

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVI

Enero 1950

Núm. 260

El Impuesto de Derechos Reales y las adjudicaciones al cónyuge viudo de inmuebles hipotecados en pago de su cuota por gananciales

Antes de ocuparnos expresamente de tales adjudicaciones y con el fin de aclarar algunos conceptos que nos han de servir de base para las conclusiones a las que pensamos llegar, consideramos conveniente hacer determinadas advertencias respecto de las adjudicaciones para pago de deudas y estudiar la interpretación que merece una de las principales normas del Reglamento del tributo sobre fijación de base liquidable.

I.—CÓMO VE EL FISCO LAS ADJUDICACIONES PARA PAGO DE DEUDAS.

Con las adjudicaciones de bienes en función de pago de deudas, o se paga o se tiende a pagar. Las primeras son las llamadas adjudicaciones o daciones en pago, precisamente de las deudas, en las que el deudor queda completamente liberado con la entrega de cosa distinta de la pactada; pero esas adjudicaciones, a los fines que perseguimos, no nos interesan.

Las otras adjudicaciones, o sea aquellas con las que se tiende a pagar, son las que se conocen por adjudicaciones para pago, en las que la doctrina viene diferenciando dos modalidades, si así se quieren calificar, pero que en realidad constituyen dos figuras jurídicas distintas. En una de ellas, la que verdaderamente debe calificarse de "para pago", al adjudicatario se le concede la facultad de disponer de los bienes ad-

judicados, con el encargo o comisión de pagar en nombre y por cuenta ajena, y con la obligación de rendir cuentas de su gestión, tratándose, en definitiva, de un negocio fiduciario; en cambio, la otra figura jurídica, mal calificada de adjudicación "para pago", no implica un negocio fiduciario y lleva consigo la transmisión de dominio a favor del adjudicatario, que no tiene obligación de rendir cuentas y paga, por lo tanto, en nombre ajeno, pero por cuenta propia, porque esa transmisión del dominio de los bienes adjudicados a su favor lleva consigo la obligación de asumir el pago de las deudas. A estas adjudicaciones, para diferenciarlas de las anteriores, se las conoce con el nombre de adjudicaciones "en pago de asunción de deudas".

Prescindiendo de las adjudicaciones para pago que provocan garantía de naturaleza real a favor de los acreedores cuando en la misma adjudicación se ha estipulado expresamente, todas las demás facilitan un medio práctico para llegar a la extinción de las deudas, poniendo de manifiesto a una o varias personas encargadas de satisfacer los créditos y a un grupo de bienes destinado a tal fin, incluso proporcionando a los acreedores, cuyos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme, la forma de obtener una anotación preventiva de sus derechos dentro de un plazo determinado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la vigente Ley Hipotecaria. Pero, sin embargo, los deudores, sea la adjudicación para pago, lo sea en pago de asunción de deuda, no quedan liberados de sus obligaciones respecto de sus acreedores; es decir, que si de herederos se trata, podrán los acreedores del causante exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos, aunque el testador disponga lo contrario, y aunque del contrato particional resulte que uno solo de los herederos quedó obligado al pago de la deuda, todo según se deduce del artículo 1.084 del Código civil, pues los supuestos con referencia a la prohibición del testador y al contrato particional a que hemos aludido, sólo privan al heredero demandado del derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos. Por último, parece que huelga la afirmación de que, civilmente, para que exista cualquiera de las clases de adjudicaciones mencionadas, es necesario que se manifiesten de un modo expreso y que, si de bienes inmuebles se trata, para que trasciendan al Registro de la Propiedad deberán estar consignadas en escritura pública; ejecutoria o documento auténtico.

La legislación del impuesto de Derechos reales no distingue las figuras jurídicas a las que venimos aludiendo. Y no debiera de ser así. Una

legislación especializada en apreciar fiscalmente las transmisiones de dominio está obligada a diferenciar aquellos negocios que implican siempre una transmisión, de aquellos otros que pueden implicarla.

La norma general sobre las adjudicaciones para pago la contiene el apartado quinto del artículo noveno del Reglamento del impuesto, y en los dos apartados siguientes del propio artículo, se regula el derecho a la devolución de lo pagado por el concepto a que venimos aludiendo, si los bienes adjudicados se venden o adjudican en pago dentro del plazo de un año, o su prórroga, contados desde la fecha de la adjudicación, con lo cual puede afirmarse que para el Fisco, son adjudicaciones para pago de deudas cualesquiera, que haya sido liquidada por el número 1 de la Tarifa, siempre y cuando se vendan o adjudiquen los bienes en el plazo mencionado. En otro caso, las adjudicaciones serán en pago de asunción de deuda.

Hasta cierto punto, lo que afirmamos se deduce de la Resolución del T. E. A. C. de 24 de junio de 1947, que ordenó la devolución de lo pagado por el importe de la adjudicación para pago provocada por unas deudas garantizadas con hipoteca sobre fincas que no habían sido adjudicadas para pago de deudas, aunque en las operaciones particionales y con referencia a otros bienes y deudas, se hizo una expresa adjudicación para pago; y por si fuera poco, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1944, después de declarar que la comisión para pago no se supone, también declaró que en tratándose de adjudicación que tributa por el número 1 de la Tarifa, habrá derecho a la devolución del impuesto cuando se cumplan los requisitos que determina el Reglamento, "pues de no cumplirse queda patentizado que lo que el adjudicatario hizo fué adquirir *en firme* los bienes transmitidos "

Como se verá, el criterio no puede ser más antifiscal, apreciado en términos generales, porque bien está que en una adjudicación para pago de deudas se niegue el derecho a la devolución si no se han vendido los bienes durante el año o la prórroga en su caso, pero no hay razón para que en una adjudicación cuya naturaleza canta su condición de ser en asunción de pago de deuda y, por consiguiente, con transmisión de dominio, se conceda el derecho a la devolución por la sola circunstancia de que al adjudicatario le ha convenido, incluso haciendo negocio, vender la finca adjudicada en el plazo indicado.

Cuando se trata de adjudicación de bienes muebles para pago de deudas, todavía se ve más claro el perjuicio para el Fisco. En esas adju-

dicaciones no hay derecho a devolución, pero disfrutan de un tipo benéfico; y entendiendo que son adjudicaciones de tal clase las que realmente merecen calificarse de adjudicaciones en pago de asunción de deudas, resulta que éstas tributan la mitad de lo que debieran tributar (1), aunque la realidad demuestre que la transmisión es con carácter perpetuo, como dice el artículo 24 del Reglamento.

Tal diferenciación no sólo tiene importancia en ese aspecto fiscal que hemos indicado, sino que también lo tiene en el terreno del Derecho privado, porque desde el punto de vista del Derecho civil no hay posibilidad de admitir que cuando se transmite una finca hipotecada, implícitamente lleve consigo una adjudicación para pago de deuda. Y sin embargo, en pleno divorcio con ese Derecho civil, fiscalmente se viene admitiendo y, en algunos casos, ordenando que se gire una liquidación por adjudicación para pago, sin duda por entender que quien enajena se ha desprendido de una porción ideal de la finca para pagar la deuda que garantiza.

Retorcido y superfluo es el concepto. La hipoteca permite la transmisión del inmueble aunque gravado, gravamen que en su día puede obligar a la realización del valor en venta de aquel inmueble para satisfacer la obligación incumplida y garantizada; por el contrario, la adjudicación para pago exige desde luego esa realización, innecesaria dada la misión de la hipoteca, pero además si de una participación ideal se trata, como estará gravada con igual intensidad que la totalidad del inmueble, será una operación antieconómica que desnaturalizará la transmisión del inmueble a que se refiera porque en definitiva sólo se adquirirá, siempre gravada, la porción ideal que no se adjudique para pago.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1917 sentó una doctrina que aun siendo inaplicable actualmente para el caso específico que la motivó, sin embargo viene a confirmar lo anteriormente expuesto al declarar que la aportación a una Sociedad de bienes inmuebles gravados con hipoteca, no lleva consigo la de adjudicación de bienes para pago de deudas, porque este concepto presupone que las deudas no están aseguradas con hipoteca, sino, por el contrario, que se adjudican bienes libres con cuyo valor se abonarán aquéllas; y cuando se adjudican bienes hipotecados, la persona o entidad adquirente de los

(1) Véase el caso al que se refiere la Resolución del T. E. A. C. de 15 de febrero de 1949, que hemos comentado en el número del mes de septiembre de 1949 de *Revista de Derecho Privado*.

mismos se compromete, lo diga o no, a solventar la deuda en cumplimiento o por virtud del artículo 105 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código civil y no constituye un acto sujeto al impuesto.

Tal doctrina constituyó un tope o límite impuesto a una tendencia fiscal, que al amparo del acto deducido veía en toda transmisión de finca hipotecada una adjudicación de bienes para pago. Claro está que el Fisco apreciaba esa adjudicación sólo en los casos en los que el tipo de imposición que correspondía al concepto por el cual se realizaba la transmisión de la finca, era inferior al señalado a la adjudicación mencionada, como sucedía en la hipótesis de aportación a Sociedad. Pero la tendencia fiscal era tan marcada hacia el concepto de "adjudicación para pago", desviándose en ese caso especial del concepto de "cesión", que parecía más jurídico y que insinuaba el apartado 2) del artículo 19 del Reglamento, que al fin y a la postre el Reglamento vigente rebasó el límite a que hemos aludido, y por virtud de una adición a ese apartado 2) ordena que "cuando al constituirse una Sociedad quedaran a cargo de ésta deudas de alguno de los socios, independientemente de la liquidación que proceda por el concepto de constitución de Sociedad sobre el valor líquido de aportación, se girara otra por adjudicación para pago de deudas si entre los bienes aportados por el mismo socio no hubiere metálico para satisfacerlas".

En el espíritu de tal precepto están comprendidos los casos de aportación de empresa y aportación de finca hipotecada. El primero, claramente comprendido; el segundo, con ciertas dudas que provoca el sentido literal (1). De todas formas el concepto adecuado hubiera sido el de adjudicación en pago de asunción de deuda.

(1) Obsérvese que son las deudas las que por sí solas e independientemente de la hipoteca motivan el concepto de adjudicación, siempre que tales deudas queden a cargo de la Sociedad y el socio no aporte metálico para satisfacerlas. Pero precisamente por esa independencia a la que aludimos, y por la diferencia entre deuda y gravamen, una Sociedad no se hace cargo de una deuda garantizada con hipoteca por el hecho de hacerse cargo del gravamen, ya que este último cargo lo adquiere como consecuencia de adquirir la finca gravada.

