si por encima de ella existe otro modo que conviviendo con ella la absorba en los casos de concurrencia de ambos, entonces la eficacia del derecho no puede surgir con la tradición, sino con el otro modo, que en materia inmobiliaria viene a serlo la inscripción.

En el concepto legal de la propiedad, ve el conferenciante dos ideas: una, espiritual, que la compará a un manojo o haz de facultades de finalidad económica, que se proyecta sobre algo valuable; y otra, más o menos materializada físicamente, pero que siempre denota algo económico, que recibe la proyección de las facultades. Afirma que el aspecto económico o crematístico de la propiedad, aunque radica en la cosa, y que ella provocará siempre la concurrencia, sin embargo no es inherente a la cosa sino al derecho, y que por tanto, si lo económico pertenece al derecho, aquella norma que mantenga el goce y disposición de la cosa, que es lo económico, esa norma será la mantenedora del concepto clásico de propiedad, aunque esa norma se llame Ley Hipotecaria.

Hace una disertación sobre las teorías de Hobbes y Javier Conde, y sobre juicios literarios e históricos de la Arcadia de Saint Pierre, de las costumbres germánicas según Tácito, de la de los iberos según Oliveira Martins, de las enseñanzas de las luchas políticas de Maquiavelo y de las luchas religiosas según Bodino, para sacar la consecuencia de que los hombres tienen una natural inclinación al mal, lo que les hace ser recelosos y desconfiados entre sí. La evolución histórica de la protección jurídica de los derechos subjetivos, y el concepto y trascendencia, más allá de las partes, de los derechos reales, lleva al conferenciante a la conclusión de la necesidad de la intervención del Estado en la eficacia del derecho real, no sólo a los fines de su regulación jurídica, sino a los de determinar el momento a partir del cual surte efectos *erga omnes* la propiedad.

Sobre la base de que prevenir es una profilaxis, y de que curar es sanar o dejar las cosas en estado de normalidad y perfección, hace ver que la legislación hipotecaria, lejos de prevenir los males

del estelionato y de la doble venta, lo que hizo fué reponer en estado de verdadera salud o sanidad el decantado derecho de propiedad por causa de la impotencia de las normas netamente civiles. Después de promulgada la primitiva Pragmática de los Registros de gravámenes —dice—, ya no podía darse el estelionato, porque quien actuase al margen de aquella disposición había de correr los riesgos de su aventura sin el consuelo de acudir al socorrido sentimentalismo de la buena fe, porque ésta no podía ya consistir en la ignorancia de los vicios o defectos de las titulaciones o en la creencia de la rectitud de los contratantes, sino, como ha sentado el Código civil suizo, en la previsibilidad que las circunstancias permiten exigir. Y en cuanto a la doble venta, hace resaltar la exactitud lexicográfica de la expresión legal, ya que no se trata de dobles transmisiones de la cosa, sino de dobles negocios jurídicos respecto de una misma cosa.

La parte de la disertación encaminada a demostrar la sustantividad civil de la Ley Hipotecaria, la termina manifestando que la investigación histórica y la especulación filosófica han dado lugar a dos clases de propiedad, que encuadra bajo los adjetivos de propiedad natural y propiedad legítima, siendo ésta la que cuente con todos los pronunciamientos favorables de la legislación, y la natural aquella que, en concurrencia con la otra, quede reducida a una especie de cenicienta o a un cero a la izquierda.

Para Ramos Folques la tradición tiene, o tuvo mejor dicho, la doble cualidad de requisito de las transmisiones y como notificación o publicidad. Por su deriva espiritualista, que culminó con la tradición *per chartam* oriental, el legislador romano reaccionó en favor de la misma, dándose en el siglo III de nuestra Era la disposición de Diocleciano, declarativa de que la propiedad se transmitía por la tradición y la usucapión, y no por los simples pactos; pero con esta disposición imperial la tradición recuperaba su valor de requisito del traspaso, mas perdía para siempre su aspecto publicitario, ya que las formas de la tradición imperantes no fueron las corpóreas, sino las fictas y simbólicas.

En el aspecto de requisito del traspaso, la *traditio* es para el disertante una *solutio* a cargo del obligado. Divide la *traditio* en dos grandes grupos: normal y anormal. El primero lo subdivide en otros tres grupos: real, simbólica y ficta; este último lo subdivide

también en dos grupos: uno de ellos aquel en que la tradición realmente no se puede dar, como ocurre con el *constitutum* y la *brevi manu*, pero que su existencia se mantiene como una reacción jurídica contra la transmisión consensual y contra la doctrina mantenedora de que la posesión se opera por el *animus* sin necesidad del *corpus*. La tradición anormal, reputa que es la llamada *ad in certam personam*, que también la clasifica en dos grupos: uno realmente de *in certae personae*, como el *iactus missilium*, y la *derelictio*, según la interpretación del Digesto; y otro en que virtualmente no existe la persona incierta, como ocurre con el abandono de las fincas hipotecadas, ya que en fin de cuentas el acreedor ha de pechar con la cosa.

Ese aspecto publicitario de la tradición, que quedó perdido en el siglo tercero de nuestra Era, fué recogido por el espíritu germánico a virtud de la *gewere* y de la *auflassung*. La España de la Reconquista, que recogió las herencias de las culturas romana y germánica, que señorearon en tiempos anteriores, amalgamó lo bueno de una y otra e hizo una distinción entre el traspaso *inter partes* y el traspaso *erga omnes*, estableciendo para el primero el negocio seguido de la *traditio*, y para el segundo la publicidad por medio de la *roboratio* ante las curias civil o eclesiástica. Con esta experiencia, los Procuradores en Cortes del siglo XVI pudieron pedir con verdadero espíritu práctico que los censos y tributos no se tuvieran por eficaces respecto de terceros, hasta que de ellos no se tomase nota o razón en las oficinas que andando los siglos se llamarían Registros de la Propiedad.

Así surge, para Ramos Folques, la idea embrionaria del auténtico *modo erga omnes*. Para él, el modo de adquirir es aquel requisito al que la ley confiere virtud bastante para que se tenga por traspasada la propiedad respecto de todos, no sólo para las partes, ya consista tal requisito en un hecho jurídico, en un acto, en un negocio, una solemnidad o una formalidad.

Considera la inscripción registral como el único modo de eficacia jurídica más allá de las partes, y cree ver tal afirmación comprendida en los artículos 609 y 1.473 del Código civil nuestro. La palabra *Ley* del artículo 609, la interpreta en el sentido de *ley especial* relativa a las traslación de las cosas inmobiliarias, como excepción o aclaración de la *ley general* sobre la materia, o como un ca-

pítulo de ella, infiriendo tal sentido axiológico de las Bases 10, 12, 25 y 26 de la ley de 11 de mayo de 1888, y de un artículo del proyecto de Código de 1882, muy parecido en su redacción y contenido con el 609 actual, pero con la diferencia de no incluir ni la tradición ni la ley. Encuentra la justificación de su tesis en el artículo 606 y en las constantes remisiones que, unas veces con carácter general, y otras en particular, hace el mismo Código a la Ley Hipotecaria. Pero el fundamento racial lo ve en el verdadero precedente del artículo 1.473, que no es otro, según el conferenciante, que aquel archisabido párrafo de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria en que se hacen las combinaciones de las diferentes maneras de transferirse la propiedad dentro de la práctica usual jurídica. Ese párrafo a que aludimos lo divide Ramos Folques en tres partes: la primera es aquella en que se afirma que el Derecho civil tradicional tenía aceptada la teoría romana del título y el modo; la segunda parte, es aquella en que se afirma que esa teoría no tiene utilidad, por insuficiente, en relación con los terceros, y la tercera es aquella en que se dice que la inscripción hace que el dominio se reputa transmitido respecto de todos, y que para las partes queda subsistente el Derecho civil, con lo que virtualmente queda establecida la distinción entre modos de efectos *inter partes* y modos de efectos respecto de terceros. Pero todavía va más allá el conferenciante, pues en el último inciso de esta tercera parte ha encontrado la convicción de la exactitud de su teoría. Ese último inciso dice que una venta «si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, esto es, aunque medie la tradición, será dueño con relación al vendedor, pero no con respecto a otros que hayan cumplido el requisito de la inscripción». Este párrafo —dice— adolece de una imprecisión técnica, porque admite la coexistencia de dos propietarios, supuesto absurdo, dada la impenetrabilidad del concepto de propiedad, en el sentido de dos propietarios totales de la misma cosa; pero precisamente ese defecto es el que confirma que no se alude a dobles propietarios, sino a un doble modo de adquirir, en relación a sus efectos: uno, reducido a las partes, y el otro, extendido a la sociedad entera.

Hace alusión a la cultura jurídica en el orden de transmisiones inmobiliarias del Egipto de la época de los comienzos de la Era Cristiana, para hacer resaltar que gracias a los papiros reciente-

mente descubiertos en el Gebelén, y a la interpretación que de ellos hace Hans Julius Wolff en la Revista *Aegyptus*, correspondiente a la publicación aparecida en abril de 1949, existe un documento llamado *apedoto epriato*, que el conferenciante traduce como certificado de adquisición o de propietario, documento que era expedido por los bibliofilakes o registradores y que tenía como finalidad acreditar, no que se había adquirido una propiedad, sino que se era propietario actual.

Advierte que así como en el campo de la investigación histórica la inteligencia humana tiene un límite natural, en cambio en el campo de la especulación no se tiene límite alguno, y que precisamente esto justifica no sólo la tesis de su conferencia, sino también la contraria, mantenida por un gran sector de hombres cultos y laboriosos, que mantiene que la tradición es un modo de adquirir de efectos *erga omnes*. Y termina diciéndonos que cuando lee esa corriente doctrinal, tan agudizada en nuestros días, acude a su mente la leyenda suiza de los hermanos Tell, de aquellos hermanos que, amantes de la paz y de la justicia, se recluyeron en una caverna para no presenciar las angustias humanas; «todos los años, uno de los hermanos (copio de las cuartillas de la conferencia), emergiendo de la oscura caverna a la superficie, y aviserando su diestra para proteger la vista de la viva luz del sol sobre la nieve, avizora en lontananza, y cuando sus hermanos le preguntan si existe ya la paz sobre la Tierra, contesta: ¡Todavía no!» Al igual que el suizo de la leyenda, cualquier jurista puede otear en los horizontes de la vida humana, y cuando se le pregunte si la humanidad ha dejado de ser recelosa y desconfiada, y si en consecuencia pudiera prescindirse de la intervención estatal para revestir la milenaria tradición con los atributos de la eficacia *erga omnes*, ese jurista, como el suizo de la leyenda, tendrá que contestar: ¡Todavía no!

¡Un día memorable para el Registro de la Propiedad!... Institución ésta a la que aún le quedan muchos días de gloria, si los Registradores nos aplicamos, con celo y con cariño, a publicar sus ventajas.

JOSÉ AZPIAZU
Registrador de la Propiedad.

Prescripción e Impuesto

(Primera parte)

I

La influencia del tiempo en el orden jurídico es varia y, en muchos casos, decisiva. Un estudio completo de tal factor sería muy dilatado, por serlo el campo de su actuación, aun circunscrito a una rama del Derecho; de ahí que intente ahora discurrir solamente en cuanto a una faceta del mismo: prescripción en el «Impuesto de Derechos reales», regulada en el artículo 26 de la Ley del tributo y en el 143 del Reglamento para su ejecución, limitándose, de momento, a la prescripción del derecho de la Administración a *liquidar antes de la presentación*, dejando para mejor ocasión el estudio de las otras dos categorías de la misma, o sea: b) Del derecho a liquidar después de haberse presentado el documento; y c) Del derecho a exigir el pago después de liquidado.

Según dice Fleiner, «una serie de instituciones y formas jurídicas son comunes al Derecho privado y al público», pues si bien «muchas se forman en el Derecho privado, ello no quiere decir que sean exclusivas del mismo». Y el propio autor, acertadamente, cita como ejemplo la prescripción. Indudablemente, toda la teoría del tiempo ha sido elaborada fundamentalmente por los civilistas y regulada por el Ordenamiento de tal carácter, pero fué acogida por el Derecho público también, y es común a ambas ramas. No quiere esto decir que la regulación doctrinal y positiva sea idéntica en las dos disciplinas, pues hallándose cada grupo de relaciones matizado

con especiales características propias, es lógico que lo estén también las normas que las rigen, aunque los conceptos fundamentales y líneas generales de la construcción sean iguales. En más de una ocasión será preciso acudir al Derecho privado para iluminar las oscuridades del público y, más concretamente, del fiscal.