La hipoteca es como si fuera un compás de los que se utilizan para dibujar. El compás, sin perder su fisonomía, puede estar abierto o perfectamente cerrado. En el vértice del ángulo que implica el compás, cuando está abierto, radican el crédito y la hipoteca que lo garantiza, inseparables; pero, a pesar de su inseparabilidad, permiten que cada una de las extremidades del com-

Antes de esa adición que ha sufrido el apartado 2) del artículo 19, el T. E. A. C., con referencia a la aportación a Sociedad de finca hipotecada, venía sosteniendo (RR. 21 abril 1936; 16 marzo 1943 y 25 enero 1945) que en tales aportaciones no procedía apreciar el concepto de adjudicación para pago. Por el contrario, cuando se trataba de aportación de empresa (RR. 15 octubre 1926; 16 diciembre 1930 y 9 mayo 1944) admitió ese concepto como acto deducido. Sin embargo, actualmente no se puede dudar de que la aportación de finca hipotecada también está comprendida en el precepto a que venimos aludiendo, porque según nuestras noticias, en el informe que emitió el Con-

pás (deuda y gravamen), al enajenarse el inmueble, se distancien o se fusionen. Cuando el compás cierra *perfectamente*, porque el vértice y las extremidades así lo pactan, o porque la ley lo ordena, hay asunción de deuda o transmisión pasiva de obligación; es decir, la deuda y el gravamen radican en la misma titularidad. Si el compás cierra *imperfectamente*, aunque se fuerza lo suficiente para que sus extremidades estén en contacto, hay simple asunción de cumplimiento. Y cuando el compás no está cerrado, aunque *aparentemente* lo parezca, habrá retención o descuento de deuda.

Ese compás, por disposición legal, estará perfectamente cerrado en los casos en que el acreedor sea el Banco Hipotecario (art. 95 del Real decreto de 3 de noviembre de 1928) y en los supuestos de hipoteca de responsabilidad limitada (art. 140 de la Ley Hipotecaria); hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas (art. 157 de la mencionada Ley) y casos de procedimiento judicial que provoque la venta de la finca hipotecada (art. 133, párrafo segundo, de la misma Ley). Descartando esta última hipótesis, que no corresponde al concepto de aportación, en todas las demás no cabe duda que la Sociedad se hará cargo de la deuda por el simple hecho de la aportación de finca hipotecada; pero ¿qué ocurre en casos en los que el compás cierra *imperfecta* o *aparentemente*? En esos casos—repetimos—, la circunstancia de que al socio, por el hecho de pagar llegado el cumplimiento de la obligación, le conceda el segundo párrafo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria una hipoteca legal contra la Sociedad, ¿puede dar a entender que ésta se hizo cargo de la deuda? Si no se aprovecha esa coyuntura, difícil será en el terreno legal argumentar la afirmativa contemplando sólo la aportación a Sociedad de finca hipotecada, salvo que nuestras leyes acepten la teoría expuesta por Cámara (véase el número de mayo de 1949 de *Revista de Derecho Privado*), quien afirma que el tercer poseedor es un deudor, porque se halla en la alternativa de pagar o dejar que ejecuten sus fincas hipotecadas. Es decir, que en una de las extremidades del compás hay un deudor obligado a pagar, y en la otra extremidad hay otro deudor, si así se le quiere denominar, porque no debe nada ni está obligado a pagar nada, aunque tiene derecho a pagar.

sejo de Estado al examinar el proyecto del nuevo Reglamento, opinó que del precepto en cuestión debían excepcionarse precisamente los casos de aportación de empresa y aportación de finca hipotecada, y ya hemos visto que en cuanto a esos extremos el informe no prosperó.

Pero con referencia a las Sociedades en general, también conviene que quede de manifiesto que cuando un socio se separa y en pago de su aportación se le adjudican bienes hipotecados, no es procedente el concepto de "adjudicación para pago", sino el de "cesión" por el exceso que resulte entre el valor del inmueble y la cantidad a que como socio tenga derecho. Es decir, que en ese caso, a pesar de que se trata de una transmisión tan onerosa como lo puede ser la de aportación a la Sociedad, ya no juegan las deudas, juega el exceso, aunque en definitiva, generalmente, este exceso serán las deudas. Lo dicho resulta de lo que ordenan los apartados 13) y 19) del artículo 19 del Reglamento, pues aunque en dicho apartado 13) también se alude al 2) del propio artículo, lo hace para el supuesto de aportación a Sociedad por aumento de capital, todo sin perjuicio de que según el citado apartado 19) en la disolución de Sociedad, cuando hay pasivo y el activo se adjudica a uno o varios socios, salen a relucir otra vez las adjudicaciones en pago o para pago de deudas.

Véamos ahora como todo lo que dejamos dicho con referencia a las Sociedades, supone excepciones a la norma general reglamentaria.

II.—SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA GENERAL.

De varios preceptos del Reglamento del impuesto, muy especialmente de los que se refieren a cargas deducibles, se desprenden las siguientes reglas:

Primera.—El impuesto de Derechos reales recae sobre el verdadero valor de los bienes o derechos transmitidos con deducción de las cargas o gravámenes que disminuyan realmente su estimación; y por ello, a los efectos del tributo, se entiende que son cargas todas aquellas que afectando directamente a los inmuebles transmitidos, los desvalorizan, pero no se consideran como tales las que sólo los deprecian (art. 60 y apartado 1) del art. 100).

Segunda.—La hipoteca, en consecuencia, no es gravamen fiscalmente considerada y por ello nunca se deduce su importe del precio de la transmisión (apartado 1) del art. 100).

Tercera.—En las transmisiones a título oneroso, por regla general, está ordenado que se presume que los interesados al fijar el precio de la transmisión, han deducido el importe de la hipoteca y, por tanto, para determinar la base liquidable de la transmisión de que se trata, hay que adicionar al precio de la transmisión el importe de la hipoteca que grava al bien transmitido (apartados 3) y 4) del art. 100).

Cuarta.—En las transmisiones a título lucrativo, aunque las hipotecas nunca son deducibles, sin embargo, en cumpliéndose determinados requisitos, se pueden deducir las deudas que garanticen en la parte pendiente del pago, sin perjuicio de la liquidación que deba practicarse por adjudicación en pago o para pago de deudas (apartado 2) del art. 100).

Quinta.—El liquidador apreciará como conceptos liquidables las convenciones tácitas, o sea aquellos actos deducidos que lógica y legalmente se deriven de la intención o voluntad de las partes, manifestada en las cláusulas o estipulaciones de un contrato rectamente interpretadas, y siempre de acuerdo con los principios de derecho (art. 44).

De lo expuesto se deduce que aunque la hipoteca fiscalmente no sea un gravamen, por regla general su importe tiene un interés grande en las transmisiones a título oneroso como elemento que siempre ha de *adicionarse* al precio de la transmisión para llegar a la fijación de base liquidable; por el contrario, la deuda que garantiza la hipoteca, en la parte pendiente de pago, también tiene gran importancia en las transmisiones a título lucrativo como elemento que ha de *deducirse*, provocando la adjudicación en pago o para pago. Por lo tanto, en principio, parece que el importe de la hipoteca no tiene importancia en las transmisiones a título lucrativo y que las deudas deducibles también carecen de importancia en las transmisiones a título oneroso. Sin embargo, veamos cómo no es del todo cierto ni lo uno, ni lo otro.

Si nos fijamos en los apartados 3) y 4) del artículo 100, se llegará al convencimiento de que los autores del Reglamento para dictar normas con relación a las transmisiones onerosas de fincas civilmente gravadas, pero no gravadas fiscalmente, contemplaron principalmente el caso de compraventa de finca hipotecada. Es decir, como tipo de esas transmisiones aceptaron—e hicieron bien—al contrato de compraventa; y como tipo de carga no deducible, o sea de carga que fiscalmente no es carga, adoptaron—y también estuvieron acertados—al derecho real de hipoteca, que es el prototipo de las cargas extrínsecas porque permite diferenciar la obligación personal de la carga real.

¿Cuál es el importe de la hipoteca? Eso no lo dice el Reglamento ni tenía por qué decirlo, pero de todas maneras lo da a entender, aunque posiblemente lo que nos da a entender, en buenas normas, puede ocurrir que no sea el importe de la hipoteca. Desde luego el importe de la hipoteca no es su cobertura, ni el importe de la obligación principal, sino la cantidad de dinero necesaria para satisfacerla y saciar el derecho del acreedor en un momento determinado, dentro de los límites de la garantía que presta. Una hipoteca puede garantizar una serie de obligaciones distintas del pago de una deuda, aunque todas ellas, a los efectos de la hipoteca, deban traducirse en una responsabilidad pecuniaria, pero si volvemos a fijarnos en la contextura del artículo 100, no sólo confirmaremos lo dicho anteriormente respecto del caso contemplado por los autores del Reglamento, sino que además podremos añadir que esos autores, para dictar una norma general en las transmisiones onerosas, lo que realmente contemplaron fué el caso particular de compraventa de finca hipotecada en garantía del pago de una deuda. Y si al transmitirse el crédito hipotecario, según el apartado 7) del artículo 13 del Reglamento, la base liquidable es el importe de la obligación principal que garantiza, tenemos un punto de apoyo para argumentar, sin gran peligro de equivocarnos, que esa misma base liquidable debe ser la que corresponda a la transmisión del gravamen y que siempre, fiscalmente, el importe de la hipoteca es el importe de la obligación principal, por lo que si ésta se traduce en el pago de una deuda, el importe de la hipoteca es el importe de la deuda que garantiza.

Sigamos sin apartar la vista del artículo 100. Precio; es uno de los vocablos que utiliza ese artículo. El precio en su concepto económico es variable aunque siempre tenga el mismo significado jurídico. El precio de una finca hipotecada si no es parte integrante del mismo el pago del importe de la carga, no puede ser igual que el precio de esa misma finca sin hipotecar; pero este último precio es precisamente el que interesa para la debida exacción del tributo porque indudablemente es el que más se aproxima al verdadero valor. A esos dos precios alude el apartado 3) del artículo 100. Cita al primero para señalar una norma de fijación de base liquidable; cita al segundo para indicar las excepciones (1).

(1) El Reglamento de 1911, en el artículo 94, decía así: «En las transmisiones a título oneroso, las cargas, sean o no deducibles, que afecten a los bienes se presumirán ya deducidas por los interesados al fijar el precio,

El Fisco entiende que siempre que se transmite a título oneroso una finca hipotecada, para fijar el precio, se tuvo en cuenta y se rebajó el importe de la hipoteca y, por ello, en la primera parte del apartado 3) del artículo 100 establece como norma general la presunción de que el precio convenido se ha fijado en la forma indicada y ordena, al solo efecto de fijación de base liquidable, que al precio de la transmisión se adicione el importe de la carga no deducible, en nuestro caso de la hipoteca; recalcando el apartado 4), ya especialmente para las hipotecas, que ha de adicionarse el importe de todas las que queden subsistentes.

Esa norma general tiene las excepciones que señala el último inciso del apartado 3) anteriormente mencionado, que igualmente ordena: "No habrá lugar a la indicada presunción cuando los contratantes estipulen expresamente la deducción de cargas del precio fijado, o el adquirente se reserve parte de éste *para satisfacer aquéllas*." Es decir, se exceptúan los supuestos en los que los interesados estipulan y ponen de manifiesto aquello que silenciado anima y da vitalidad a la presunción que, como es natural, cede ante la realidad.

Ahora bien; tal y como está redactado ese precepto de excepción, si el importe de la hipoteca es el importe de la deuda, en la transmisión onerosa de finca hipotecada esa deuda parece que está influenciada por dos corrientes completamente distintas: una de ellas la arrastra a engrosar la base liquidable en los supuestos en que para fijar el precio previamente los interesados rebajaron el importe de la hipoteca (primer inciso del apartado 3) del art. 100); la otra la hace derivar hacia un concepto de asunción con pretensiones de provocar el acto deducido de adjudicación de bienes para pago cuando el adquirente se reserva parte del precio *para satisfacer la deuda* (último inciso del mismo apartado). Pero, sin embargo, antes de iniciarse esas dos corrientes se puede observar un remanso o punto muerto que corresponde a un caso omitido por el Reglamento. ¿Qué ocurre si el adquirente por título oneroso de una finca hipotecada, expresamente, como consecuencia de una estipulación, se reserva parte del precio y no precisa que es *para satisfacer la carga*?

y éste se reputará como *valor líquido*, a menos que los contratantes estipulen expresamente la deducción de aquéllas, o el adquirente de los bienes se reserve parte del precio para satisfacer aquéllas. Fuera de estos casos, el valor de las cargas no deducibles se adicionará siempre al precio convenido para determinar la base liquidable...»

Según el precepto de excepción que contiene el último inciso mencionado parece que para que pueda apreciarse esa excepción hacen falta los dos requisitos: la reserva de parte del precio y que sea para satisfacer la carga. Pero si no se da la excepción, sin el segundo requisito, se desemboca en el absurdo, porque al precio fijado antes de deducir la carga habrá que adicionar el importe de ésta, lo que a todas luces es improcedente. Y el apreciar una asunción expresa de pago de deuda en donde no la hay, también es improcedente. E igual es improcedente el llegar a apreciar una *adjudicación tácita* en pago de esa *asunción también apreciada tácitamente* por la sola circunstancia de reconocerse *de modo expreso la deducción*. Vamos a verlo.

A los efectos del acto deducido, fiscalmente, entre lo tácito y lo expreso hay sus diferencias, porque para poder apreciarse una convención tácita, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento del tributo, es necesario estipulaciones o hechos indudables, presumidos por el legislador, declarados por los interesados o comprobados por la Administración. Ese es el punto de partida. Y además también es necesario un desequilibrio entre las prestaciones o una incongruencia entre esos hechos o estipulaciones que permitan la apreciación lógica y legal de la intención o voluntad de las partes, más o menos oculta, pero que puede traducirse en una calificación jurídica que salva el desequilibrio o la incongruencia mencionados y que responde a la oculta o silenciada intención o voluntad.

En consecuencia, un acto para que fiscalmente se considere deducido necesita como punto de apoyo esencial una convención expresa; pero lo que no puede admitirse es un acto deducido apoyándose en otro acto deducido. Para la lógica que exige el precepto, en nuestro caso sería necesario que la deducción o reserva de parte del precio forzosamente llevara consigo la asunción, o ésta, también forzosamente, exigiera la adjudicación. Pero todos sabemos que puede haber descuento o deducción (conceptos fiscalmente análogos) y no haber asunción; de igual forma que puede haber asunción sin adjudicación de bienes en pago de la misma. Por lo tanto, en las transmisiones a título oneroso de una finca hipotecada el simple descuento del precio del importe de la hipoteca, o lo que es lo mismo, la deducción del importe de la deuda que la hipoteca garantiza, aunque tácitamente se presuma la asunción de pago de deuda por el comprador, si esa asunción no se declara ex-

presamente no es posible apreciar el concepto deducido de adjudicación en pago o para pago, como diría el Reglamento.

Pero es más, hay quien sostiene con argumentos nada despreciables que aunque la asunción sea expresa, la norma general que impone la primera parte del apartado 3) del artículo 100 *prohíbe* el apreciar cualquier acto deducido que modifique la base liquidable que supone el precio de la transmisión más el importe de la carga no deducible, alegando que para salvar esa prohibición, por lo que se refiere a las "Sociedades", han sido necesarios preceptos de excepción; pero, además—añaden—, no es jurídico el entender que el mismo hecho—porque, en definitiva, del mismo hecho se trata—unas veces reconocido por los interesados y otras presumido por disposición reglamentaria pueda provocar efectos jurídicos distintos. Si un precepto presume que cuando se fija el precio de una transmisión se ha rebajado el importe de la carga, llegando con esa presunción, que hay que admitir como hecho cierto, al acto deducido de asunción tácita que se traduce en una norma de fijación de base liquidable, no hay razón para que cuando la presunción no pueda darse porque lo estipulado por las partes pone de manifiesto el hecho que se pretende evitar, ese mismo hecho se traduzca en cosa distinta. Cuando se da la misma razón de derecho ha de ser idéntica la norma jurídica. Sobre todo, cuando de hipoteca se trata, bien claramente y sin excepciones de ninguna clase, el apartado 4) del artículo 100 ordena que el importe de las mismas se adicione al precio de la transmisión "de conformidad con lo que dispone el apartado anterior"; luego en este apartado tampoco se admiten excepciones que vengan a desvirtuar lo que debe ser la base liquidable, se fije el precio después de deducir la carga o se deduzca la carga después de fijado el precio.

III.—LAS ADJUDICACIONES EN PAGO DEL HABER POR GANANCIALES.

Aunque sean dudosos algunos de los argumentos que dejamos expuestos para que el concepto de adjudicación para pago no prevalezca en los casos en que se *asuma expresamente* el pago de una deuda garantizada con hipoteca; lo que en nuestro entender no cabe la menor duda es la improcedencia de apreciar ese concepto de adjudicación *por la sola circunstancia* de que en una transmisión a título oneroso se deduzcan deudas garantizadas con hipoteca y se adjudiquen a cual-

quier interesado los inmuebles hipotecados en garantía de las deudas *deducidas*, sin aludir para nada a la asunción.

Una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de mayo de 1941 declara que la deuda contraída durante el matrimonio garantizada con hipoteca provoca una adjudicación para pago que ha de liquidarse sobre la totalidad de la deuda, no sobre la mitad, porque no puede admitirse la tesis de que la otra mitad, desde antes del fallecimiento de los cónyuges, grava a la porción de gananciales que corresponde al sobreviviente.

Tal doctrina se debe al recurso que interpuso la Dirección General de lo Contencioso contra acuerdo de un Tribunal provincial administrativo; y el fundamento de la resolución estriba en que para llegar a la determinación de la herencia del cónyuge fallecido ha de preceder la liquidación de la Sociedad legal de gananciales, y hasta que esto se realice no puede saberse cuáles son los bienes de la misma ni los que a cada cónyuge pertenecen, ni siquiera si habrá o no gananciales, ya que la existencia de éstos requiere necesariamente el requisito previo de la deducción de las deudas y obligaciones de la Sociedad conyugal y la adjudicación de bienes para su pago, bienes que no puede decirse que pertenezcan en parte a la herencia del cónyuge fallecido y en parte al sobreviviente, sino que son bienes de la Sociedad conyugal.

Otra resolución de 29 de mayo de 1945 sostiene la misma doctrina, y el Tribunal Económico-Administrativo Central fundamenta su resolución partiendo de la base de que todos los bienes inventariados son gananciales y que de ellos se han rebajado, *por considerarlas deducibles*, las deudas hipotecarias que gravan los inmuebles, obteniendo así el caudal líquido partible que se distribuye por mitad entre la viuda y los herederos, adjudicando a la primera, en pago de su mitad de gananciales, la mitad de los inmuebles gravados con la hipoteca, *con la expresa obligación de satisfacer las aludidas deudas en la parte proporcional a su adjudicación*, y a los herederos se les adjudica la otra mitad *con igual obligación*; es decir, que en el mismo documento particional los propios interesados hacen la deducción de las deudas y se adjudican en la cuantía exacta para ello bienes inmuebles para su pago, puesto que éstos los reciben como adjudicación en pago de sus gananciales y de su porción hereditaria y, en lo que exceden de sus respectivos haberes, como adjudicación para pagar las deudas que

se obligan a satisfacer. A continuación reconoce el Tribunal que en los casos resueltos por la sentencia de 2 de junio de 1917 y resolución de 21 de abril de 1936, alegadas por los interesados, es efectivamente exacto que se declaró que las deudas hipotecarias que gravaban los inmuebles no eran deducibles y que no procedía exigir el impuesto por adjudicación para pago; pero que así procedía declararlo porque *no se trataba de una transmisión por causa de muerte, sino de transmisiones a título oneroso* en las cuales, según el artículo 100 del Reglamento, párrafos 3.º y 4.º, las cargas que afectan a los bienes, sean o no deducibles, se presumirá que han sido rebajadas por los interesados al fijar el precio y, en consecuencia, se aumentará a éste, para determinar la base liquidable, el importe de las cargas que, según el párrafo 1.º del mismo artículo, no tienen la consideración de deducibles a efectos fiscales y, por tanto, las hipotecas que hayan de quedar subsistentes se adicionarán al precio convenido; que por eso en los casos mencionados, en los que se trataba de bienes inmuebles gravados con hipoteca aportados a una Sociedad, se estimó que *no procedía rebajar la carga ni girar liquidación por adjudicación para pago de deudas*, pero se resolvió que debía exigirse el impuesto por el valor total de los bienes y por el concepto de aportación a la Sociedad; insistiendo en que es inadmisibles, por las consideraciones que anteriormente dejamos expuestas, el que sólo debiera girarse la liquidación por adjudicación para pago sobre la base que representa la mitad de las deudas.

Desde luego, el problema parece que está mal planteado. En los dos casos se enfocó con poco acierto, porque no cabe la menor duda que las deudas y obligaciones que mencionan los artículos 1.408 y siguientes del Código civil, están a cargo de la Sociedad de gananciales, aunque, en definitiva, como en todos los patrimonios sujetos a liquidación afectan a los copartícipes en la proporción que cada uno de ellos tenga que participar y, por lo tanto, al marido y la mujer, que reparten por mitad, por mitad les tiene que afectar; e indudablemente que para liquidar la Sociedad de gananciales hay que pagar las deudas o, mejor dicho, *deducirlas*, como con más corrección que los que inmediatamente le preceden se explica en el artículo 1.424 del mencionado Código.

En definitiva, lo que pretendían los interesados era que tácitamente no se apreciaran adjudicaciones de bienes para pago de deudas que habiendo sido deducidas estaban garantizadas con hipotecas sobre inmuebles adjudicados en pago de la cuota por gananciales. Claro está

que esas deudas podían ser la mitad de las que afectaban al fondo ganancial, pero también podían ser menos de la mitad y más de la mitad, incluso todas; porque el problema, fiscalmente, radicaba en el carácter de la adjudicación de bienes en pago de la cuota por gananciales; si era o no aplicable la norma general que sobre fijación de base liquidable contiene el apartado 3) del artículo 100 y, por lo tanto, si al precio, haber o parte del mismo, para cuyo pago se hacía la adjudicación, debiera adicionarse el importe de las hipotecas que gravaban los inmuebles adjudicados en el supuesto de que el valor declarado no correspondiera al de los inmuebles libres de cargas.