II

La Ley de Contabilidad del Estado (1-VII-1911) contiene normas sobre la prescripción de créditos en contra y a favor del Estado, entre ellos los procedentes de contribuciones e impuestos, si bien expresamente exceptúa «lo preceptuado en leyes especiales». Entre estas últimas se halla la del 7-XI-1947, del «Impuesto de Derechos reales y sobre la transmisión de bienes» (texto refundido), cuyo artículo 26 dice: «La acción de la Administración para liquidar el Impuesto prescribe a los diez años, contados desde el otorgamiento del documento o la existencia del acto que produzca la exacción. No obstante, en los contratos de tracto sucesivo...» (párrafo 2.º). Igual contenido tiene el apartado primero del artículo 143 del Reglamento del mismo tributo, aunque en mi opinión se exprese en términos más precisos técnicamente.

Los antedichos preceptos disponen la extinción del derecho de la Administración a liquidar, por prescripción decenal. Se trata, pues, de una prescripción extintiva, con la correlativa liberación del contribuyente.

Relacionando las predichas normas fiscales con el artículo 1.961 del Código civil (las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la Ley), cabe preguntar si, efectivamente, es cierto que por el mero transcurso del plazo señalado se opera la extinción; es decir, si por el hecho de que los documentos no se presenten en el término de diez años, fenece el derecho de la Administración a realizar toda actividad liquidatoria.

El propio Código civil —en sus artículos 1.973 y siguientes— nos aclara que el 1.961 es sólo parcialmente exacto, pues si bien el plazo legal es determinante de la prescripción, no lo es menos que para que ésta exista es preciso que concurren, asimismo, otras circunstancias; que integran —según feliz expresión de Alas, De

Buén y Ramos-- «el silenciamiento de la relación jurídica», frase acogida por nuestro más alto Tribunal. En efecto, de los aludidos preceptos de nuestro Ordenamiento civil, se deduce la necesidad de una doble inacción durante el plazo prescriptorio: a) Del titular-acreedor que no ejercita su derecho. b) Del propio deudor, que omite toda actividad que pueda suponer un reconocimiento expreso o tácito del derecho de aquél. ¿Existe un *paralelismo* —parodiando parcialmente a Gómez Llanos —entre el Ordenamiento fiscal y el civil en este caso? Creemos que sí, pues se trata de una cuestión de concepto fundamental sin otra diferencia de que en un caso se aplica a una relación de igualdad (acreedor y deudor) y, en otro caso, de desigualdad (Estado y contribuyente), que no afecta a la esencia de la construcción, ya que en la situación de que se trata —según las propias normas fiscales— el Estado se coloca en el mismo plano que el particular (no otra cosa significa la admisión de la prescripción); es decir, que implícitamente hay un reenvío del Derecho fiscal al civil. No es preciso insistir sobre estos extremos, ni acudir a otros argumentos interpretativos, ya que el Reglamento y la jurisprudencia admiten expresamente la teoría de la *interrupción*, que no es más que el aspecto positivo de la del *silenciamiento*. Cierto es que en el cuerpo reglamentario existen ejemplos, al igual que en el Código civil, de plazos de *decadencia* —caducidad, según la Ley de Contabilidad—, pero el caso presente, según las propias normas, es de prescripción, en sentido riguroso.

Según el tan repetido artículo 143, en su párrafo 3.º, «el reconocimiento por el contribuyente de la obligación de satisfacer el Impuesto, y la presentación del documento en una Oficina liquidadora, aunque sea incompetente, interrumpe el plazo de prescripción, que empezará a contarse de nuevo desde que estos hechos se produzcan». Se trata, evidentemente, de un caso de falta de silenciamiento (interrupción) pasivo. Únicamente es de notar que en el caso de que tal interrupción se produzca por presentación del documento, será posible después una prescripción de la clase que antes señalamos con la letra b), pero nunca de la que ahora tratamos. El reconocimiento expreso o tácito deberá realizarse *antes* del vencimiento del plazo, pues si es posterior será irrelevante, por haberse causado la prescripción, si bien puede suponer una renuncia a la misma.

Debe existir también una inactividad de los órganos administrativos, que no ejercitan la facultad de exigir la presentación, supliendo incluso la omisión del contribuyente (acción investigadora). Según el mismo artículo, en su apartado 5.º, a estos efectos debe tenerse en cuenta el 118, 1.º del mismo Reglamento, que ordena: «La liquidación definitiva podrá practicarse aunque hayan transcurrido los plazos señalados en el artículo 115, si el tiempo de la prescripción administrativa para exigir el Impuesto no hubiese pasado aún. En el caso de este artículo, dicho término comenzará a contarse desde la fecha de la última liquidación girada en la sucesión de que se trate, ya tenga carácter de parcial o provisional o de complementaria de ésta.» Suelen los comentaristas considerar esta disposición como una excepción a la doctrina general sobre iniciación de plazo, cuando en verdad no es más que una ampliación de lo expuesto, o sea una interrupción por actividad administrativa promovida por el propio sujeto pasivo, que excluye el requisito del silenciamiento. Aunque referida a la última clase de prescripción fiscal (c), el antedicho párrafo 5.º nos da una muestra más de interrupción activa, al ordenar que en caso de procedimiento de apremio el plazo prescriptorio se contará desde la última diligencia practicada; es decir, que esas diligencias *interrumpen*. Según la sentencia de 22 de septiembre de 1925 —citada por Villamil y Bas—, las diligencias practicadas por un liquidador dentro del plazo de prescripción, si no se modifican al contribuyente o éste no se presenta, no interrumpe; lo cual quiere decir que si se notifican interrumpen, o sea que el silencio de la Administración existirá en tanto expresamente no requiera o notifique al obligado, lo cual no es contrario a lo dicho.

Se concluye, por tanto, con una afirmación: la teoría civil sobre los requisitos de la prescripción es aplicable al orden fiscal iusrealista

III

¿Desde cuándo comienza a contarse el plazo de prescripción? «Desde el otorgamiento de documento o la existencia del acto» —dice la Ley — «según sea necesario el primero o baste el segundo para liquidar» —añade el Reglamento—. Prima facie, la inteligencia

de estos preceptos parece clara y sencilla: bastará determinar, con arreglo al propio Reglamento, cuándo es necesario el otorgamiento de documento o baste la existencia del acto, para considerar existente la figura liquidatoria, desde cuyo momento, correlativo a la obligación de presentar, comenzará a correr el tiempo. Si ahondamos en tales reglas y las ponemos en contacto con determinados supuestos jurídicos, con la Vida misma, el contenido puramente literal de la norma o es insuficiente para resolver o nos lleva a deducciones absurdas, notoriamente disconformes con la finalidad que la Ley persigue.

Aunque era mi intención soslayar toda referencia a las teorías sobre interpretación, me veo obligado a estudiarlas, aunque brevemente, y en relación a la materia que nos ocupa, sin ánimo, por tanto, de contestar a los interrogantes que abre Larraz en su prólogo a la obra magistral de Bas.

Decía que la interpretación literal de los preceptos aludidos nos dejaba insatisfechos; mas si aceptamos la opinión de los que dicen sustentar criterios penales, debemos atenernos a ella y... detenemos. En el orden penal, en efecto, la doctrina de la interpretación de las normas debe conjurarse con el doble principio del *nullum crimen sine lege* —que la esfera de la libertad y los derechos individuales exigen sea aplicado con rigidez— y el pro reo —más sentimental que jurídico—. Evidentemente, ni el contribuyente es un delincuente, ni el impuesto es una pena; aunque un pequeño grupo de normas pueden, si se quiere, calificarse de penales por referirse a la sanción de violencias fiscales, pero entre las mismas no figura la prescripción. Tal vez los fiscopenalistas —dicho sea sin ánimo de ofensa— sean más bien herederos del odio de los romanos contra sus agentes fiscales, principalmente los publicanos, que plasmó en el principio de Modestino *in dubiis contra Fiscus*, y no siempre los aforismos —aunque en ocasiones les respalde nuestro Tribunal Supremo— son verdaderos axiomas jurídicos.

La interpretación literal, gramatical, constituye el primer estadio o elemento de la actividad del intérprete, según la conocida doctrina de Savigni referente a la determinación de la voluntad negocial —anclada, como indica Manresa, en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil— y aplicable a la interpretación le-

gal, según la Dirección de los Registros, pero no es el único medio de que podemos valernos para alcanzar la meta: determinar la verdadera voluntad de la Ley, que puede tener un contenido más amplio —extensiva— o más restringido —restrictiva— de lo que sus palabras expresen; y aun a falta de norma exactamente aplicable al caso concreto, cabe declarar la voluntad de la Ley por lo dispuesto para casos análogos, aunque tal vez esta categoría de interpretación —analógica— sea más bien de integración de norma, como afirma De Ruggiero.

Por los medios a nuestro alcance debemos averiguar la *mens legis*, sin exagerar los procedimientos lógicos y sin olvidar las realizaciones prácticas que la Ley persigue, como indica Castán.

En el Reglamento del Impuesto hallamos reglas que, directa o indirectamente, se refieren a esta cuestión: a) El artículo 42 ordena que en ningún caso —salvo lo dispuesto en las Disposiciones transitorias— se exigirá el Impuesto por otros tipos de liquidación que los señalados en la tarifa adjunta de la Ley. En realidad, no se trata de norma interpretativa, sino de un recordatorio legal de aplicación de tarifa, siendo norma tan lógica —como dice Villamil—, que parece innecesaria. b) El apartado 2.º del artículo 44 permite, mediante expediente promovido por el Liquidador y resuelto por la Dirección de lo Contencioso, «declarar sujetos los actos no consignados expresamente en la tarifa» y que en principio deben considerarse exceptuados. En el Reglamento anterior, el procedimiento a seguir era al revés: primero se sujetaban por el propio Liquidador y después se tramitaba el expediente, pero a los efectos que tratamos... ¡tanto monta! Lo cierto es que el Reglamento autoriza una interpretación extensiva, e incluso analógica, importando poco el grado del Órgano que deba realizarla. c) Según el artículo 7.º, «en ningún caso; ni a pretexto de ser dudosos, podrán declararse exceptuados otros actos que los enumerados en el artículo anterior»; que se refiere —este último— a exenciones. Las cuestiones que pudieran surgir al relacionar este precepto con el 44, no nos interesan ahora.

La jurisprudencia, con los naturales «altibajos», se inspira en las normas transcritas: criterio civilista en lo general y restrictivo en las exenciones, o sea que, como dice Larraz, en este último aspecto es antípoda al Penal, y, digo yo: así como del principio in

dubius contra Fiscus, aunque lo ignore la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1931.

Se deduce de lo expuesto que, en principio, es perfectamente aplicable al orden fiscal la doctrina general elaborada por el privado en cuanto a la interpretación, ya que incluso en cuanto a la regla contenida en el artículo 7.º se puede afirmar que no pugna con los criterios civiles que también admiten restricciones. Por cierto que si aplicamos el criterio restrictivo en orden a la prescripción, llegaremos a distinto resultado de nuestros adversarios, pues si la prescripción implica una exención debe restringirse su admisión...

Justificada, en este aspecto, nuestra postura, volvamos a reanudar el estudio de la cuestión objeto de este apartado.

Si la prescripción, como decíamos, supone una inacción durante un plazo, se impone la conclusión de que si «actividad» no es legalmente posible, no comienza el término. De ahí que el Código civil, en su artículo 1.969, establezca la disposición general de que «el plazo para la prescripción de acciones comienza desde que puedan ejercitarse, cuando no haya disposición general que otra cosa determine». Nuestro Tribunal Supremo ha interpretado este precepto en el sentido de que haya habido posibilidad legal en el ejercicio, posibilidad que es normalmente objetiva, no influyendo las circunstancias puramente individuales. Y siendo lo dicho mera consecuencia del concepto mismo de la prescripción, es de entera aplicación en el Derecho de imposición iusrealista, aunque tal vez se me diga que soy exageradamente lógico y que, por otra parte, existe esa norma especial de que nos habla el Código civil, pero veremos que no es así.

Ordinariamente, el nacimiento del derecho subjetivo coincide con la existencia del hecho, acto o negocio jurídico que le causa, así como suele también ser su hermano siamés el de su ejercicio; pero tanto en la esfera de lo puramente pensado como en la vida misma, se observan casos de divorcio de los tres fenómenos, o sea que no hay coetaneidad entre los mismos. La norma general se ha dictado en base al supuesto ordinario, siendo inaplicable a los demás, ya que en otro caso la solución de los problemas que se plantearan sería absurda, por partir de una falsedad en relación a la realidad jurídica. Este aserto tiene plena comprobación en el Reglamento y declaraciones jurisprudenciales.

Procedamos sistemáticamente y analicemos las normas que se refieren: a) Coincidencia de los tres momentos. b) El derecho nace con posterioridad al acto. c) Coincidencia de los dos primeros, pero existiendo imposibilidad legal de ejercicio.

A) Es, según indicamos el caso ordinario. No surge problema alguno de aplicación del 143 reglamentario.

B) En esta hipótesis, el momento inicial de la prescripción será el del nacimiento de la relación, no el del acto que le cause. Esta deducción se obtiene relacionando el tan repetido 143 con el 57 del mismo Reglamento, y es conforme con el criterio jurisprudencial. (Sentencias de 5 de enero de 1928 y 15 de noviembre de 1927...)

C) Este supuesto abarca, a su vez, otros dos: a) Imposibilidad del órgano por falta del presupuesto necesario de poder. a') Imposibilidad por falta de conocimiento.

a) La disposición 2.ª transitoria dice: «Los plazos establecidos en los artículos 141 y 143 del Reglamento, se entenderán interrumpidos entre el 18 de julio de 1936 y el 1.º de abril de 1939, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 13 de julio de 1940.» Si en todo caso el término comenzase a contarse desde la fecha del acto, lo copiado sería un auténtico «pegote» en el bien delineado edificio jurídicofiscal, pero a la vista de la teoría y conceptos que sostenemos, no es otra cosa que una consecuencia natural. La Administración, como el hombre primitivo, realiza el derecho por sí misma por ello, ante un incumplimiento de la obligación de presentar, ejercita la acción investigadora; en circunstancias anormales, en las que prácticamente el poder no existe, tampoco podrá la investigación llevarse a cabo por falta de presupuesto necesario. Es de notar que por índole excepcional la declaración de «falta de poder» no podrá realizarse por los órganos de gestión, sino por los supremos de Gobierno del Estado. Ni que decir tiene que tal imposibilidad ha de ser objetiva, no debiendo confundirse con ella la que surja por negligencia de funcionarios o defectos de organización —la falta de Servicio de investigación no ha sido tenida en cuenta, con razón, por nuestra jurisprudencia—, ya que tales omisiones presuponen precisamente el poder del que no se hizo uso.

b) El párrafo 2.º del artículo 143 dice: «En los documentos privados, cualesquiera que sea su fecha, el plazo para los efectos

de la prescripción comenzará a contarse desde que la Administración tenga conocimiento de su existencia, desde la incorporación o inscripción en un Registro público o desde que fueran entregados a un funcionario público por razón de su oficio, conforme al artículo 1.227 del Código civil.» La cita del Ordenamiento civil puede inducir a error, pues en el Reglamento se omite «o desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron», dato revelador de que la *ratio* de ambos preceptos no es la misma. El Código regula la fecha de los documentos privados en relación a terceros, mientras que el Reglamento disciplina los requisitos necesarios que aquéllos deben reunir, a efectos de prescripción, inspirándose en la teoría de la posibilidad de conocimiento, sin el cual la Administración no podrá obrar. Ciertamente es que algunas sentencias parecen admitir «la doctrina de la fecha contra terceros» como determinante de la iniciación de plazo; pero, repito, la lectura del Reglamento nos da completa luz: la omisión referida es harto elocuente. No hay, pues, prescripción en tanto no sea posible un conocimiento del acto; la clandestinidad es irrelevante.

De acuerdo con los criterios interpretativos que sumariamente se examinaron, creo que esta teoría de la anticlandestinidad (digámoslo así) puede y debe aplicarse a otros casos, en los que hay la misma razón de decidir. Veamos.

1) Contratos verbales. Cuestiones graves plantean los contratos verbales en relación a la exención del Impuesto, que no hemos de estudiar, aunque sí hacer constar nuestra conformidad con Bas, el cual, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1950 dice «que el precepto que declara la exención parte del supuesto de una prueba documental que ponga de manifiesto la existencia del contrato...»; y de ahí que a efectos de prescripción será aplicable lo consignado en el apartado anterior en relación con el dato documental que exteriorice la existencia del contrato verbal.

2) Documentos otorgados en el extranjero. Comprende, a su vez, dos grandes grupos: documentos privados y documentos públicos.

En la primera clase de documentos no concurren circunstancias especiales que puedan originar una situación distinta a la de los otorgados en España, y, por ello, el plazo se inicia en los supuestos previstos en el ya comentado precepto reglamentario.

En cuanto a los documentos públicos será preciso distinguir:
a) documentos autorizados por funcionarios extranjeros; b) otorgados ante nuestros agentes diplomáticos o consulares.

a) Es ajeno a nuestro estudio el examinar las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a esta categoría de documentos, ciñéndonos a recordar la existencia del artículo 11 del Código civil y del 47 del Reglamento Hipotecario —verdadera norma condensadora—, sin referirnos a otros preceptos ni doctrinas. Tales documentos deben presentarse —si implica una atribución patrimonial dentro de la órbita fiscal española— en el plazo que el Reglamento señala, con independencia de toda diligencia de autenticación, que a efectos de liquidación es en principio intranscendente. El plazo de prescripción considero se inicia en el mismo instante que en los privados, ya que existe la misma razón para resolver; es decir, que comenzará a contarse cuando se presenten ante un funcionario público español, tanto porque mientras esto no acaezca carecen de verdadera fe en nuestro territorio, como por la imposibilidad de conocimiento por los Organos gestores del Impuesto, los cuales, además, carecen en absoluto de facultades para realizar gestión alguna en territorio extranjero.

b) La intervención de funcionarios españoles obliga a equiparar los documentos de esta clase a los públicos otorgados en España. Tal vez se me acuse de falta de lógica, pues se me dirá que en cuarto a los mismos no hay normalmente posibilidad de conocerles, ya que el servicio de investigación no se encuentra organizado. Antes afirmé que la imposibilidad debía de ser objetiva y carece de esta característica la causada por defecto de norma de organización del que pudiéramos denominar servicio investigador exterior.

No parece exista motivo para dejar de aplicar la Orden de 13 de julio de 1944 que ordena no se computen a efectos de presentación los días comprendidos entre la fecha de remisión y la de recibo en el territorio nacional de todos los documentos otorgados en el extranjero, ya que tiene el carácter de interpretativa del propio Reglamento, pero limitada al plazo de presentación, supuesto distinto al de prescripción; es decir, que conforme a todo lo ya expuesto no será posible dejar de computar tales días en el término prescriptorio.

IV

Tributariamente, las herencias poseen notas peculiares, ya que en ellas la forma documental tiene una influencia casi nula. Según el artículo 31 del Reglamento no es necesario se hayan formalizado inventarios y particiones, siempre que resulte probado el acto en virtud del cual la transmisión se verifica; el artículo 48 contiene el mismo mandato. Ante tan tajantes disposiciones son muchos los que opinan, incluso con base en algunas declaraciones jurisprudenciales, que en la sucesión sólo el hecho del fallecimiento es el determinante de la actividad fiscal, y por ende desde su fecha comenzará a contarse el plazo prescriptorio.

El Código civil dispone que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657), lo cual parece corroborar la opinión de los literalistas, pero aun prescindiendo de otras cuestiones no es dable olvidar que el mismo Código dice, en el artículo siguiente, que la sucesión se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y en su defecto por la propia Ley. El negocio jurídico testamento puede estructurar la sucesión con las más variadas modalidades que supongan un nacimiento de derechos —haya o no efecto retroactivo— posterior al óbito, o sea que puede ser perfectamente aplicable lo dispuesto en el artículo 57 del Reglamento, y como quiera que también de los mismos preceptos legales pueden derivarse limitaciones que produzcan análoga situación, no hay inconveniente en aceptar en cuanto a las sucesiones lo que dijimos en el apartado B. Un supuesto concreto prevé el párrafo octavo del artículo 109 referente al plazo de presentación, que puede tener repercusiones en cuanto a la prescripción.

La doctrina también expuesta para caso de imposibilidad objetiva de la Administración, por falta del presupuesto necesario de poder, la creemos aplicable al orden sucesorio

¿Y la imposibilidad de ejercicio por falta objetiva de conocimiento? El artículo 327 del Código civil dispone que las actas del Registro darán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o

hubiesen desaparecido los libros del Registro o cuando ante los Tribunales se suscite contienda. En el caso ordinario de existencia de inscripción, no se plantea problema alguno, pero sí cuando aquélla no existe. En el segundo supuesto, cabe adoptar la postura de entender que tal omisión es causa de una imposibilidad objetiva de conocimiento, al igual que hicieron algunos liquidadores al plantearse, después de nuestra Cruzada, la grave situación de los desaparecidos, más que presuntivamente muertos, pero incurriríamos en un grave error, según puso de relieve la Circular de la Dirección de lo Contencioso de 11 de noviembre de 1939, que ordenó que a efectos del plazo de presentación se tuviese en cuenta la del fallecimiento natural del causante, por diversas razones, principalmente la de que tanto el artículo 31 del Reglamento como el 48 se refieren a que «esté *probado* el hecho de la transmisión», y no es la única prueba, aunque sea la principal, la inscripción Registral.

¿Bastará cualquier prueba, a efectos de prescripción? A mi juicio existe cierta analogía con lo ya indicado para los contratos verbales, pues en ambos el acto sujeto es independiente de toda forma, pero como quiera que la actividad administrativa no puede realizarse sobre meras hipótesis, sino que ha de ser fundada, será preciso un dato documental que exteriorice el hecho. Ese dato, esa prueba, ha de producirse y reunir condiciones tales que en ella pueda basarse la Administración para el ejercicio de la acción investigadora, lo cual a su vez implica la posibilidad objetiva de conocimiento del mismo que requiere, normalmente, la intervención del funcionario que pueda dar cuenta a la propia Administración.

En el artículo 31 del Reglamento se contiene la regla 18, según la cual cuando se haga la declaración del fallecimiento de un ausente, se exigirá a sus herederos el impuesto correspondiente; y en el 113, párrafo octavo, se dice que conforme a lo establecido en el artículo 193 del Código civil, los plazos para la presentación de documentos referentes a su herencia comenzarán a contarse desde el día siguiente en que sea firme la declaración, con arreglo al artículo 196 del citado Cuerpo legal. Estas normas revelan claramente la mente de la Ley en cuanto a la iniciación de plazo, ya que la misma obligación del contribuyente de presentar no se cuenta, en tal supuesto, desde la muerte, sino desde la declaración judicial que la constate. Y tal criterio, aunque particularizado, demuestra

la admisión de la teoría que hemos llamado del conocimiento. Serrano y Serrano, citado por Bas, dice que el apartado octavo antes relacionado menciona como punto de partida para el plazo de presentación la fecha de la declaración del fallecimiento y no la del momento que en el auto se señale como ocurrida la muerte, y añade: que es porque aquella fecha de declaración equivale a la resolución definitiva, que pone término al litigio, a la que alude el apartado uno del artículo 113 citado; o sea que implica una suspensión; ¿es cierto? Yo, con el máximo respeto para tan eminentes juristas, me permito discrepar de sus opiniones. El precepto que comentamos no encaja exactamente en la teoría de suspensión de plazo, sino que es más bien de la de iniciación del mismo, siendo buena prueba de ello la de que en el mismo artículo, en su párrafo segundo, se dice que si el litigio se promoviera después de terminar los plazos de presentación y las prórrogas, no sólo no impedirá que la Administración exija los documentos, sino que podrá hacer efectivas las responsabilidades oportunas; y ahora piénsese en una declaración de fallecimiento que fija como fecha de este último cinco años, por ejemplo. Sigo creyendo, pues, que la norma de que se trata es una simple consecuencia de la teoría del conocimiento, que tan repetidamente hemos expuesto.