En nuestro entender la adjudicación de bienes al cónyuge viudo en pago de su cuota por gananciales individualiza una *transmisión onerosa* que a favor de un patrimonio común se realizó durante la vida de la Sociedad conyugal. Sin embargo, en las resoluciones a que hemos aludido, con referencia a casos en los que la Sociedad se disuelve por muerte de un cónyuge, el Tribunal Económico-Administrativo Central da a entender que se trata de *transmisiones por causa de muerte*, es decir, de las mismas transmisiones a las que alude el apartado 1) del artículo 101, concepto que, por lo que a la Sociedad de gananciales se refiere, parece que sólo puede aceptarse en el sentido de ser la muerte quien, por regla general, provoca el derecho a la distribución de las ganancias como fin último de la comunidad.

Podrá discutirse si la adjudicación en pago de la cuota por gananciales tiene un carácter declarativo o traslativo, pero creemos que no puede discutirse su condición onerosa. La cuota por gananciales está impregnada de una sustancia tan onerosa como la que dió vida a la comunidad durante su existencia. La misión de la Sociedad, en ese orden, se ha reducido a transformar en común todas las adquisiciones de los cónyuges respecto de las cuales no se demuestre un origen lucrativo y a conceder un derecho de distribución sobre la base de una igualdad en las cuotas cuando la Ley consideró que la comunidad había cumplido su misión.

En términos jurídicos, cuando se cita a las transmisiones por causa de muerte, se alude a las transmisiones hereditarias (1) en su más am-

(1) «Sucesiones hereditarias», decía el apartado 2) del artículo 100 del Reglamento de 1941, aunque el actual, muy acertadamente, alude a todas las transmisiones a título lucrativo, porque con aquella expresión quedaban excluidas las donaciones *inter vivos*.

plio sentido, incluyendo a los legados, aunque los legatarios no sean herederos y a las llamadas sucesiones contractuales, o sea a todas las que provoca directamente la muerte de una persona que puede transmitir a otra con facultad de suceder. En buena técnica la Sociedad de gananciales no tiene más personalidad que la que indistintamente la prestan el marido o la mujer. Su función es mecánica y derivada del régimen económico matrimonial que supone, transformadora de la condición jurídica de las adquisiciones onerosas que destina a una masa común, aunque ingresen en la Sociedad conyugal a través de la titularidad de uno solo de los cónyuges, ya que *mediante* la Sociedad de gananciales el marido y la mujer *hacen suyos por mitad* al disolverse el matrimonio las ganancias o beneficios *obtenidos por cualquiera de ellos*. Pero aunque la Sociedad de gananciales fuera una persona jurídica, al disolverse, las adjudicaciones que se hicieran a sus socios siempre implicarían transmisiones onerosas.

En ese aspecto de persona jurídica, parece que viene a confirmar todo lo que dejamos dicho y tiene cierto interés, un Considerando de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1 de febrero de 1949 al decir: que el impuesto de Derechos reales no grava "la liquidación de la Sociedad conyugal en forma análoga a la de las demás Sociedades, no sólo por la diferencia de tipo aplicable, sino *porque se limita* a sujetar al impuesto las adjudicaciones de toda clase de bienes que se hagan al cónyuge sobreviviente en pago de su haber de gananciales (número 65 de la Tarifa), dejando, en cambio, de gravar lo que por igual concepto se adjudique al caudal del cónyuge premuerto *y no cabe aplicar por analogía* el número 18 (hoy 19) del artículo 19 del Reglamento del impuesto, según el cual, cuando al disolverse las Sociedades se traspase a uno o varios de sus socios el activo social con independencia de lo que proceda liquidar por disolución, se exigirá el impuesto correspondiente, bien a la adjudicación en pago o para pago de deudas si hubiese pasivo, bien como adquisición de muebles o inmuebles, según la clase de bienes que se transmitan por el exceso que resulte de la cantidad a que, como socio, tenía derecho."

Resumiendo todo lo que dejamos expuesto, parece que puede llegarse a las siguientes conclusiones:

- 1.º Las adjudicaciones al cónyuge viudo en pago de su cuota por gananciales implican una transmisión a título oneroso.
- 2.º Cuando por tal concepto se adjudican bienes inmuebles hi-

potecados, son de aplicación los apartados 3) y 4) del artículo 100 del Reglamento del impuesto de Derechos reales.

3.º Como consecuencia, para fijar la base liquidable, se adicionará al precio de la transmisión el importe de las hipotecas siempre y cuando aquel precio se fijara después de haber deducido el importe de las cargas, o sea, que tal base será el valor de la finca.

4.º Todo ello es procedente, se haga o no por el adjudicatario expresa asunción de pago de las deudas que las hipotecas garantizan.

5.º En tales supuestos es siempre improcedente liquidar por el concepto de adjudicación para pago de deudas; en primer lugar, porque tal concepto predispone que las deudas no están garantizadas con hipoteca, y después porque la regla general que amparan los apartados 3) y 4) del artículo 100 no permiten apreciarlo como acto deducido.

Claro está que todo ello supone un medio para burlar en muchas transmisiones hereditarias la tributación por adjudicación para pago de deudas. Basta con adjudicar al cónyuge viudo bienes hipotecados en pago de su cuota por gananciales; pero ello, en definitiva, vendría a remediar cierta anomalía que también con cierta frecuencia se pone de manifiesto en casos como el sentenciado por el Tribunal Supremo con fecha 5 de octubre de 1945 (1), en el que se alude a reflexiones de *lege ferenda* y que precisamente se dan en las herencias modestas de padres a hijos.

Si aquellas adjudicaciones al cónyuge viudo en pago de su cuota por gananciales, se limitasen a los bienes inmuebles gravados con hipotecas que garantizasen la mitad de las deudas a cargo de la Sociedad conyugal, no cabe duda que sería una solución bastante equitativa. Y algo de eso es lo que pretendían los interesados en las resoluciones de 6 de mayo de 1941 y 29 de mayo de 1945, anteriormente mencionadas.

FEDERICO BAS Y RIVAS.

Registrador de la Propiedad.

(1) La hemos comentado en *Revista de Derecho Privado*, número del mes de febrero de 1948.

Novedades más importantes del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948. Breve examen de la certificación de la adjudicación a la Hacienda, como medio inmatriculador de fincas en el Registro de la Propiedad

Que no había exageración alguna en las afirmaciones sentadas hace tiempo en esta REVISTA (1) comentando algún punto del anterior Estatuto, lo pone ahora de manifiesto el Estatuto vigente.

Impone éste al Agente ejecutivo la obligación, antes de proceder al embargo de fincas, de comprobar o de asegurarse por los medios o informes de que pueda servirse, de la EXISTENCIA REAL, condiciones de aprovechamiento y, por ende, posibilidades de venta de los bienes embargables (art. 78, núm. 5.º).

Conocida es de todos los Registradores de la Propiedad la causa de aquella plaga de los centenares de certificaciones de adjudicación de fincas a la Hacienda que de cuando en cuando hacían aparición en nuestras oficinas, y que no era otra que la necesidad que tenían los Recaudadores de Contribuciones de "justificar papel" evitando se les "perjudicara" (así decían en la jerga recaudatoria) cuando en el período ejecutivo se les acumulaban para su cobro gran número de recibos de contribución territorial, la mayoría de cuantía ínfima. Para salir de apuros en tales casos, valiéndose de los datos de Catastros, amillaramientos, etc., y sin mayores averiguaciones, seguían los apremios que de ordinario terminaban con la adjudicación de fincas a la Hacienda, encontrándose ésta dueña, unas veces, de fincas imaginarias, que no

(1) V. en el número 126 de junio de 1935: «La Hacienda Pública y el Registro de la Propiedad. Embargos ineficaces sobre derechos imaginarios, etc.»

existían en la realidad y otras con fincas de imposible identificación si es que a la postre se llegaba a ordenar su incautación.

Hoy, pues, el Instructor del procedimiento, antes que nada, tendrá que comprobar si aquella parcela de que le da noticias el Catastro existe realmente, si lo que el Registro fiscal de urbana dice ser una casa no es ya más que un solar de escaso valor, etc., y después, de los varios inmuebles del deudor, elegir para el embargo el que ofrezca mejores condiciones, pero no en exclusivo beneficio del deudor, como con gran altruismo parece indicar el texto legal, al decir que es al fin de limitar el embargo a lo estrictamente preciso, sino principalmente en interés de la Hacienda.

Esta innovación con su sabio sentido de la realidad, en unión de la hecha por la Ley de 23 de diciembre de 1948, de exención de recibos de contribución de poca cuantía, es de esperar dé los resultados apetecidos.

A continuación vamos a tratar brevemente de otras reformas; pero sólo de aquellas que por referirse a bienes inmuebles o por otras circunstancias tengan interés para Notarios y Registradores de la Propiedad.

NOTIFICACIÓN DEL EMBARGO AL DEUDOR. DECLARACIÓN EN REBELDÍA DEL MISMO.

Esa notificación del embargo, al igual que la del anuncio de la subasta y la de adjudicación, al rematante o a la Hacienda, antes como ahora (art. 126, núm 2), ha de practicarse individualmente al deudor, y en cuanto a la primera, contiene el Estatuto vigente la novedad (artículo 84, núm. 8) de que en la misma debe requerirse al deudor (cuando se trata de forasteros o de deudor de paradero ignorado) para que dentro del plazo de ocho días designe persona en la localidad del débito, que se haga cargo de recibir cualquier otra notificación posterior, incluso las citadas de anuncio de subasta o de adjudicación de bienes. No haciendo tal designación se ha de entender son válidas todas las notificaciones que se practiquen después por edictos en la forma procedente.

A partir de la notificación del embargo, si el deudor ni compareció ni designó quien le representara, puede hacerse la declaración en rebeldía (art. 127), desde cuyo momento todas las notificaciones han

de practicarse en la oficina recaudatoria con la lectura, en presencia del público, que en ella se encuentre y firmando dos testigos la oportuna diligencia.

Con esta innovación se han abreviado trámites y se ha regulado con claridad la situación de rebeldía del deudor, cosa que no ocurría antes.

Es conocido por todos la importancia que las declaraciones de rebeldía tienen en orden a la inscripción de las enajenaciones en el Registro de la Propiedad, ya que el criterio mantenido hasta ahora por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en Resoluciones de 20 de octubre de 1911, 21 de enero de 1924, 20 de marzo de 1928 y 6 de octubre de 1947) es el de que no es precisa en tales casos la consignación, en la escritura de venta, en procedimiento seguido en rebeldía, del estado civil del deudor, requisito ineludible, dada su importancia, en los demás casos de enajenación.

Dos salvedades o indicaciones debemos hacer antes de dar por terminado el estudio de este punto: la una, que por el hecho de que se otorgue la dicha escritura de venta de oficio, en nombre del deudor, por la negativa del mismo a comparecer, no presupone ello, a nuestro juicio, que el procedimiento se haya seguido en rebeldía; y otra, que actualmente el Reglamento Hipotecario vigente (art. 51, núm. 9) parece exigir con mayor rigor la circunstancia del estado civil de la persona de quien proceden los bienes. Mas a pesar de ello y de la trascendencia de tal dato, cuando se trata de bienes que adquirió un deudor casado y a título oneroso sospechamos que la jurisprudencia hipotecaria futura posterior al Reglamento Hipotecario (1) reitere la mantenida antes por análogos fundamentos.

CASO DE QUE LOS INMUEBLES EMBARGADOS NO ESTÉN INSCRITOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

En el anterior Estatuto existía en este punto una antinomia que había recogido de la Instrucción de apremio 1.900. Disponía en un lugar (art. 112) que la carencia de titulación inscrita había de suplirse por los medios establecidos por la Ley Hipotecaria, mientras que en

(1) La resolución de 1947 citada se refiere a cuestión planteada antes de dicho Reglamento.

otros (art. 157, letra D, y art. 204) se ordenaba que continuara la ejecución adelante sin dejar subsanada la falta.

En el vigente desaparece tal contradicción, ya que el hecho de carecer el deudor de título de dominio no obsta hoy a la continuación del procedimiento (claro que antes prácticamente ocurría igual), pues se dispone (art. 98., letra D) que cuando el Registrador suspenda la anotación de embargo por falta de inscripción, el Recaudador ha de dictar providencia mandando continuar el procedimiento hasta su ultimación.

La subsanación de esa falta de titulación se carga hoy, de hecho y de derecho, al rematante en la forma que a seguida veremos.

El artículo 102 del Estatuto que lleva por epígrafe (1) el de "Títulos de propiedad" dispone, que cuando no existan inscritos los títulos de dominio, ni los deudores los presentaren, los rematantes deberán sustituirlos por los medios establecidos en el título VI de la Ley Hipotecaria dentro del plazo de dos meses desde el otorgamiento a su favor de la respectiva escritura de venta. Y en los anuncios de subasta (art. 104, letra B) se previene a los posibles licitadores de esa misma obligación.

Aunque como enamorados de nuestra Dulcinea (la institución del Registro de la Propiedad) nos place todo cuanto tienda al reconocimiento de la alcurnia e importancia de la misma, promoviendo, en este caso, la práctica de las inscripciones hipotecarias, sospechamos que esta reforma legislativa no ha de dar los resultados apetecidos. De un lado tendrá que chocar con los principios de libertad inspiradores de normas fundamentales vigentes de nuestro derecho positivo, como los de la forma de la contratación de nuestro Código civil y la voluntariedad de la inscripción en nuestra legislación hipotecaria, y de otro, por una razón de carácter práctico, o sea, porque terminando el procedimiento de apremio administrativo con el otorgamiento de la escritura de venta y quedando desde ese momento cumplida la misión de la Administración, todas las incidencias posteriores, incluso las importantes de índole posesoria, quedan abandonadas al cuidado del rematante y no se sabe, por tanto, quién ni en qué forma ha de imponer

(1) Como curiosidad debemos anotar que en dicho texto legal, a imitación del Código civil suizo, y en un alarde de técnica, se epigrafían, a más de los títulos, capítulos y secciones, los mismos artículos, novedad que al reflejarse también en el índice o «cuadro del Estatuto» la estimamos de gran utilidad práctica.

coactivamente el cumplimiento de tal obligación ni qué objeto, tampoco, tenía la fijación de un plazo.

Y no existiendo coacción ni sanción alguna todo quedará reducido a una mera recomendación o a un deseo, lo que no parece propio de las normas de conducta de carácter obligatorio.

CASO ESPECIAL DE PROCEDIMIENTO DE APREMIO PARA LA EFECTIVIDAD DE IMPUESTOS SIN CUYO PAGO NO PUEDE EFECTUARSE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA INSCRIPCIÓN DEL ACTO O CONTRATO DE QUE SE TRATE.

Con tal rodeo se refiere el Estatuto (art. 98, letra E) indudablemente al impuesto sobre el Caudal Relicto, al de Derechos reales y a las liquidaciones por exceso del Timbre del Estado.

Copia casi literalmente, hasta con su oscura y premiosa redacción, la Orden de 8 de agosto de 1934

Ordenando de algún modo la disposición para su breve estudio, diremos que en tal supuesto ha de procederse así:

Al llegar el expediente al trámite de embargo, el Agente ejecutivo ha de solicitar del Delegado o Subdelegado de Hacienda respectivo el aplazamiento de pago del impuesto por el cual se sigue la ejecución, al solo efecto de que se pueda inscribir el documento de que se trate para después anotar en el Registro el embargo; aquél, previo informe del Abogado del Estado, lo acuerda y se hace constar por nota en el documento liquidado y en el respectivo libro de liquidaciones.

El Agente entonces presenta el título en el Registro de la Propiedad, y en la inscripción que se practique se ha de hacer "mención" del aplazamiento de pago del impuesto.

Se ordena al Recaudador que, una vez hecha la inscripción, presente en el Registro el mandamiento de embargo.

Si el expediente termina con la venta, la parte necesaria del precio se destina al pago del débito y demás responsabilidades, extremo que ha de consignarse en la escritura, y además el pago de dicho impuesto se ha de hacer constar en el Registro por nota marginal, y por él, añade el Estatuto, han de cancelarse las notas de aplazamiento antes aludidas. Y si por falta de postores las fincas se adjudican a la Hacienda, será, dice el precepto, "título cancelatorio bastante el documento que se

presente en el Registro para inscribir los bienes en favor de la Hacienda".

Aunque con esta forma de expresión pudiera creerse se refiere la cancelación al Registro de la Propiedad no puede ser así porque en éste no hay nada que cancelar, ya que aquella "mención" de aplazamiento dicho no es tal ni hoy tendría cabida en el Registro. Tampoco puede referirse a la anotación de embargo que, a pesar de la adjudicación a la Hacienda, ha de quedar subsistente, ya que el Registrador no puede practicar de oficio cancelación de asientos por confusión de derechos.

Luego, por fuerza, debe referirse al aplazamiento de pago hecho constar en los libros y documentos de la oficina liquidadora, la cual no siempre está a cargo del Registrador de la Propiedad.

Sólo añadiremos, para terminar este punto, que es preferible que el Recaudador presente simultáneamente, y no sucesivamente como ordena el Estatuto, el título que haya de inscribirse y el mandamiento de embargo, ello no sólo es legalmente posible, sino que puede salir al paso de cualquier sorpresa que pretendiera dar la mala fe del deudor. También hubiera sido preferible que, siguiendo un sistema análogo al del artículo 179 del Reglamento de Derechos reales, se hubiera permitido la inscripción sin el previo pago del impuesto, dejándola durante un plazo prudencial pendiente de la condición resolutoria de que dicho pago se efectuare; ello hubiera sido menos complicado y, por tanto, más rápido y eficaz.

Otra reforma, quizás de las más importantes, es la contenida en el artículo 103. Dispone, sólo en cuanto a bienes inmuebles, que antes de la subasta el Ejecutor remita el expediente a la Tesorería de Hacienda para su examen y aprobación si procede. Y que el Tesorero habrá de autorizar, si es pertinente, la celebración de la subasta, pero habrá de cuidar que no sean objeto de ella más bienes que los necesarios a cubrir con un margen de racional holgura el débito perseguido.

Con esta reforma guarda relación la contenida en el artículo 105, en que se manda que la licitación de las fincas se haga una a una, por el orden en que figuren en el anuncio de subasta, y que tan pronto como quede cubierto el débito perseguido, se levante el embargo de las fincas sobrantes.

Es indudable que estas reformas persiguen el fin de acabar o al menos atenuar el mal de lo que hasta aquí venía ocurriendo.

Era algo frecuente, y no es un secreto para nadie, que ese mismo

mecanismo de ejecución establecido por el Estado para cobrar rápida y eficazmente a aquellos contumaces que se negaban a dar al César lo que es del César se volviera contra el mismo convirtiéndose en medio de fraude; bastaba, en efecto, un simple acuerdo entre el agente ejecutivo o sus auxiliares y el ejecutado, sus familiares o sus herederos para que surgiera aquella figura que el vulgo, benigna, pero acertadamente, designó con el nombre de "expedientes convenidos".

Con esta panacea no sólo se eludían las formalidades legales, especialmente en las particiones de herencia, sino que se burlaba a veces el pago del impuesto de Derechos reales, singularmente en aquellas herencias de reducida cuantía a las que hubiera correspondido un tipo alto de tributación. Por débitos de poca monta se enajenaban a veces varias fincas y hasta patrimonios hereditarios íntegros. Contra tales excesos nada cabía hacer al Registrador, ya que no podía negar la inscripción en esos casos de evidente desproporción entre la escasa cuantía del débito y el valor de las varias fincas vendidas (Resolución de 21 de marzo de 1930) ni aun en el que le constare el fallecimiento del deudor, vivo según el expediente (Resoluciones de 10 de julio de 1913 y 11 de abril de 1919), ni tampoco podía poner cortapisas nuestro Centro directivo, ya por chocar unas veces con lo de la hipoteca legal y las más porque tenía que elegir entre sacrificar los intereses de un particular, casi siempre desconocido y rebelde, de un lado, y los intereses del Tesoro público y del rematante, de otro.

No es posible pronosticar lo que ocurrirá en el futuro; pero es de creer termine el abuso si los tesoreros de Hacienda aplican la reforma con el máximo rigor (como es de esperar) y ponen la necesaria diligencia para evitar se recurra al posible ardid de tramitar, sucesivamente, varios expedientes contra un mismo deudor.

Hay otra reforma de tan poca importancia que sólo la citaremos. Es la contenida en el artículo 19 del Estatuto, en el que se dispone que los Recaudadores han de dictar y "firmar por sí mismos" (*sic*) la providencia de embargo (salvo en caso de ausencia reglamentaria) y la de ordenación y señalamiento de la subasta, a menos que se tratase de frutos o productos de posible deterioro, en cuyos casos de excepción puede actuar el auxiliar.

BREVE EXAMEN DE LA CERTIFICACIÓN DE ADJUDICACIÓN A LA HACIENDA COMO MEDIO INMATRICULADOR DE FINCAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Con fundado motivo sostiene La Rica (1) que las inscripciones derivadas del procedimiento fiscal constituyen una de las más interesantes facetas del actual derecho inmobiliario.

Reconociéndolo así, después de examinar las reformas o innovaciones hechas en este punto, vamos a hacer un estudio breve de las aludidas certificaciones de adjudicación, pero sólo en su aspecto de medio inmatriculador de fincas, que es el que más interesa, y por ello sólo nos hemos de referir al supuesto de que de las fincas adjudicadas a la Hacienda no exista inscripción alguna en el Registro de la Propiedad.

A las circunstancias que en las referidas certificaciones se habían de comprender según el anterior Estatuto, o sean, inserción literal de la providencia de adjudicación, nombre y apellidos del deudor, descripción de las fincas detallando su naturaleza, situación, cabida y linderos y gravámenes de las mismas, se añaden por el vigente Estatuto otras nuevas que se comprenden en las letras siguientes del número 3 de su artículo 142:

c) Término municipal en que radica la finca (la conceptuamos de totalmente innecesaria, pues ya estaba exigida antes al ordenar se expresase la situación de la finca).

e) Importe del principal de los débitos, por presupuestos y conceptos.

f) Suma de los recargos y costas.

g) Valor en que se adjudica la finca.

h) Prorrrateo, en su caso, según la norma 10 del artículo 105.

i) Fecha de aprobación y censura del expediente.