De lo dicho se concluye con la afirmación de ser aplicable, con las naturales diferencias de matiz, la doctrina sobre iniciación de plazo en los actos intervivos.

V

Era mi propósito el estudiar otras cuestiones, como la de la renuncia a la prescripción, pero la falta de espacio, de un lado, y por otra parte la aridez de la materia que nos ocupa me impelen a hacer punto final, sin perjuicio de que, si Dios me da tiempo y humor, vuelva a poner a prueba la paciencia de los lectores de esta Revista.

LADISLAO G. ARANGO Y CANGA
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

SUBROGACIÓN POR PAGO.—LA OPERACIÓN PROYECTADA POR DETERMINADA ENTIDAD PARA SITUARSE EN LUGAR DEL BANCO HIPOTECARIO, NI PUEDE CALIFICARSE DE SUBROGACIÓN LEGAL DADA LA CONDICIÓN SINGULAR Y PRIVILEGIADA DE DICHO BANCO CONFIGURADA EN LA LEY DE 2 DE DICIEMBRE DE 1872 Y EN SUS ESTATUTOS, NI DE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, POR CONSTAR HECHO EL PAGO AL REPETIDO BANCO CON ANTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO AL EFECTO Y NO CUMPLIRSE, ADEMÁS, LOS REQUISITOS PREVENIDOS EN EL ARTÍCULO 1.211 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 7 de diciembre de 1950 (B. O. de 27 de enero de 1951.)

Por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Alicia Caravaca y López, en sustitución de su compañero don Cándido Casanueva, el 17 de diciembre de 1920, el Banco Hipotecario de España concedió a la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, de Bilbao, un préstamo de tres millones de pesetas de principal, intereses al 5,25 por 100 anual, más 0,60 por 100 de comisión, y plazo de amortización de cincuenta años, con hipoteca sobre el edificio del Hotel Carlton, en la plaza Elíptica de la villa de Bilbao. Según liquidación de reembolso anticipado de 6 de septiembre de 1943 del referido Banco, el importe adeudado en dicha fecha ascendió a pesetas 2.537.741,20. En 6 de septiembre y 23 de diciembre de 1943,

el Banco de Vizcaya remitió al Banco Hipotecario de España la cantidad de 2.541.547,81 pesetas por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, para satisfacer el crédito que el Banco concedió a dicha Sociedad Anónima en 17 de diciembre de 1920, según certificación del Secretario del Banco de Vizcaya, de 11 de febrero de 1944. Por otra escritura, otorgada ante el Notario de Bilbao don Arturo Ventura y Solá el 10 de febrero de 1944, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, cumplimentando el acuerdo adoptado por su Junta de Gobierno el 4 del mismo mes, concertó con la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton un préstamo que produciría la subrogación de dicha Caja de Ahorros en los derechos, obligaciones e hipotecas derivados de la escritura de préstamo con hipoteca de 17 de diciembre de 1920 antes citada, comprometiéndose el prestatario a otorgar los documentos que fueren necesarios. El capital de este préstamo de pesetas 2.541.547,81, que se confesaron recibidas, fué destinado exclusivamente a la amortización del saldo del préstamo a favor del Banco Hipotecario de España, por lo que quedó subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao en los derechos e hipotecas del expresado Banco Hipotecario. Se estipuló continuarían en vigor las cláusulas y condiciones del préstamo del Banco Hipotecario que no fueran privativas de éste, si bien el interés se redujo al 4,50 por 100 anual y el plazo de amortización a veinticinco años, a contar desde el día 1 de enero de 1944, así como se aceptaron otras estipulaciones no comprendidas en la ya citada escritura de 17 de diciembre de 1920. Ambos otorgantes hacen constar formalmente su propósito de notificar el contenido y objeto de esta escritura al Banco Hipotecario de España, exhortándole, de conformidad con los artículos 1.211 y 1.212 del Código civil, a otorgar carta de pago de la totalidad del préstamo como derecho personal, cancelando el derecho real de hipoteca solamente en cuanto a la diferencia del capital originario de 3.000.000 de pesetas y los 2.541.547,81 pesetas a que se contrae el préstamo contenido en este documento, subsistiendo por tanto, la hipoteca, en que quedará subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, por los 2.541.547,81 pesetas, sus intereses de tres anualidades y 300.000 como crédito suplementario para costas y gastos, en su caso, en calidad de primer hipotecario;

y por ser el derecho que ejercitan los otorgantes, al amparo del artículo 1.211 del Código civil, propio e independiente del acreedor Banco Hipotecario de España, se prevendrá a éste, al notificarle la escritura, que de no cumplir estrictamente lo dispuesto en el párrafo anterior respecto al otorgamiento de la carta de pago y cancelación parcial del derecho de hipoteca, no tendrá eficacia esta cancelación en cuanto a la parte de crédito hipotecario en que se subroga la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, según el artículo 1.212 del Código civil. El 10 de marzo de 1944 se requirió por los representantes de la Caja de Ahorros y de la Sociedad Gran Hotel Carlton al Notario de Madrid don Bruno Rafael Juristo Crespo para que notificase al Banco Hipotecario el otorgamiento de la escritura de préstamo con subrogación, de 10 de febrero de 1944, y le invitase a reconocer que había recibido totalmente el importe del crédito concedido a la Sociedad Gran Hotel Carlton, requerimiento que se verificó el 17 de igual mes, contestando el Subgobernador de dicho Banco, don Emilio Ullastres Coste: «1.º Que a los efectos del reembolso total del préstamo número 16.689 —y no del 5.449, como sin duda por error, se consigna en el requerimiento—, este Banco percibió la cantidad de pesetas dos millones quinientas treinta y siete mil setecientas cuarenta y una con veinte céntimos, según se hizo constar en la liquidación-recibo de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, que fué remitida a la S. A. Gran Hotel Carlton en veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres 2.º Que efectivamente este Banco, al percibir el importe de la liquidación anteriormente expresada, se considera totalmente pagado del préstamo de tres millones de pesetas que hizo al Gran Hotel Carlton, S. A., por escritura de diecisiete de diciembre de mil novecientos veinte, autorizada por el Notario de esta capital don Cándido Casanueva», según consta en la copia del acta levantada el 10 de marzo de 1944 por el referido Notario señor Juristo.

Presentada una primera copia de la escritura con otros documentos complementarios en el Registro de la Propiedad de Bilbao, se extendió el 10 de mayo de 1944 la siguiente nota: «Las obligaciones se extinguen por pago y se modifican por novación, que es otra forma de extinción, siendo preciso, en uno y otro caso, que estén vivas y existentes en el momento del cumplimiento; y para

la novación por subrogación por el deudor, que nunca se presume, exige la Ley conste de manera indubitada que se tomó el dinero para pagar, expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad (artículo 1.211 del Código civil); y sólo mediante esos requisitos consiente alterar la regla general del artículo 1.207 que deja a salvo los derechos de terceros, permitiendo, por excepción, que el nuevo acreedor pueda repetir contra ellos (artículo 1.212). Partiendo de estas premisas, mal puede la Sociedad prestataria novar en 10 de febrero de 1944 una obligación extinguida por pago en 17 de septiembre anterior (según recibo del Banco Hipotecario, en el que consta una transferencia por el de Vizcaya, sin referirse a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, y acta de requerimiento que confirma el total pago en aquella fecha) ni subrogar al nuevo acreedor en perjuicio de terceros inscritos cinco meses después de extinguida la obligación. Por estas consideraciones y porque el consentimiento prestado por las partes adolece de error substancial en la estipulación que obliga al prestatario a subrogar cuando está legalmente imposibilitado de hacerlo, «se deniega», por defecto insubsanable, la inscripción de este documento, al que se acompaña recibo de reembolso anticipado por el Banco Hipotecario y copia de un acta de requerimiento, número 191 del protocolo del corriente año del Notario de Madrid don Bruno Juristo.»

Interpuesto recurso por el Director de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, la Dirección, con revocación del auto apelado, declara que la escritura calificada no se halla redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, mediante la interesante y atinada doctrina siguiente :

Que al hallarse en vigor y sin cancelar la inscripción de la hipoteca constituida a favor del acreedor, no existe obstáculo registral para la subrogación de un tercero en los derechos de aquél y únicamente ha de puntualizarse si se cumplieron o no los requisitos legales establecidos para la validez y eficacia de la subrogación personal a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao.

Que la subrogación en los derechos de un acreedor hipotecario preferente, impuesta por la ley o por la convención tiene precedentes en el Derecho romano, según el cual, el acreedor de rango infe-

rior, que carecía del *ius vendendi*, tenía la facultad—*ius offerendi pecuniae*— para pagar al acreedor hipotecario preferente o consignar el importe del crédito y subrogarse en su lugar, de pleno derecho, sin su consentimiento, mediante el juego de la *successio in locum creditoris*, e igualmente el deudor que hubiera tomado dinero a préstamo, con determinados requisitos y pagase con la cantidad prestada, subrogaba al prestamista en los derechos y acciones de quien tuviese un crédito hipotecario de mejor rango, aun sin la aprobación de éste, doctrina admitida en la partida quinta, título 13, ley 34, que no se reprodujo fielmente, aunque sí en lo esencial en los artículos 1.086 y 1.116 a 1.121 del Proyecto del Código civil de 1851 ;

Que mientras los Códigos civiles francés e italiano regulan el pago con subrogación, legal y convencional, a continuación del pago como medio de extinguir las obligaciones, y los Códigos alemán y suizo identifican la subrogación con la cesión de créditos, nuestro Código civil trata de ambas clases de subrogación en los artículos 1.203 y siguientes, distingue, en cuanto a sus efectos, novación extintiva (artículo 1.207) y subrogación personal modificativa (artículo 1.212), y permite deducir que el crédito transferido al subrogado es el mismo que tenía el primitivo acreedor, aunque con sustitución de uno de sus elementos personales, el sujeto activo de la relación obligatoria ;

Que el pago con subrogación constituye una forma de transmitir créditos con los derechos anexos y modifica la obligación primitiva, excepto cuando se declare terminantemente por los contratantes un propósito extintivo o la anterior y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles, según preceptúan los artículos 1.203 y 1.204 del referido Cuerpo legal, si bien no se producirá tal incompatibilidad aunque se varíen las condiciones principales o accesorias, siempre que las nuevas sean más favorables o faciliten el cumplimiento por el deudor de lo anteriormente pactado, según ha declarado el Tribunal Supremo.

Que la subrogación legal, prevista en los artículos 1.209 y 1.210 del repetido Código se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferentemente o un tercero no interesado en la obligación con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subrogará *ope legis* en el crédito y derechos a él

ánexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación ni se modifiquen las particularidades del crédito transferido, que se adquirirá íntegro o parcialmente, según que se efectúe al pago de una u otra forma, puesto que todas las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado, y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola en convencional ;

Que el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumpla los siguientes requisitos de ineludible observancia : 1.º, que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella ; y 2.º, que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores ;

Que la operación proyectada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao no puede calificarse de subrogación legal : 1.º, porque en la escritura de 10 de febrero de 1944, si bien se pretendió excluir la subsistencia de las cláusulas y condiciones que regían el préstamo del Banco Hipotecario, que fueran privativas de este establecimiento, no se tuvo en cuenta todo el alcance que imponía la condición singular y privilegiada de dicho acreedor configurada en la Ley de 2 de diciembre de 1872 y en sus Estatutos aprobados por Real decreto de 11 de noviembre de 1928, modificados en algún punto por Decreto de 6 de junio de 1947 ; 2.º, porque las modificaciones introducidas en el primitivo contrato de préstamo, especialmente en cuanto a la duración, tipo de interés, capital y anualidades de amortización, cuya cuantía no consta determinada en la escritura, hacen imposible presumir la existencia de tal «subrogación legal» ; y 3.º, porque en el momento de la calificación registral tampoco se acreditó que la Caja de Ahorros fuese acreedor hipotecario posterior, toda vez que el documento de 6 de junio de 1944, en el que consta que dicha Entidad es poseedora de 1.200 obligaciones hipotecarias al portador, de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, no puede surtir efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 122 del Reglamento Hipotecario de 1915 ;

Que en la escritura de 10 de febrero de 1944 no puede estimarse realizada una subrogación convencional porque el pago del Banco

de Vizcaya por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, tuvo lugar en el mes de septiembre de 1943, es decir, con anterioridad al otorgamiento de la referida escritura y no se cumplieron además los requisitos prevenidos en el artículo 1.211 del Código civil.