A pesar de lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 26 del Reglamento Hipotecario, que exige consten en la inscripción, a más de las generales de la Ley, las circunstancias singulares de la certificación de que se trata, entendemos que, salvo el valor de la finca, los demás datos exigidos en las letras e) a la i) deben ser omitidos en la inscripción, ya que carecen de interés en relación a terceros.

(1) Comentario al nuevo *Reglamento Hipotecario*, 2.ª parte. Modificaciones, pág. 31.

En cuanto a lo de aprobación y censura del expediente es indudable se refieren, no a las que han de practicarse antes de la subasta (número 1, art. 103), sino a las definitivas que, como final del expediente, han de realizar, respectivamente, la Tesorería y la Intervención (artículos 107 y 142). Carece de interés alguno en orden al Registro de la Propiedad, ya que, aún omitida, podía darse por cumplida por el mero hecho de haber sido librada la certificación.

Establece el Estatuto vigente (art. 142, núm. 4) que la certificación de que se trata tiene eficacia suficiente para producir la inscripción de los inmuebles adjudicados, tanto respecto a los inscritos a nombre del antiguo "poseedor" cuanto de los que no lo estén a nombre de persona alguna. Es copia este precepto del contenido en el artículo 204 del anterior Estatuto, sin más variación que la de haberse sustituido en el vigente la palabra "tenedor", que empleaba el antiguo, por la de "poseedor".

Al promulgarse la vigente Ley Hipotecaria, y antes de que lo fuera su Reglamento, creyóse, y no sin fundamento, que las certificaciones cuyo estudio se hace, habían perdido su eficacia inmatriculadora, ya que no estaban comprendidas entre los medios de inmatriculación de fincas admitidas por el artículo 199 de aquella Ley.

Así lo sostuvo Roca Sastre (1) en contra de lo mantenido por Sanz Fernández, si bien creía que prácticamente, mientras no se aclarase ese punto, debía seguirse admitiendo a inscripción las aludidas certificaciones.

Pero publicado el citado Reglamento Hipotecario, cuyo artículo 299 deja la puerta abierta a cualquier otro medio de inmatriculación que establezcan leyes o disposiciones especiales, es forzoso admitir, y así lo reconoce el mismo Roca Sastre (2), que las repetidas certificaciones de adjudicación a la Hacienda pueden hoy seguir abriendo folio en el Registro de la Propiedad.

Y, sin embargo, otro gran hipotecarista, La Rica, después de promulgado ya el repetido Reglamento, pretende avenir o conciliar la contradicción que supone subsiste aún (3) entre la Ley Hipotecaria y el Estatuto de Recaudación, viniendo a terminar, en definitiva (con

(1) *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.^a edición, tomo II, pág. 313.

(2) Obra citada, edición de 1948 (adaptada al programa de Notarías), tomo III, pág. 263.

(3) Obra citada, págs. 37 a 42

relación ya al Estatuto vigente) (1), que si bien éste no pudo modificar a aquella Ley, ya que fué promulgado por Decreto, lo que hace más bien es interpretarla, y por cierto, en términos satisfactorios.

A pesar de la influencia que siempre ejerce en nuestro ánimo el criterio de tan eminente comentarista, al que, con Cabello (2), conceptuamos como "juez supremo" cuando de la interpretación del Reglamento se trata, estimamos, que publicado el repetido Reglamento, de existir contradicción alguna lo sería entre él y la Ley para cuya ejecución se dictó y no entre ésta y el Estatuto vigente, ya que éste (aunque en el punto de que se trata sea copia del anterior) quedó acogido a lo dispuesto en el artículo 299 del Reglamento Hipotecario.

Nos falta examinar otro punto de mayor importancia, cual es el de si en la repetida certificación de adjudicación a la Hacienda se comprenden todos los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ya quedaron examinados todos los exigidos a la misma con el sobreañadido de datos del Estatuto vigente; pues bien, a pesar de ese cúmulo de circunstancias, que la convierten en una especie de mosaico jurídico en el que se mezclan y confunden datos que son propios de un título hipotecario o título inscribible con otros que sólo tienen interés netamente fiscal, se observa que, a pesar de tal fárrago de datos, se ha omitido (3) uno tan interesante como es el de la naturaleza del derecho que haya de inscribirse.

Este dato, que lo consideramos ineludible cuando la repetida certificación ha de provocar la inscripción primera de la finca en el Registro (único supuesto al que nos seguiremos refiriendo) está exigido por el número 3 del artículo 26 del Reglamento Hipotecario en relación con los artículos 9.º, número 2, y 21 de la Ley Hipotecaria, y a pesar de ello ni el Estatuto ordena se exprese en la certificación ni en el respectivo modelo oficial se le reserva espacio alguno. Cuando por la carencia de títulos de propiedad todo el proceso ejecutivo se montó sobre la base resultante de los Registros fiscales o amillaramientos es difícil después justificar qué fué lo que se adjudicó a la Hacienda. Es posible que para resolver tal dificultad se pretenda razonar de este

(1) Idem íd., pág. 581.

(2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de octubre último.

(3) Lo mismo ocurrió en el Estatuto anterior, según se dejó examinado en el número de esta Revista al principio citado.

modo: Como la autoadjudicación a la Hacienda por falta de pago del deudor-ejecutado no es más que una adjudicación o cesión de bienes en pago de deudas, la Hacienda adquiere el mismo derecho de que era titular el deudor en cuanto a la finca o fincas de que se trate; ¿pero qué derechos tenía el deudor en esas fincas? Aquí está el verdadero problema que hay que intentar resolver.

Será inútil acudir en demanda de auxilio a los catastros, amillaramientos, etc., pues como éstos no son registros de actos o negocios jurídicos, sino netamente fiscales, no podrán esclarecernos si ésta o aquella persona a quienes figura atribuída la finca es el titular del pleno dominio o del dominio útil; si es el usufructuario o un simple poseedor y ello sin contar con que existen casos en que las fincas figuran al colono o inquilino y a veces a personas que no han tenido relación jurídica alguna con ellas. Tampoco nos aclaran nada otros preceptos del Estatuto, antes al contrario, se puede notar en ellos cierta perplejidad:

En sus artículos 142 (núms. 1 y 4), 143 y 145 se habla de adjudicación de "finca" o de inmueble, y si bien ese término vago es admitido prácticamente cuando se trata de la continuación del tracto hipotecario o registral como sinónimo del dominio o posesión que tuviese inscrito el transmitente no debe ocurrir igual cuando se trata de abrir nuevo folio en el Registro y menos cuando no está claro el derecho que ostentara el ejecutado.

Otros preceptos del mismo Estatuto consideran al deudor como un simple poseedor. Así el citado 142, en su número 4 (según vimos), le llama "antiguo poseedor". Y también como poseedor le designa el 97 en su letra c).

Por el contrario, del examen del artículo 144 parece deducirse que lo que la Hacienda adquiere es el dominio, ya que, de un modo incidental y *a posteriori*, establece que inscritos los bienes en el Registro de la Propiedad quedan "ya registralmente como de propiedad del Estado".

Pero no debe de perderse de vista que, en el supuesto en que estamos según lo revela claramente el artículo 98, letra d) del mismo Estatuto, se parte siempre de la base firme de que el deudor carece de titulación de la finca o, al menos, ya que ni la presentó ni nada consta en el Registro, de que se desconoce qué derecho pudiera tener en ella.

La jurisprudencia hipotecaria está constituida por las Resolucio-

nes de 18. 22 y 23 de septiembre de 1916, que por cierto resolvieron otra cuestión distinta, como es la de la necesidad o no de la previa inscripción.

En ellas se resolvió que había perfectamente dentro de las ficciones jurídica la declaración de que el Estado, por el solo hecho de la adjudicación formalmente decretada, ha entrado en posesión de las fincas objeto del procedimiento de apremio y que las repetidas certificaciones eran *titulus possessionis* y, por tanto, capaces de producir una inscripción primordial de posesión.

Aunque esta jurisprudencia es anterior al Estatuto vigente, como éste es copia del antiguo en el punto de que se trata, se puede admitir sin violencia que sigue hoy interpretando, o mejor supliendo, una omisión del actual Estatuto; pero si ello es así, y puesto que la posesión ha sido desterrada del ámbito del Registro de la Propiedad, resultará que la certificación de adjudicación a que nos seguimos refiriendo no puede hoy ser inscrita.

En conclusión, podemos sentar que hay que esperar a que por una disposición especial o por la jurisprudencia, civil o hipotecaria, se declare o resuelva que lo adjudicado a la Hacienda es el dominio, y que mientras esto no suceda o no conste ese dato en la misma certificación, el Registrador hará bien suspendiendo su inscripción por el defecto subsanable de no expresarse la naturaleza del derecho que haya de ser inscrito.

Quedan examinadas brevemente las importantes reformas hechas por el Estatuto vigente que afectan a nuestros Registros de la Propiedad; todas las estimamos acertadas e inspiradas en el mejor deseo. Se ha realizado una revisión a fondo de las anteriores disposiciones, y a pesar de ello se ha incidido en el mismo error del anterior Estatuto de seguir llamando a nuestro Centro directivo (art. 99) Dirección General de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado, y esto a los cuarenta años del cambio de denominación. Es un desliz que ni tiene importancia ni oscurece la de la reforma hecha, pero que afea la prestancia de la misma.

JUAN RUIZ ARTACHO.

Registrador de la Propiedad.

El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y los montes públicos «catalogados»

SUMARIO.—I. *Ideas generales*: 1. La inscripción de los montes públicos.—2. El principio de publicidad.—3. El proceso del artículo 41.—4. El problema.—II. *El Catálogo de los montes de utilidad pública*: 1. Evolución legislativa.—2. Naturaleza.—3. La presunción de posesión.—III. *La doctrina de la Presidencia*: 1. Los DD. de 3 de noviembre de 1949.—2. Apreciación crítica.—3. El interés público forestal.—IV. *Conclusiones*.

I

IDEAS GENERALES.

1. El acceso de los montes públicos al Registro de la Propiedad está admitido en nuestra legislación hipotecaria. Así lo establece el artículo 30 del Reglamento Hipotecario (1) respecto de los montes públicos no enajenables, según el cual serán inscribibles con arreglo a lo preceptuado en este Reglamento y en las disposiciones especiales vigentes sobre la materia. La doctrina ha seguido varias posiciones sobre la naturaleza jurídica de los montes públicos, pudiendo señalarse tres direcciones: la primera, que considera a los montes públicos como bienes de propiedad privada (2); la segunda, que los considera como una propiedad especial (3), y la tercera, que los incluye dentro de los bienes de dominio público, tesis que ha sido defendida brillantemente por Serrano Guirado (4) al considerar montes de dominio público todos aquellos que reúnen las condiciones del artículo 1.º de la Ley de montes de 24 de mayo de 1861 y artículo 1.º de la Ley de 24 de junio

(1) Se inspira este precepto en el artículo 42 del anterior Reglamento Hipotecario.

(2) En esta dirección, Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10.ª ed., París, 1921, pág. 615; Berthelemy, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 11.ª ed., París, 1946, pág. 474, y Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán, 1945, IV, pág. 109 y sigs.

(3) Esta dirección ha tenido acogida en la doctrina española, pudiendo citarse dentro de ella, entre otros, a: Fernández de Velasco, *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, Barcelona, 1931, página 223 y sigs., y Alvarez Gendin, *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, pág. 301.

(4) En su tesis doctoral *Naturaleza jurídica de los montes públicos*, aún inédita.

de 1908. Una dirección bastante extendida en la doctrina española es la que considera que los montes que tienen carácter de enajenables son de propiedad privada, mientras que los exceptuados de la venta que preceptuaba la legislación desamortizadora lo son de dominio público (5). Si se siguiera esta tendencia de considerar bienes de dominio público a los montes públicos no enajenables nos encontraríamos con que, al disponer el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario exceptuados de la inscripción a los bienes de dominio público, habría que interpretar la disposición del artículo 30 como una excepción a la regla general del artículo 5.º, o bien tendríamos que entender que el Reglamento Hipotecario parte de considerar los montes públicos como objeto de propiedad privada y, por tanto, sujetos a inscripción por no entrar en juego el artículo 5.º.

La inscripción de los montes públicos exceptuados de venta fué defendida, desde esta misma Revista, por Alcalá Zamora (6) como uno de los medios más eficaces de proteger la riqueza forestal, fundándose, sobre todo, en la naturaleza especial de los mismos, que no permite considerarlos como otros bienes típicos de dominio público (buques de guerra, fortalezas), ya que la propiedad forestal es la más parecida, la menos diferenciada en las zonas administrativa y civil. Jerónimo González (7), en polémica con Alcalá Zamora, afirmaba que el dominio público (8) no necesitaba de la protección registral, pues goza de protección administrativa suficiente. Y Roca Sastre, empleando una técnica administrativa imperfecta, aun afirmando que los bienes de dominio y uso público no deben ser inmatriculables porque el Registro se limita a proteger el tráfico jurídico y tales bienes están fuera del comercio de los hombres (9), señala que los que están adscritos a un servicio estatal o de un ente público local deben tener acceso al Registro al estar incluidos en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, que dispone que los bienes inmuebles exceptuados de la venta con arreglo a la legislación desamortizadora se inscribirán en los Re-

(5) Jordana de Pozas, 1924, pág. 341.

(6) «Algo más sobre la inscripción de los montes», en 1925, pág. 401 y siguientes.

(7) «Sobre la inscripción de montes públicos», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1925, pág. 275 y sigs.

(8) El insigne maestro empleaba el término «propiedad pública»; que hoy es desechado por la generalidad de la doctrina administrativa. Vid., por ejemplo, Gascón y Marín, Tratado de Derecho Administrativo, 8.ª edición, Madrid, 1943, I, pág. 373 y sigs.

(9) *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, II, pág. 191 y sigs.

gistros de la Propiedad de los partidos en que radiquen, estando dentro de esta línea los montes públicos, como señala el artículo 30 del mismo Reglamento (10).

2. Ahora bien, el problema surge en cuanto que tales montes públicos no enajenables han tenido acceso al Registro, no ya bajo la titularidad de un ente público, sino bajo la titularidad de un particular. Al no ser inscritos por aquéllos, por inercia o por miras bajas y poco escrupulosas, la codicia privada fué utilizando tal actitud de la Administración. "para ir llevándolos y llevándoselos con disfraz de fincas particulares mediante titulaciones supletorias solapadas, deleznales y raras al comienzo, más audaces ante el éxito, más generalizadas por la imitación, firmes y convalidadas por el logro de la prescripción y la serie de sucesivas transmisiones" (11). Es decir, actualmente puede figurar inscrito un monte público de los exceptuados de la venta a nombre de un particular; la primera inscripción será de dominio (artículo 7.º, Ley Hipotecaria), pudiendo inscribirse todos aquellos títulos que se enumeran en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria que se refieran al monte o porción del mismo que se hubiere inmatriculado. No es el momento de entrar a discutir si se inscriben títulos o derechos en nuestro Registro de la Propiedad (12). Baste señalar que según los títulos inscritos en el Registro, puede aparecer un titular de derechos reales sobre un monte público no enajenable y gozar de la protección que el Registro confiere, por tanto, de la protección que supone el principio de publicidad; es decir, a todos los efectos legales, se presumirá que tales derechos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo y que tiene la posesión de los mismos (art. 38). Una consecuencia de este principio es que las acciones precedentes de tales derechos podrán ejercitarse en el proceso sumario creado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

3. El artículo 41 de la Ley Hipotecaria ha creado un proceso para proteger al titular registral frente a quienes sin título inscrito se

(10) Ob. cit., III, pág. 210 y sigs.

(11) Alcalá Zamora: «La inscripción de los montes públicos en el Registro de la Propiedad», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1925, página 166.

(12) Creemos, con Núñez Lagos, que el Registro de derechos sólo se ha producido en el R. G. B. y que el Registro español es un Registro de títulos. Vid. *El Registro de la Propiedad español*, Madrid, 1949, pág. 8 y sigs. (Separata de la Memoria presentada en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, que publicó esta Revista en sus núms. 250 y 251.)

opongan al ejercicio de sus derechos reales inscritos, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente. Pocas figuras jurídicas han despertado tanto interés como esta creación procesal de nuestra última Ley Hipotecaria; pese a su corta vida, existe ya una copiosísima bibliografía sobre la misma. No vamos a entrar a examinar los múltiples e interesantes problemas que plantea su regulación. Vamos a fijarnos únicamente, por ser necesario a la finalidad de este trabajo, en lo referente a la naturaleza y requisitos de dicho proceso.

A. En cuanto a la naturaleza, las distintas posiciones pueden clasificarse en los siguientes grupos:

a) La que afirma se trata de un auténtico proceso de ejecución. Así le designaba la Ley de reforma hipotecaria de 1944, si bien el artículo 41 de la Ley de 1946 sustituyó—siguiendo lo dictaminado por el Consejo de Estado—la frase “proceso de ejecución” por la de “procedimiento”. Roca Sastre (13), al criticar la posición que seguidamente pasaremos a examinar, ha afirmado que el ser posible la oposición en este proceso, no llega a transformarla en una figura de naturaleza híbrida, puesto que si se atiende a su designio y se examinan a fondo las particularidades de su sustanciación, hay que concluir que en dicho proceso prevalece la tónica de los de ejecución, de modo que la incidencia que dentro del mismo puede originar dicha oposición posible introduce en él, una aleación cognitoria que simplemente le convierte en un proceso no puro de ejecución. Moreno Mocholi (14) ha defendido recientemente que estamos ante un auténtico proceso de ejecución al tender, no a una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, sino a realizar una manifestación de voluntad, que es la característica fundamental que la doctrina asigna a los procesos de este carácter (15): Azpiazu se limita a señalar que se trata de un proceso de ejecución cuando no hay oposición (16).

(13) Ob. cit., I, pág. 296.

(14) «El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1948, págs. 1.062 y sigs. Para lo cual afirma que la contradicción, si se formula, no pertenece a la esencia del proceso, sino que es algo puramente accidental, de límites prefijados. Vid. página 1.087.

(15) Aplica equivocadamente la posición doctrinal de que parte, llegando a considerar proceso de ejecución al que nuestra L. E. c. llama «juicio ejecutivo», que es un proceso de cognición, al terminar en una declaración de voluntad—sentencia de remate—.

(16) «Varia», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 1946, pá-

b) En segundo lugar hemos de considerar las oposiciones intermedias, que consideran al proceso creado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria como un proceso híbrido, intermedio, *sui generis*, que no cabe encuadrarlo en los tipos conocidos (17). Dentro de esta dirección intermedia, pero sin afirmar tal carácter *sui generis* del proceso, está una de las posiciones que más difusión ha encontrado en nuestra doctrina, la de Plaza (18), que afirma estamos ante un proceso montado a dos vertientes: cuando la oposición no se formule, se tratará de un proceso de ejecución, matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento; en los demás casos estamos ante un proceso de cognición abreviado (19).

c) Por último, hemos de señalar la posición que considera estamos ante un proceso de cognición, tanto en el caso de que haya oposición como en el de que no exista (20). Cuando no hay oposición —“demanda de contradicción”—estamos ante un proceso monitorio (21), ante un auténtico proceso de cognición especial tendente a crear un título ejecutivo rápidamente: la pretensión más la no oposición bastan para crearlo; que es auténtico proceso de cognición lo demuestra el hecho de que termina por una declaración de voluntad —“auto acordando se pase a la ejecución”—, y el que sea necesaria la no oposición, pues ello implica intervención, si bien pasiva, de la voluntad del demandado, siendo que es de esencia al proceso de ejecución

gina 12. Guasp, que había configurado al «procedimiento judicial sumario» como auténtico proceso de ejecución («La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *REV. CRÍT. DE DER. INMO.*, 1941, pág. 594), ha configurado el proceso del artículo 41 también como proceso de ejecución—haya o no oposición—en sus explicaciones de cátedra.

(17) En este sentido, Martínez Corbalán, «Más sobre los artículos 24 y 41 de la vigente L. H.», en *REV. CRÍT. DE DER. INM.*, 1946, pág. 530, y Valle Fuentes, «Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la L. H.», en la misma Revista, 1946, pág. 12.

(18) «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 85.

(19) Sigue esta dirección Sanz, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, pág. 294, que había mantenido en sus *Comentarios a la nueva L. H.*, 1945, página 323, que se trataba de un proceso especial que se hallaba mucho más cerca de un acto de jurisdicción voluntaria que de un verdadero proceso. Ha recogido recientemente la posición de Plaza. Fuentes Torre-Isunza. en «El artículo 41 de la L. H.», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1949, pág. 554.

(20) Mantuvimos esta posición en nuestras *Contestaciones de Derecho Procesal*, para Notarías (en colaboración con Manuel Peña), Madrid, 1946, página 90.

(21) Sobre este proceso, ver el interesante trabajo de Calamandrei *El proceso monitorio* (ed. española), Buenos Aires, 1946, pág. 24 especialmente.

que "la pretensión se actúe sin o contra la voluntad del demandado" (22). Cuando no hay oposición estamos ante un proceso de cognición especial tendente a crear un título ejecutivo, dentro del cual se da una efectiva oposición—no importa que los motivos de oposición estén taxativamente fijados—; que es auténtico proceso de cognición lo demuestra asimismo los hechos del supuesto anterior.