* * *

Como puede apreciarse a la simple lectura de la Resolución precedente, enfoca y resuelve ésta el problema planteado desde el campo del Derecho civil, pero sin la más leve alusión a los preceptos hipotecarios.

Y sin dejar de reconocer la lógica brillante de nuestro ilustrado Centro, pues atiende, analiza y resuelve la cuestión según se la fijaron, acaso mirando a determinados preceptos hipotecarios, es por donde —por analogía o similitud— pudiera haber tomado cauce aquélla.

Ya en Derecho romano, refiriéndose a la teoría de la *sucoesio in locum*, consistente en que cuando un crédito garantizado con hipoteca era satisfecho por un tercero —escribe Eduardo Espin, «Sobre pago con subrogación», *Revista de Derecho Privado*, pág. 300, mayo, 1942—, y que en vez de extinguirse se transmitía con la hipoteca al que pagaba, no era menester que el acreedor realizase la cesión, porque la transmisión se operaba *ope legis*, pero tratándose de un *ius singulare* no tenía lugar sino en los casos señalados en la ley.

Pues bien, ante el silencio del Código civil respecto a la forma de acreditar la subrogación legal y a fin que desplieguen su eficacia los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, debería tenderse a buscar por analogía, según dijimos, formalidades establecidas para el cumplimiento de determinadas subrogaciones de ese tipo.

A tal efecto, basta fijar nuestra atención en el párrafo 2.º del artículo 118 de la Ley Hipotecaria y párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la misma, como en los 230 a 232 de su Reglamento y deducir —según reconoce también la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1925—, que mediante acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas, oportuno mandamiento judi-

cial o escritura de carta de pago, en los cuales conste que el pagador hace uso de la subrogación legal, circunstancia que puede completarse, si se hubiera omitido, mediante instancia del subrogado; y deducir, repetimos, que valiéndose de tales documentos es factible acreditar toda suerte de subrogación legal.

Aun así, en este ensayo nuestro de acoplar formalidades preestablecidas a los problemas de subrogación legal que puedan plantearse, quizá nos encontremos en ocasiones que la misma no pueda acreditarse (o no tener lugar, como la de sus antecedentes romanos, pautada, según dijimos, expresamente por la Ley). Tal el caso que motiva la Resolución precedente dada la singular y privilegiada condición del Banco Hipotecario y demás irrefutables razonamientos del penúltimo de sus considerandos.

¿*Quid* en cuanto a la subrogación convencional? Para Eduardo Espin (del que aconsejamos la total lectura de su citado magnífico trabajo), no siendo la subrogación una forma de pago, sino un modo de sucesión en el crédito, sólo por la llamada teoría de la cesión puede justificarse la misma.

Ya los romanos concibieron la operación, no como un pago, sino como venta del crédito, con lo cual no se extingue éste, y es ya posible que el que realiza el pago se aproveche de sus ventajas.

Recogida la teoría por la doctrina germánica, el Código alemán hace de la subrogación legal una transmisión legal del crédito, a la *que se aplican analógicamente las reglas de la cesión convencional*. Por ello, bajo la rúbrica de cesión legal, expone Hedemann los diversos casos en que se produce la subrogación en el Código alemán, criterio de exposición que es el generalmente seguido por la doctrina alemana. Igual posición mantiene la doctrina suiza; así, Von Tuhr entiende por subrogación el «acto por virtud del cual el tercero que salda la deuda pasa a ocupar el lugar del acreedor a quien se le paga, eliminado, por tanto, de la obligación», afirmando que se trata de un acto de cesión legal.

También en Francia (aun partiendo de la base de que la subrogación es un verdadero pago), la teoría de la cesión va abriéndose paso. Así, Thezard y Toullier.

Entre nuestros civilistas, Arrazola y Planas preconizan la teoría últimamente defendida por los profesores Pérez González y Alguer, que identifican la subrogación con la cesión alegando en

apoyo de esta opinión la identidad de efectos que la subrogación y la cesión producen, según los artículos 1.212 y 1.528 del Código civil y la letra de la Ley, que bien claramente expresa que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos (artículo 1.212).

En resumen de lo expuesto, acaso no fuera aventurado afirmar que toda subrogación es legal, siquiera cabría diferencia la llamada convencional por la doctrina, identificada con la cesión, de esa otra por antonomasia denominada «legal», tipificada en los casos expuestos del párrafo 2.º del artículo 118 y párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de nuestra Ley Hipotecaria (1).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO :
Registrador de la Propiedad

(1) Quien desee ampliar el estudio de tan interesante tema, aparte de los Tratados generales de Derecho civil españoles, puede consultar la ya clásica monografía de Clemente de Diego *Transmisión de las obligaciones*, la conferencia de Cossío «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo I, y el notable artículo del Notario P. J. Azurza «Notas sobre novación», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1950, en donde, a más, se hallarán múltiples referencias de autores y obras patrias y extranjeras sobre la materia. Nosotros nos hemos ceñido, según nuestra norma, al problema de la subrogación en su especialidad hipotecaria.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1950.—*Procedimiento judicial sumario-hipotecario: Su nulidad. (Ver esta Sentencia en Procesal civil.)*

HIPOTECARIA

SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1950.—*Buena fe.*

La protección que en aras de la fe pública registral y como excepción de la regla general contenida en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, dispensa la misma Ley en su artículo 34, al tercer adquirente, exige a éste la simultánea concurrencia, según con reiteración ha establecido la doctrina jurisprudencial, los requisitos de que la adquisición haya sido a título oneroso de persona que, según el registro, haya podido transmitir, que el derecho esté inscrito y que se haya procedido de buena fe, circunstancia esta última que, como ya se ha definido a los efectos del expresado amparo registral, entre otras Sentencias por la de 6 de julio de 1945, equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente.

CIVIL

SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1950.—*Naturaleza jurídica del dinero.*

De los antecedentes de este recurso, en parte aceptados por los litigantes, y en lo demás declarados ciertos en la Sentencia recurrida sin impugnación en el presente trámite por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conviene destacar los siguientes: a) El día 1.º de diciembre de 1941, el Habilitado de los maestros de Las Palmas cobró el libramiento de los haberes de éstos, correspondientes al 6 de noviembre anterior, y seguidamente, careciendo de todo

peculio propio, pagó a los acreedores —demandantes— con parte del libramiento cobrado las deudas que con ellos había contraído, sin que conste que los acreedores tuvieran conocimiento de la procedencia del dinero que se les entregó. b) El mismo día dió muerte el Habilidadado a un maestro, lo que motivó la formación de sumario, y en él se decretó inmediatamente la intervención de las cantidades entregadas a los acreedores, sin que éstos en aquel momento hicieran reparo alguno, si bien más tarde, ya terminada la causa criminal con condena a pena de muerte del Habilidadado, sin declaración alguna sobre destino que habría de darse a las cantidades intervenidas, los acreedores solicitaron ante la jurisdicción de lo Criminal que se alzase la retención, y esta solicitud fué denegada, reservándoles el derecho de acudir a la jurisdicción civil para que decidiese sobre el derecho de propiedad de las cantidades incautadas. c) En virtud de esta Resolución promovieron los acreedores juicios, después acumulados, solicitando sustancialmente que se declarase la legitimidad del pago que se les había hecho, oponiéndose a ello la representación de los maestros, solicitando que se le restituyese lo pagado a los demandantes, pretensión que fué acogida en la Sentencia de instancia; y d) La fianza prestada por el Habilidadado en garantía de su gestión resultó insuficiente para satisfacer a los maestros la mensualidad de noviembre de 1941, quedando pendiente de pago, después de aplicada la fianza a esta finalidad, una cantidad superior al total de lo pagado a los acreedores.

En trance de calificar las acciones ejercitadas en la demanda y en la parte reconvenicional de la contestación, no hay posibilidad de encuadrarlas en el débito estricto de la acción reivindicatoria, en particular porque, tratándose de una prestación dineraria sin especificación de piezas o monedas, no son constitutivas de derecho real sobre cosa concreta y determinada, sino referidas a una cantidad múltiple de la unidad pesetas y el dinero funciona como cosa fungible por excelencia y jurídicamente consumible, que torna prácticamente imposible la identificación si se confunde con el existente en el patrimonio de quien lo recibe, teniendo mejor sumaje técnico en la esfera de las acciones declarativas de la preferencia del derecho de crédito que puede asistir a los acreedores —demandantes— o a los maestros demandados contra un mismo deudor —el Habilidadado— que, en situación de insolvencia, cobró la nómina de los maestros y destinó parte de lo percibido al pago de la deuda que tenía con los demandantes, y así surgió, por colisión, entre ambos créditos, un estado procesal similar al de la tercería de mejor derecho.

En este encauzamiento del proceso, la equidad, como regla de justicia intuitiva, llevaría a declarar la preferencia del crédito de los maestros que ilícitamente han sido expoliados de una suma de dinero que a ellos iba destinada como remuneración de su trabajo profesional, frente al derecho de los actores que con parte de aquella suma cobraron lo que se les debía, derecho éste respetable y merecedor de protección, pero no tanto

que deba sobreponerse al que en grado superlativo asiste a los expoliados, víctimas de la grave extralimitación de su mandatario, sin la cual, dada la insolvencia de éste, los acreedores no hubieran hecho efectivo su crédito.

La equidad así aplicada, actuaría *secundum legem*, pues iría de acuerdo con el derecho positivo, en particular con el artículo 1.160 del Código civil, que, a *contrario sensu* de lo dispuesto en su enumerado final, declarará repetible el pago hecho con una cantidad de dinero que no perteneciese a quien pagó si el acreedor no lo hubiera gastado o consumido de buena fe, lo que equivale a proclamar en razón el fin perseguido por dicho precepto la preferencia del derecho de quien, con el pago, ha sido indebidamente despojado de lo suyo, y no es dudoso afirmar que las características de este supuesto legal se dan en el caso debatido, con la concurrencia inclusive del requisito de no haber sido gastada o consumida por los acreedores, al serles intervenida, la cantidad de dinero que el mismo día les había sido entregada, pues si el dinero se gasta al salir del patrimonio de quien lo tiene, nada en este sentido algaron los demandantes al tiempo de la intervención, y, sobre todo, la Sala sentenciadora estimó, probado que no lo habían consumido, y esta afirmación *de facto* en cuanto significa permanencia del dinero en el patrimonio de los acreedores, ha de prevalecer en casación, porque el recurso no la impugna en forma adecuada.

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1950.—*Arrendamiento de industria cinematográfica.*

Sobre la base de que se está en presencia de un arrendamiento de industria cinematográfica, ha de precisarse si la industria arrendada está sometida al régimen de la legislación civil por aplicación del art. 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, en consecuencia, procede el desahucio al expirar el plazo de dos años fijado para su duración en el último contrato de 15 de marzo de 1946 —tesis del recurso— o si el desahucio es improcedente por virtud de lo dispuesto en el art. 6.º de la misma Ley, que por excepción del art. 4.º, somete a la legislación especial de arrendamientos urbanos, con secuela de prórroga forzosa e indefinida de vigencia en favor del arrendatario, la industria o negocio de espectáculos, si el 1.º de enero de 1947 la duración excediera de dos años, como sucedía en el caso discutido, computando el plazo a partir del año 1933, en que el arrendatario comenzó la explotación del negocio y en ella se ha mantenido sin interrupción, siquiera fuese en virtud de sucesivos contratos con distintos plazos de duración y con distinto precio —tesis de la Sentencia recurrida.

Si los términos literales del art. 6.º permitieran referir el plazo mayor de dos años a la duración del contrato vigente en 1.º de enero de 1947,

dada la sinónima con que la Ley usa los vocablos «arrendamiento» y «contrato de arriendo», y no obstante las consecuencias funestas que para el propio arrendatario de industria cinematográfica por plazo contractual no superior a dos años pudiera acarrear otra interpretación del precepto, ante la posibilidad negativa del arrendador a prorrogar o celebrar nuevos contratos con el mismo arrendatario para no quedar vinculado por la prórroga forzosa, es lo cierto que la *ratio legis* conduce a interpretación lógica distinta, en el sentido de proteger al arrendatario con prórroga indefinida en 1.º de enero de 1947 llevaba más de dos años en la posesión no interrumpida de la industria o negocio de espectáculos, aunque tal posesión responda a distintas relaciones contractuales. Este es el criterio que informó la publicación del Decreto de 2 de agosto de 1934, sustancialmente acogido en el art. 6.º de la Ley vigente, claramente expresivo, según el preámbulo de que el legislador quiso mantener el imperio de la legislación común en los arrendamientos de negocios de espectáculos de «corta duración o por temporada, fiestas o tournés», amparado en cambio con la prórroga forzosa la legislación especial a los arrendatarios de negocios estables, permanentes o de mayor duración en el disfrute del negocio por el mismo arrendatario, y en este sentido se ha pronunciado ya la Sentencia de 21 de abril de 1949 y en caso similar al de autos, declarando que el plazo mayor de dos años a que aluden el art. 6.º de la vigente Ley y la adición introducida por el Decreto de 2 de agosto de 1934, en relación con el artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, se refiere a la duración del arrendamiento, no exclusivamente al plazo fijado en el contrato; aparte de que si surgiesen dudas en la interpretación y explicación de la Ley protectora del arrendamiento, habrían de decidirse en favor de ésta.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1950.—*Arrendamientos: Solamente al sucesor del primitivo arrendatario, por título de herencia, le alcanza la protección del art. 73 de la Ley de A. U.*

La cuestión fundamental del recurso planteado desde diversos puntos de vista en los dos motivos que éste contiene versa sobre la interpretación que haya de darse al art. 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y concretamente sobre si el derecho que confiere al heredero del arrendatario del local de negocios para el caso de fallecimiento de éste, ocurrido bajo la vigencia del contrato a advenir arrendatario del mismo, se refiere exclusivamente al heredero del primitivo arrendatario, tesis del Juzgado, o comprende a los herederos del continuador en el arrendamiento hasta el infinito, tesis sostenida por la Audiencia.

Aun cuando es indudable que el contrato de arrendamiento, generador en principio de un derecho de índole personal, y que se extingue por lo tanto con la muerte, se entiende *prorrogado en legem*, por virtud del citado artículo, que tiene su precedente en la legislación anterior —art. 3.º del

Decreto de 29 de diciembre de 1931—, y tanto en éste como en la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, respondiendo a imperativos de necesidad provocada por la escasez de viviendas, es lo cierto que para entender que la Ley autorizara una especie de vinculación indefinida a favor de los herederos, no ya del arrendatario contractual propiamente dicho, sino del continuador en su derecho, evidentemente contraría al principio de libertad de la propiedad, limitado justamente hoy por las exigencias de orden social, pero no suprimido, sería preciso que expresamente se declarara por el legislador, lo que no ha ocurrido, y por esta razón ha de estimarse que beneficia este derecho sólo al sucesor por título de herencia del primitivo arrendatario; es decir, al primero que suscribió el contrato por el que se rige la relación jurídica arrendaticia.

A este argumento se agrega otro, derivado del examen de la propia Ley, y es que ésta no admite, en principio, una sucesión indefinida, tratándose del arrendamiento de viviendas, en el que el principio de la prórroga obligatoria de los contratos de arrendamiento obedece a exigencias todavía más imperiosas que las nacidas de la protección del patrimonio comercial, como más directamente entroncadas con el derecho de la vida, y buena prueba de ello es lo prevenido en la disposición transitoria 9.ª, en la que se consigna que basta que el Gobierno por entender mejorado el problema de la vivienda disponga lo contrario, el beneficio establecido en los artículos 71 y 72 será también aplicable a los parientes dentro del tercer grado por consanguinidad del familiar del inquilino fallecido, que hubiere continuado el contrato, por lo que resultaría contradictorio que lo que sólo a título excepcional y en virtud de disposición expresa de la Ley se concede al continuador del inquilino, tratándose de arrendamientos de viviendas, se otorgará de un modo normal y genérico al continuador del arrendatario del local de negocio.

A mayor abundamiento, esta interpretación, en la que claramente se deduce del preámbulo o exposición de motivos de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, en el que se leen las palabras siguientes: «El derecho —se refiere al principio de la prórroga forzosa— se hace extensivo sin necesidad de celebrar nuevo contrato a los más próximos deudos del inquilino fallecido y transitoriamente a los parientes del mismo en grado familiar continuador, que también falleciere...» En el arrendamiento de locales de negocios alcanza este beneficio, como es de justicia, al heredero del arrendatario, y en su defecto al socio del finado titular; pero sin que nada se diga con relación al caso de muerte del continuador en el arrendamiento del local de negocios.

SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1950.—*Derecho de los extranjeros a la prórroga de la L. A. U.*

De los dos criterios que cabe seguir para la determinación de los derechos de los extranjeros, o sea el de la igualdad con los nacionales y el de

la reciprocidad, acogido en el Código de Napoleón, la legislación española ha adoptado como principio general, en cuanto a los derechos civiles o privados, el más progresivo y generoso de la igualdad, proclamado en los artículos 27 del Código civil y 15 del Código de Comercio, que también se sigue en el art. 12 de la Ley vigente de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a los extranjeros inquilinos de viviendas, y que está presente en otras disposiciones especiales, como el Real decreto de 5 de junio de 1886, la Ley de 1.º de mayo de 1902 y el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868, todo ello sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales, y con excepción del art. 20 del Decreto de 29 de diciembre de 1930, que no está vigente, y que se aparta del principio de igualdad cuando en el país extranjero existan disposiciones especiales sobre prórroga o tasa de alquileres no aplicadas en beneficio de los españoles, no debiendo olvidarse la declaración de esta Sala, según la cual, la prórroga obligatoria constituye la regla general, y la no prórroga la excepción.

Para la resolución de este recurso hay que atenderse a lo dispuesto en los citados artículos 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 27 del Código sustantivo, únicos que pueden estimarse pertinentes a la cuestión planteada, de los cuales el primero, como posterior y más especial, será de aplicación preferente, si el presente caso estuviera en él comprendido; pero examinado su texto, se ve que después de aplicar el principio de igualdad a los extranjeros inquilinos de viviendas, cuando se trate de extranjeros arrendadores de vivienda o de locales de negocio, sea en este caso el extranjero arrendador o arrendatario, se remite a lo que dispongan los Tratados internacionales vigentes, dejando sin resolver el caso, que no se prevé, de que tales tratados no existan, por lo cual, admitiendo su inexistencia en este caso, habrá de deducir que la acción de desahucio entablada no puede apoyarse en el repetido art. 12, que no resuelve la cuestión debatida.

Si por el contrario, se admite la vigencia del tratado referido, entonces será aplicable el mencionado artículo, pero en sentido contrario a la pretensión del actor, porque estableciéndose en su art. 9.º entre otras cosas, que en cuanto al ejercicio del comercio y de la industria, los súbditos de cada una de las dos partes contratantes disfrutarán en el territorio de la otra de iguales privilegios, exenciones y beneficios que los nacionales y los súbditos de la nación más favorecida, es visto que tal convenio establece la igualdad de trato para españoles y extranjeros, igualdad que obliga a reconocer a los alemanes el derecho a la prórroga discutida en este juicio, toda vez que esa prórroga es un beneficio para los nacionales que ejercen industria o comercio.

Establecido en méritos de lo expuesto que el tan repetido precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos no se opone al derecho de prórroga invocado por la parte demandada, aunque tampoco la concede de manera expresa, es ineludible aplicar el art. 27 del Código civil, que de manera terminante establece la igualdad entre los españoles y extranjeros, di-

ciendo que los últimos gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, no siendo dudoso que la legislación de arrendamientos es civil, aunque muchas de sus disposiciones obedezcan a motivos sociales, pues el derecho civil no deja de serlo por estar influido por tendencias sociales; y por lo que se refiere a la limitación que dicho artículo contiene, es decir, «salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado o en Tratados internacionales», es evidente que no tiene lugar en este caso, porque tal art. 2.º, aun dado caso que estuviera vigente, no se refiere a derechos civiles, sino sólo a derechos políticos, y el extremo referente a los Tratados queda ya discutido.

LA REDACCIÓN.

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. 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

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de diciembre de 1949.

LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA CONSTITUÍDA A FAVOR DE UNA CAJA DE AHORROS, NO EN CONCEPTO DE TAL, SINO EN EL DE COLABORADORA DEL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN, NO ESTÁ EXENTA DEL IMPUESTO, PORQUE NO ES ESE CENTRO EL OBLIGADO AL PAGO, SINO EL DEUDOR.

Antecedentes.—En 1929 una Caja de Ahorros de un Monte de Piedad, como colaboradora del Instituto Nacional de Previsión, obtuvo garantía hipotecaria por cierto crédito otorgado a determinada Entidad.

En 1947 fué cancelada la hipoteca, y al ser liquidada la correspondiente escritura se le aplicó el tipo de cancelación de hipotecas, siendo recurrida la liquidación al amparo del número 20 del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto, con desestimación por parte del Tribunal provincial, en razón de que tal precepto fué modificado por la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, quedando sujetos al Impuesto dichos préstamos.

Apelado el acuerdo, el interesado alegó que a la fecha de la cancelación —19-XII-1947— las cancelaciones del género de la puesta en litigio estaban exentas, porque la Ley dicha, al sujetar al Impuesto los préstamos de las Cajas de Ahorro, no suprimió la exención de los concedidos por los Montes de Piedad.

El Tribunal Central rechazó tal argumentación y dijo que la

Caja de Ahorros acreedora no actuaba en el caso como tal, sino como colaboradora del Instituto Nacional de Previsión, según lo acreditaba el hecho de que la escritura de cancelación fué otorgada a favor del deudor por dicho Instituto y no por el Monte de Piedad, del cual era una sección la Caja de Ahorros; y esto supuesto, es de tener en cuenta que la disposición aplicable es la establecida en el artículo 3.º número 9.º de la Ley de 29 de marzo de 1941, y según ella la exención de los actos y contratos en que intervenga dicho Instituto se circunscribe al caso en que él sea la persona obligada al pago del Impuesto, lo cual no ocurre en el caso analizado, puesto que tratándose de cancelación de hipoteca, el deudor es el que recobra los bienes gravados, conforme al artículo 59 del Reglamento.

Termina diciendo el Tribunal que por lo dicho es innecesario discurrir sobre el invocado número 20 del artículo 6.º, en relación con la Ley de Reforma Tributaria, porque no se trata de una operación concertada con el Monte de Piedad y Caja de Ahorros, sino de una Caja Colaboradora del Instituto Nacional de Previsión y, por lo tanto, las disposiciones referentes a éste y no a aquél son las aplicables.

La simplicidad del caso hace que huelguen los comentarios.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de diciembre de 1949.

EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRAS EN EL QUE NO CONSTE EXPRESAMENTE QUE LOS MATERIALES NO SON DE CUENTA DEL CONTRATISTA, TRIBUTA COMO CONTRATO MIXTO Y NO COMO SIMPLE CONTRATO DE OBRAS.

Antecedentes.—El Ministerio de Justicia adjudicó a determinado contratista la contrata para ejecutar por destajos ciertas obras en un edificio del Estado sin que en ninguna de las cláusulas de la correspondiente escritura se hiciese referencia a que la Administración, además del precio pactado, hubiese de facilitar al contratista los materiales necesarios para la realización de las obras.

La escritura fué liquidada como contrato mixto por el número 22 de la Tarifa, y el contratista entabló recurso alegando que, dedicado a la ejecución de obras análogas a la que motivó la liquidación, le

fueron siempre liquidadas por el número 20 y no por el 22 de la Tarifa, siendo el primero el aplicable puesto que se trataba de un contrato de ejecución de obras concertado con el Estado y expresamente tarifado en dicho número 20.

El Tribunal provincial confirmó la liquidación fundado en que a esas clases de contratos solamente puede serles aplicable dicho tipo beneficioso cuando el contratista no pone otra cosa que la mera ejecución de la obra, recibiendo de la otra parte los materiales que la obra requiera, cuya circunstancia ni se probó ni se intentó probar en el caso, careciendo en su consecuencia de eficacia la cita de casos en que se liquidó, según el recurrente, por mero contrato de obras, porque ni se ha probado la realidad de las citas ni la analogía de esos casos con el de autos.

El Tribunal Central invoca el apartado 3) del artículo 18 del Reglamento y el artículo 1.588 del Código civil, y como el primero califica de contrato mixto aquel en que el contratista ejecuta la obra con suministro de materiales y el segundo establece que el arrendamiento de obras puede contratarse conviniendo en que el arrendador ponga solamente su trabajo o también los materiales; circunstancia ésta que matiza una y otra clase de contrato, deduce que al no constar en la escritura otra obligación por parte del Estado que la de entregar el precio pactado, es evidente, supuesta la obra contratada consistente en un edificio, que el Estado no facilita los materiales y que el contrato es reglamentariamente, a efectos fiscales, un contrato mixto, porque si el Estado hubiese asumido obligación tan esencial como la de suministrar los materiales es inquestionable que así se hubiese hecho constar en la escritura.

Respecto al otro argumento dice el Tribunal Central que ninguna transcendencia tiene para el supuesto discutido que el criterio de la Oficina liquidadora hubiese sido otro en casos análogos, aún admitida la similitud.

Comentarios.—La cuestión tiene en realidad poca enjundia. Ciertamente que el texto reglamentario del artículo 18 habla en su primer párrafo simplemente del contrato de ejecución de obras, y en el tercero del mismo contrato cuándo el contratista suministra el todo o parte de los materiales, y qué otro tanto hacen los números 20 y 22 de la Tarifa, con la consiguiente diferenciación de tipos de liquidación, pero no es lícito interpretarlos aisladamente de manera

que se razone a base del primero como si el segundo no existiera y diciendo: el apartado 1) del artículo 18 y su concordante el número 20 de la Tarifa gravan el contrato de ejecución de obras con el 0,75 por 100 —Tarifa del año 41— y como el contrato en cuestión es de esa índole, ese es el tipo aplicado.

No hay que descender al matiz y determinar sobre quién recae la obligación de facilitar los materiales, y ahí es dónde estará la clave de la calificación jurídico-fiscal.

Y ya en este camino dialéctico cabe preguntar, ¿y si el contrato nada dice, de quién será o sobre cuál de los contratantes pesará tal obligación?

Acaso pueda ser discutible en otros casos la contestación, más en el presente no hay lugar razonable para la vacilación, porque se trataba de construir un edificio y se consignaba como única obligación fundamental del Ministerio de Justicia la de entregar el precio pactado, señal inequívoca de que sobre el contratista pesaban todas las demás hasta su entrega.

El argumento esgrimido en segundo término, referente al diferente criterio seguido por la Oficina liquidadora en casos que se dicen análogos, es ineficaz, aún admitida la existencia no probada de los mismos porque, en definitiva, en el mejor de los casos no pasarían de ser un criterio rectificable por la misma Oficina y con mucha más razón por la tan respetable autoridad jerárquica y doctrinal del Tribunal Central.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de diciembre de 1949.

EL PACTO EN VIRTUD DEL CUAL QUEDA APLAZADO EL PAGO DEL PRECIO EN UN CONTRATO DE COMPRA-VENTA, SIN HIPOTECA NI OTRA GARANTÍA A FAVOR DEL VENDEDOR PARA RESPONDER DE DICHO PRECIO, NO ENGENDRA ACTO LIQUIDABLE.

Antecedentes.—Se enajenaron varias fincas por medio de escritura pública, haciendo constar que el comprador entregaba parte del precio y que quedaba aplazado el pago del resto, comprometiéndose el comprador a entregarlo en dos plazos de 3.750.000 pesetas cada uno, como obligación personal y sin devengar interés.

La Oficina liquidadora giró liquidación por compra-venta y además otra a cargo del mismo comprador por el concepto préstamo como reconocimiento de deuda.

Esa segunda liquidación fué recurrida diciendo que el precio aplazado en la compra-venta no tiene la sustantividad propia de un negocio jurídico independiente; que de ser así también podría considerarse la compra-venta como la conjunción de dos cesiones: la de la cosa y la del precio; que la hipoteca en garantía del precio aplazado es donde se producen los negocios jurídicos distintos; que la entrega del precio y de la cosa son actos que corresponden a la consumación de la compraventa, que no puede confundirse el precio aplazado, que es requisito esencial de la compraventa, con el reconocimiento de deuda, que es un verdadero contrato, y que, de ser procedente la liquidación por razón del precio aplazado, tendría que ser de cargo del vendedor; que, además, si se liquida el aplazamiento del precio, también podría ser liquidado el acto de la entrega de la cosa cuando así se pacte, estimándolo como constitución de un derecho real o como cesión de derecho; que el contrato de compra-venta es bilateral y por lo mismo implica las obligaciones del pago del precio y de entrega de la cosa, y, por último, que a virtud del artículo 43 del Reglamento a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho.

A esos razonamientos opuso el Tribunal provincial, que conforme al número 54 de la Tarifa los contratos de préstamo personal y de reconocimiento de deuda consignados en documento público están sometidos al impuesto, y denegó la reclamación.

El Tribunal Central revocó el acuerdo del inferior y anuló la liquidación impugnada, razonando así: la obligación de pagar el precio aplazado consignado en la escritura referida, es una consecuencia natural del contrato de compra-venta cuando aquél no se entrega de presente, por ser requisito esencial del contrato el pago del precio, y sin que el reconocimiento de esa obligación, que no lo es de una deuda anterior sino de parte del precio pactado, suponga la celebración de nuevo contrato de diferente naturaleza jurídica del cuestionado, del cual el aplazamiento es una simple y mera modalidad. Además, el aplazamiento referido no está afectado por ninguna estipulación o condición que modifique la obligación del pago de dicho precio, cuyo incumplimiento produciría a favor del vendedor,

a falta de pacto expreso, el derecho a la resolución, conforme a la regla general del artículo 1.124 del Código civil, aplicable a las compraventas, en relación con el 1.504 del mismo texto legal.

Por añadidura, sigue diciendo la Resolución, el reconocimiento de deuda sometido a tributación en el apartado IX, artículo 3.º de la Ley y 5.º del Reglamento, y en el número 54 de la Tarifa, está equiparado fiscalmente al contrato de préstamo, y éste por su carácter real supone entrega de cantidad, circunstancia que no se da en el aplazamiento del pago del precio respecto del comprador; todo ello sin contar con que en el reconocimiento de deuda el título de la exigibilidad dimana de la convención con la extensión y términos que en ella fijen las partes, mientras que en la compra-venta la obligatoriedad del pago del precio no satisfecho surge de la misma naturaleza de la compra-venta y con arreglo a la forma regulada en el Código civil.

Como última consideración añade el Tribunal que el precio aplazado en las compra-ventas suele estar garantizado con hipoteca —o con la condición resolutoria expresa, añadimos nosotros— y entonces el impuesto grava el derecho real y no el aplazamiento de pago en sí mismo considerado.

Comentarios.—Creemos suficientemente razonado el criterio y la tesis sostenidos por el Tribunal Central, y bastará con destacar que el aplazamiento discutido no puede desgajarse del contenido del contrato de compra-venta porque no tiene sustantividad por sí y es una mera condición del contrato, o lo que es lo mismo, hablando en términos jurídicos-fiscales, que no es un acto independiente del contractual y por esa sola razón no puede afectarle el impuesto. Las modalidades de un contrato podrán contribuir a que su contenido jurídico cambie e incluso que cambie la figura jurídica en la cual haya de encuadrarse, pero no podrá de ninguna manera hacer que donde hay un acto nazcan varios independientes a los efectos del impuesto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de diciembre de 1949.

NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE VALOR DECLARADO A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, SINO AQUEL EN QUE TODOS LOS INTERESADOS CONVIENEN.

EN LA INTERPRETACIÓN DEL BALANCE DE UN NEGOCIO DEBEN TENERSE EN CUENTA LAS AMORTIZACIONES LEGALES PARA DETERMINAR LA BASE LIQUIDABLE.

Antecedentes.—El causante dispuso en su testamento que fuese heredero un hijo suyo del primer matrimonio y, aparte de otras cláusulas, estableció un legado a favor de su viuda en segundas nupcias y otro a favor de un hermano del testador, cuyos legados habían de ser pagados precisamente con sendas participaciones de la parte que en un importante negocio industrial pertenecía al causante.

La viuda y el albacea-contador suscribieron una instancia solicitando la liquidación provisional de la herencia e inventariaron los bienes relictos, asignando a la participación del causante en el negocio industrial referido un valor de 625.000 pesetas.

Practicada la comprobación correspondiente, la Oficina liquidadora asignó a dicha participación una valoración de un millón quinientas mil y pico pesetas.

La viuda y el dicho albacea interpusieron recurso contra esa valoración diciendo que había sido obtenido sobre la base del activo social figurado en el balance, descontando de él solamente las partidas del pasivo que representaban obligaciones con terceros, y prescindiendo de las amortizaciones de los elementos del activo, y que no podían aceptar tal procedimiento de comprobación porque tratándose de un negocio de más de cincuenta años, las amortizaciones y reposición de materiales realizadas eran las normales, sino que en ellas existiese, como supuso el liquidador, un aumento disimulado del capital social, porque los balances habían sido aceptados por la Hacienda al liquidar la contribución de utilidades, y propusieron como prueba dichos balances y el expediente de comprobación de la herencia de otro condueño del repetido negocio fallido algún tiempo antes.

La Oficina liquidadora informó sosteniendo su criterio de que no se debían de tener en cuenta tales amortizaciones por tratarse de reservas tácitas, como lo probaba el hecho de que la propia Sociedad había efectuado anteriormente aumentos de capital por la simple revalorización de las cuentas de amortización.

Al expediente se unieron dos instancias del hijo del causante exponiendo en una de ellas su disconformidad con la escritura de

partición hecha por la viuda y el contador y aceptando la valorización dada por el liquidador; y en la otra pidiendo ciertos datos a efectos de prueba en el juicio que seguía con su madrastra sobre nulidad de tal partición, y se unió también testimonio acreditativo de estar en apelación ante la Audiencia la sentencia del Juzgado rescindiendo la partición y valorando la participación del negocio en una cantidad sensiblemente igual a la fijada por el liquidador.

El Tribunal provincial confirmó la valoración discutida en atención a la fijada por el Juzgado previa peritación, reforzando su parecer con la conformidad del hijo.

Ante el Tribunal Central insistieron los recurrentes en sus anteriores razonamientos y añadieron que a los balances aceptados por la Hacienda para la contribución de utilidades debía atenerse el liquidador en obediencia a lo dispuesto en el artículo 80 del Reglamento.

El Tribunal Central acoge el recurso y anula la comprobación y, como justificación dice, en primer lugar, que no puede concederse eficacia a la conformidad prestada a la valoración por el hijo heredero, en contra de la tesis de la viuda y heredera reclamante, porque según el artículo 88, apartado 2) del Reglamento, únicamente tiene la consideración de valor declarado aquel en que coincidan todos los interesados.

En segundo término dice que no puede reglamentariamente interpretarse el balance tomando el valor inicial de los bienes sin amortización alguna, y que la Oficina liquidadora —artículo 80, apartado 2)— debe acudir a los medios comprobatorios ordinarios y, en su caso, a los extraordinarios, y que no se puede admitir la valoración dada en la sentencia aludida, de una parte porque no se sabe si es firme, y de otra porque tal sistema o medio de comprobación no está previsto entre los determinados por el Reglamento del Impuesto.

Por todo comentario no se nos ocurre otra cosa ante el singular problema de comprobación expuesto, que aplaudir la solución que, con la serenidad de juicio que le caracteriza, le da el Tribunal Central.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

Tratado del Impuesto municipal de Plus Valía (Doctrina, legislación vigente, jurisprudencia y comentarios), por don José Silvan, Abogado del Estado.—Barcelona, 1950 —Librería Bosch. Ronda Universidad, 11 (distribuidora).

Nunca he visto mayor facilidad para redactar una nota bibliográfica. En lugar de ser crítico, voy a ser copista. Con transcribir determinadas frases del Prólogo, obra del subsecretario de Hacienda, don Fernando Camacho (sin más títulos, como modestamente firma); resumir ciertas palabras de la Introducción del autor, prestigioso abogado del Estado, autor anteriormente de un libro para oposiciones contestando temas del Impuesto de derechos reales; y reseñar el índice, alcanzo la satisfacción del deber cumplido.

No empaña el valor del cuidadoso estudio del señor Silvan la publicación de la nueva ley de Régimen local, de 16 de diciembre de 1950, aunque lleve la fecha de 17 de julio de 1945. Por el contrario, le complementa, aun cuando sea necesario consultar esta Ley por las modificaciones que hay que introducir en el texto según sus disposiciones.

Prólogo.—Han transcurrido treinta años desde que se instauró el tributo de incremento de valor de los terrenos sin que en nuestra literatura jurídica surja el estudio completo y profundo que ahora da a luz el destacado abogado del Estado señor Silvan

El estudio doctrinal que encabeza la obra, en el que se aportan opiniones y citas de tratadistas extranjeros, consideraciones técnicas y datos de legislación histórica del tributo, constituyen un elemento esencial para la debida comprensión de las normas sustantivas que regulan este Impuesto.

Se adentra el autor en el estudio del concepto, fundamento y naturaleza del arbitrio de Plus Valía, para dejar sentados los conceptos en que el incremento de valor constituye materia de arbitrio y las causas de supervaloración que, por ser ajenas al desarrollo económico social de las poblaciones y a la actividad municipal urbanizadora, caen fuera del campo impositivo.

El estudio particular de los actos y contratos que constituyen transmisiones de dominio, tanto a título oneroso como lucrativo, se extiende al análisis más detallado y completo de las características de cada institución y de las diversas especialidades que puedan determinarse de la variedad extraordinaria de los negocios jurídicos.

De la Introducción.—Según el autor, el problema de que las leyes deben ser rectamente aplicadas, para la Administración local «se agudiza por obra de una serie de concausas, entre las cuales saltan a la vista las siguientes :

Primera. El disperso número de disposiciones existentes, muchas de ellas poco conocidas y deficientemente concordadas

Segunda. La propia facultad, en cierto modo reglamentaria, de que gozan los Municipios al redactar y dictar sus propias Ordenanzas, entre las que destacan por su trascendencia y su repercusión económica, las de carácter fiscal, las cuales si, en principio, deben ajustarse a las leyes y disposiciones en vigor dictadas por el Estado, adolecen en la práctica, con alguna frecuencia, del incumplimiento de tan elemental regla de jerarquía y rango administrativo, viniendo en ocasiones a contraponerse a los dictados de las mismas ; lo que redundo en perjuicio de la unidad del Derecho, en desdoro del prestigio de los Organismos de la Administración local y también en mengua de los legítimos intereses de los vecinos, cuya gestión a aquéllos incumbe. Finalmente, si a todo ello se añade que son notoriamente escasas las obras publicadas sobre Derecho administrativo municipal, particularmente en materia fiscal, y que

también es copiosa la doctrina de los Tribunales al respecto, 'fácilmente se advertirá la conveniencia de divulgar el estudio del Derecho fiscal municipal, dando a conocer disposiciones que parecen olvidadas; concordando las vigentes en la materia con otras generales de orden económico administrativo, para luego comentarlas e interpretarlas a la luz de la jurisprudencia emanada de los Tribunales de justicia».

Reseña del Índice general-Prólogo. Introducción. Parte primera: Breve estudio doctrinal e histórico de la imposición sobre incrementos de valor. Parte segunda: Normas sustantivas de la legislación municipal para la exacción del arbitrio de Plus Valía (abarca siete secciones: Legislación principal y supletoria; concepto y caracteres legales del arbitrio y garantías previas a su exacción; materia del arbitrio; transmisiones del dominio por título oneroso; transmisiones a título lucrativo; suspensión, resolución, nulidad y prescripción de liquidaciones; elementos fiscales del arbitrio). Parte tercera: Normas adjetivas del arbitrio. Parte cuarta: Breve estudio de la tasa de equivalencia. Apéndice I: Textos legales y disposiciones aplicables en cuanto no se opongan al vigente Decreto de Haciendas locales. Apéndice II: Ordenanzas del arbitrio en Madrid y Barcelona. Bibliografía. Índice alfabético de materias.

Tal es la perspectiva que ofrece el libro, de 623 páginas, el mejor por ahora en el estudio total del arbitrio de Plus Valía. Su difusión es señal de bondad, aprecio y utilidad. El autor verá compensados sus desvelos por las felicitaciones de cuantos utilicen la obra. Enhorabuena.

El arbitrio de Plus Valía y el Registro de la Propiedad en la ley de Régimen local, por don Pedro Ponce Llaveró, Oficial Mayor del Instituto de Estudios de Administración local, Abogado.—(Artículo publicado en el «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración local».—Enero 1951.)

El artículo 517 de la Ley de 16 de diciembre de 1950, sin mandato alguno de la Ley de Bases, de un modo simplista y desconó-

ciendo el gran valor social y jurídico del Registro de la Propiedad, constituye una nueva intromisión del Derecho fiscal en el Derecho Privado, tan duramente atacada por cuantos autores se han ocupado del tema. Nuestro Tribunal Supremo, con un gran sentido jurídico, ha reiterado siempre que las trabas fiscales carecen de valor para el Derecho civil, puesto que los Organismos correspondientes tienen facultades para sancionar la falta fiscal y servicios especiales para perseguir la ocultación. Efectivamente, las normas fiscales dificultan y deforman la contratación y favorecen la creación del semillero de donde brotan los pleitos, al obligar a los contratantes a disfrazar sus verdaderos propósitos ante una imposición de cuantía desproporcionada, porque, no nos engañemos, las bases y los tipos están fijados con la preocupación del fraude y el contribuyente de buena fe es siempre el perjudicado.

Rechazada anteriormente la aspiración municipal de colocarse en el mismo plano que el Estado y de que sean otros funcionarios y no exclusivamente los suyos, los que tengan que preocuparse del arbitrio de Plus Valía, ahora, no sabemos cómo ni por quién han logrado introducir una norma inspirada en el pernicioso artículo 254 de la Ley hipotecaria. Cuantas críticas se han dirigido contra este último artículo, son aplicables a la flamante disposición, y, además, otras muchas, pues no es posible establecer paridad entre el privilegio del Estado a través de un servicio de interés nacional como es el régimen hipotecario, y un interés municipal local, que quiere ser protegido de forma inadecuada, entorpeciendo una institución de interés general. Yo no pierdo las esperanzas de que pronto, para inscribir, tengamos que exigir se nos presente el recibo del gas suministrado al propietario del inmueble objeto de la inscripción.

Pero dejémonos de comentarios, por no ser este el momento oportuno, y expongamos que otras plumas, autorizadas por su profesión, se muestran disconformes con el desorbitado precepto. PONCÉ, califica la norma de insuficiencia y de relativa su eficacia. La voluntariedad de la inscripción, la prescripción de cinco años, la falta de conocimiento de la denegación de inscripción por el Municipio, el perjuicio para el Registro de la Propiedad, etc., cree debían haber sido tenidas en cuenta antes de redactar el artículo en cuestión.

Asimismo, la doctrina del artículo 183 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 7 de noviembre de 1947, es más eficiente en su opinión que la contenida en el artículo 254 de la Ley hipotecaria, e incluso la solución del Real decreto de 20 de mayo de 1925, generalizada por la Disposición adicional tercera del Reglamento hipotecario de 1947, garantizaban mejor el cobro del arbitrio por los Municipios. La primera, porque les proporcionaría los elementos de juicio necesarios para perseguir la ocultación, y la segunda, porque la afección del inmueble al pago del arbitrio, en tanto éste no fuera satisfecho, permitiría siempre su cobro sin producir perturbación alguna.

Nos felicitamos de que no estemos solos en la crítica y al mismo tiempo felicitamos al autor del trabajo citado por las ideas constructivas que vierte en el mismo. La crítica demoleadora, sin la contrapartida de nuevas soluciones, puede poner en la picota un precepto, pero no marca cauce para que por él discurren mejores y más efectivos remedios.

Cátedra «España» en la Facultad de Ciencias Culturales y Artes del Instituto de Derecho civil de Tucumán (República Argentina).

Por Resolución de 19 de diciembre de 1950, el H. Consejo Directivo de la mencionada Facultad y con la firma de nuestro eminente colaborador doctor Horacio L. Poviña, (véase el número 254/255 de esta Revista y el interesante trabajo sobre la Adopción); Vice-decano en funciones de Decano, se ha creado la cátedra «España», destinada a ser tribuna académica de los intelectuales y artistas hispánicos o de otro origen, que aborden temas referidos a la Madre Patria, invitados como profesores de cursillos especiales o conferenciantes, por dicha Facultad.

Sospechamos que en la realización de tan elevada y acertada decisión, redactada en términos altamente laudatorios para España; no sólo ha intervenido el doctor Poviña, sino también nuestro apreciado colaborador Werner Goldschmidt, así que hemos de agradecer a dos grandes amigos este nuevo servicio a un ideal común.

Indice cultural español.—1.º de marzo de 1951.—Año VI.—Número 62.—Dirección General de Relaciones Culturales Plaza de la Provincia, 1. Madrid.

Cae en mi poder un ejemplar de este Índice, del que se han impreso 20.000 ejemplares en español, 8.000 en inglés y 6.000 en francés con el siguiente sumario: Teología, Filosofía. Estudios bíblicos. Estudios eclesiásticos. Derecho. Economía. Sociología y política. Letras. Historia. Geografía. Medicina. Ciencias y técnica. Artes plásticas. Música. Noticias de Hispanoamérica y otros países, y un suplemento gráfico, descriptivo de la XI Reunión plenaria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Su interés no radica exclusivamente en la importantísima misión de facilitar la noticia detallada de actos académicos, conferencias, libros, revistas (cuyo sumario íntegro inserta), discursos de personalidades, diversas publicaciones, artículos leídos por la radio, exposiciones de arte, conciertos, etc., ni tampoco en que los datos con el nombre y apellidos del autor (si no es revista, pues entonces consta sólo el título), título del libro, páginas de que consta, editor, señas o domicilio donde puede adquirirse, precio, referencia suficiente al contenido y demás que se creen necesarios, según los distintos casos y según la clase de noticia bibliográfica recogida proporcionan detalles suficientes para que el lector se dé perfecta cuenta de cuanto puede serle útil. Lo que aumenta su valor es la rapidez con que ve la luz cualquier clase de actividad cultural. Puedo garantizar que conferencias que me consta han sido pronunciadas en el mes de febrero y libros que han sido distribuidos en el mismo mes (entre ellos uno, del que haré la correspondiente nota crítica a continuación de esta noticia), aparecen en el Índice de 1.º de marzo.

Creo que no es posible mayor preocupación por divulgar cualquier manifestación cultural española, y que la Dirección General de Relaciones Culturales merece el título de Dirección modelo en el cumplimiento de la actividad que le está encomendada, así como la adquisición del Índice proporciona al erudito, al científico o al simplemente curioso cuanto puede llamar su atención dentro de la actualidad más indiscutible.

P. C.

Revista de Administración Pública.

El Instituto de Estudios Políticos inicia la publicación de una nueva Revista, la de *Administración Pública*, dedicada al estudio de aquella en sus tres aspectos fundamentales: Política, Ciencia y Derecho de la Administración.

El solo hecho de iniciar una publicación jurídica de tan ambiciosos fines es ya por sí sólo digno de alabanza. El frondoso árbol de la Administración necesitaba ineludiblemente en nuestra Patria de un estudio minucioso y concienzudo, que llegara a lo más profundo de los problemas que a diario plantea. Pues bien; la nueva publicación convierte en espléndida realidad el deseo de aquellos a quienes preocupa el tema administrativo.

La primera parte de la Revista está dedicada a «Estudios» de gran interés y actualidad. La segunda, «Jurisprudencia», se halla dividida en dos secciones: «Comentarios monográficos» y «Notas», en los que se estudia con minucioso detenimiento la tan importante como hasta ahora poco comentada jurisprudencia administrativa. La tercera es una «Crónica administrativa» de España y del extranjero, de actualidad e interés indudable. Por último, la «Bibliografía», con «Recensiones», «Noticia de libros» y «Revista de Revistas», de muy completos y cuidadosos comentarios.

La Revista, de atrayente presentación, regida por un Consejo de Redacción de especialistas en Derecho Administrativo, publica artículos de alto valor jurídico, avalados por firmas prestigiosas.

N. F.