B. En los que respecta a los requisitos, hemos de señalar los siguientes:

a) En cuanto al actor, es necesario que sea titular registral del derecho que trata de proteger; es necesario, por tanto, que esté inscrito a su nombre y que el asiento esté vigente sin contradicción alguna (artículo 41, I, Ley Hipotecaria). Frente a la posición de Sanz, que estima no puede darse este proceso cuando el asiento es de inmatriculación practicada en virtud de título de adquisición o de acta de notoriedad o en virtud de expediente de dominio o acta de notoriedad no apoyada en título de adquisición (23), la generalidad de la doctrina hipotecaria (24) estima que cualquier titular inscrito puede utilizar el proceso del artículo 41.

b) En cuanto al demandado, hemos de señalar que están legitimados pasivamente todos aquellos que se opongan al derecho real inscrito o perturben su ejercicio, siempre que no tenga inscrito su título en el Registro (art. 41, I), o que aunque lo tenga inscrito a su favor, "no fuere bastante para legitimar los actos en que la perturbación consista" (art. 138, Reglamento Hipotecario).

c) Por último, en cuanto al objeto, hemos de señalar que pueden ejercitarse las acciones derivadas de derechos reales, siempre que éste implique posesión o uso de cosa o servicio del que se ve privado el actor (25).

4. Admitido que un monte público exceptuado de venta pueda figurar inscrito en el Registro a nombre de un particular, se ha plan-

(22) En este sentido, Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal civil* (edición española), Buenos Aires, 1944, I, pág. 218 y sigs.

(23) *Instituciones*, cit., I, pág. 345.

(24) En este sentido, Azpiazu, «Varia», en *REV. CRÍT. DE DER. INM.*, 1945, página 859; Roca Sastre, ob. cit., I, pág. 289 y sigs., y Fuentes Torre-Isunza, artículo citado, pág. 557 y sigs.

(25) En este sentido, Roca Sastre, ob. cit., I, pág. 292, y Fuentes Torre-Isunza, art. cit., pág. 558, frente a Sanz. Sobre este punto, vid. nuestras *Contestaciones de Derecho Procesal*, para Registros (en colaboración con Manuel Peña), Madrid, 1949, pág. 24.

teado el problema de si podrá ejercitar las acciones reales emanadas de su propiedad inscrita frente a aquella entidad pública que realiza actos perturbadores, aun cuando los montes de que se trate figuren en el Catálogo de los de utilidad pública, problema que ha adquirido importancia reciente por haberse planteado varias cuestiones de competencia entre la Administración y los órganos jurisdiccionales, que han sido resueltas por cinco Decretos de la Presidencia del Gobierno de 3 de noviembre de 1949 (26). Esta posibilidad de conflicto entre el Catálogo y el Registro de la Propiedad había sido prevista por Alcalá Zámora (27). Uno de los puntos concretos de este conflicto es el aquí planteado, siendo necesario, para una correcta solución del mismo, que nos ocupemos de la institución del Catálogo.

II

EL CATÁLOGO DE LOS MONTES DE UTILIDAD PÚBLICA.

1. La formación de este Catálogo vino impuesta por las excepciones de que fueron objeto ciertos montes respecto de la legislación desamortizadora.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.º, núm. 6.º de la Ley desamortizadora de 1855, se dictaron varias disposiciones con el fin de determinar los montes que se consideraban exceptuados. Por el Real Decreto de 26 de octubre de 1855, se dividieron los montes en tres clases: primero, montes que deben conservarse sujetos a las ordenanzas del ramo y que se exceptúan, por tanto, de la enajenación (28); montes de enajenación dudosa, y tercero, montes que se declaran, desde luego, en estado de venta. La Real Orden de 6 de marzo de 1856 dictó nuevas normas para la clasificación "a fin de que no sufra entorpecimiento la venta de los destinados a la enajenación".

El artículo 3.º del Real Decreto de 22 de enero de 1862 ya señalaba que para facilitar el mejor servicio, se formará un Catálogo expresivo de los montes que resulten exceptuados de la desamortiza-

(26) Las cinco cuestiones fueron promovidas por el Gobernador civil de Oviedo frente al Juzgado de primera instancia de Cangas del Narcea. Han sido publicados los Decretos en el *B. O. del Estado*, números de 18 y 19 de noviembre.

(27) «La inscripción de los montes públicos», cit., pág. 164.

(28) El artículo 2.º enumeraba los montes que se consideraban incluidos en esta clase.

ción (29), dándose las reglas sobre el procedimiento a seguir en la formación del Catálogo en la Real Orden de 5 de febrero de 1862. Asimismo el artículo 4.º de los adicionales de la Ley de montes de 24 de mayo de 1863, disponía que por el Ministerio de Fomento se publicaría el Catálogo de los montes exceptuados de la venta con arreglo a la misma.

Por Ley de 30 de agosto de 1896, artículo 8.º, se mandó que se procediera por el Ministerio de Fomento a la revisión y formación definitiva del Catálogo de los montes que por razones de utilidad pública debieran quedar exceptuados de la venta. Otras normas sobre revisión fueron dictadas posteriormente (30), disposiciones todas en que se observa que lo que pretendía la Administración era, a fin de realizar más fácilmente las funciones administrativas impuestas por la política desamortizadora, disponer de una relación lo más perfecta posible de los montes públicos exceptuados de la desamortización.

2. De la exposición de la evolución legislativa se infiere que el Catálogo es un auténtico Registro administrativo y no un Registro jurídico. La función registral, como toda función administrativa, implica la realización de un fin o grupo específico de fines de interés general, siendo el fin que persigue con el Registro, la publicidad. Ahora bien, junto a los Registros que tienen esta finalidad—que son los llamados Registros jurídicos—, se citan los Registros administrativos que, a semejanza de aquéllos, tienen por objeto la registración de ciertos actos o bienes, pero se diferencian en que no persiguen un fin publicitario, sino el ofrecer tal constatación a la propia Administración, que la utiliza como medio de otra función administrativa. La formación del Catálogo tiende a facilitar a la Administración sus funciones protectoras de la riqueza forestal, permitiendo comprobar qué montes son los que, por su utilidad pública, están exceptuados de la desamortización (31).

3. No obstante, la realidad demuestra que la legislación ha atribuido a Registros puramente administrativos funciones de carácter jurídico, realizando así una misión que correspondería a los de carácter

(29) En los artículos 1.º y 2.º de este Real Decreto se especificaban los montes que estaban exceptuados de la enajenación.

(30) Así, R. D. 20 septiembre 1896, R. O. 21 noviembre 1896, R. O. 24 diciembre 1896, R. D. 27 febrero 1897, R. D. 14 agosto 1900, etc. Todas estas disposiciones han sido recogidas y examinadas con acierto por Serrano Guirado, ob. cit.

(31) Vid., sobre todo, artículo 3.º R. D. 22 enero 1862.

jurídico, y creando una dualidad que se ha explicado en algún caso concreto diciendo que la inscripción en Registros administrativos tiende a reforzar la garantía (32), si bien se ha criticado tal dualidad, al implicar confusiones y la posibilidad de conflictos, por lo que es conveniente delimitar la esfera de acción de los dos tipos de Registros (33). El Catálogo de los montes exceptuados es un caso de Registro administrativo al que se ha atribuido, junto a su finalidad específica, una finalidad de carácter jurídico, consistente en una presunción posesoria en favor de la entidad pública. Tal finalidad se ha señalado en el Real Decreto de 1 de febrero de 1901, cuyo artículo 1.º, después de señalar que la inclusión de un monte en el Catálogo de los exceptuados de la desamortización no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, dice que "acredita la posesión a favor de la entidad a quien aquél asigna su pertenencia" (34), estableciendo su artículo 10, que mientras no sea vencida en juicio competente de propiedad la entidad pública que esté en posesión del monte, será mantenida ésta por el Gobierno y los Gobernadores como si no se hubiera deducido reclamación alguna. Esta protección posesoria ha sido interpretada extensivamente por la jurisprudencia (35).

4. Precisamente esta finalidad de proteger la posesión de las entidades públicas es la que ha dado lugar a las cuestiones de competencia resueltas en 3 de enero de 1919, pues el Gobernador civil de Oviedo se basaba al suscitarlas, en que las fincas respecto de las que se había iniciado el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria se encontraban enclavadas en montes incluidos en el Catálogo de los de utilidad pública, por lo que correspondía a la Administración mantener en su posesión a las entidades públicas que aparecen en el Catálogo como

(32) Casso: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.ª ed., Madrid, 1946, pág. 577.

(33) Vid., en este sentido, Marín Pérez, *Introducción al Derecho registral*, Ed. *Rev. Der. Priv.*, pág. 147 y sigs.

(34) El Reglamento de la Ley de montes de 17 de mayo de 1865, en su artículo 3.º, se limitaba a señalar que «la inclusión de un monte en el Catálogo que se forme con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, no prejuzga ninguna cuestión de propiedad o excepción de venta por razón de su cabida o especie arbórea».

(35) La jurisprudencia en este punto es copiosísima, pudiendo citarse, como muestra, las siguientes: S. 11 febrero 1907, S. 11 marzo 1907, S. 19 febrero 1910, S. 13 junio 1911, S. 16 diciembre 1912, S. 24 febrero 1913, S. 31 diciembre 1917, S. 11 octubre 1918, S. 25 noviembre 1919, S. 18 mayo 1921, S. 13 octubre 1927, S. 6 mayo 1931, S. 1 abril 1933, todas ellas recogidas y examinadas por Serrano Guirado, ob. cit.

propietarias, mientras no recaiga sentencia en el juicio que puedan promover los particulares acerca de la propiedad del monte (36), demostrándose una vez la necesidad de evitar siempre atribuir a un Registro administrativo una finalidad jurídica.

III

LA DOCTRINA DE LA PRESIDENCIA.

1. La Presidencia del Gobierno resolvió las cuestiones planteadas en el sentido de afirmar la posibilidad de aplicarse el proceso del artículo 41 en fincas que formasen parte de montes públicos catalogados y frente a la entidad pública que perturbase al titular registral. En síntesis, los argumentos que se manejan en los Decretos de 3 de noviembre de 1949 son los siguientes:

A. Que, según el Real Decreto de 1901, la protección posesoria únicamente tiene lugar en el caso de que las entidades públicas no sean vencidas en "juicio competente de propiedad" (37), y el concepto de "juicio competente de propiedad" no significa otra cosa que un proceso en el que pueda discutirse la propiedad ante un órgano jurisdiccional competente y por un procedimiento adecuado, dándose todas estas circunstancias en el proceso—o juicio—del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que caben todas las "acciones reales procedentes de los derechos inscritos", lo que da un contenido amplio y vario a este procedimiento, dentro del que se comprenden finalidades no meramente posesorias (38), como una acción reivindicatoria, una acción confesoria e incluso alguna acción de resolución de un contrato, y que, por consiguiente, si bien no puede intentarse por él una simple reclamación posesoria sobre terrenos de un monte catalogado, que chocaría con el privilegio del Catálogo de montes, no hay inconveniente legal alguno para que en tal procedimiento se discutan esas cuestiones de propiedad.

(36) Vid. el segundo de los resultandos de los cinco Decretos citados.

(37) En este sentido se había manifestado el T. S. en repetida jurisprudencia.

(38) No podría ejercitarse frente a la entidad pública un interdicto posesorio—que tiene su fundamento en la posesión—, pero sí las acciones que tienen su fundamento en la propiedad. No puede admitirse, por tanto, la tesis que considera al proceso del artículo 41 como un interdicto, defendida por Cimiano, en «Breves consideraciones acerca de la... L. H», en REVISTA CRÍT. DER. INMO., 1945, pág. 23.

B. Que el conflicto no aparece planteado entre un Catálogo oficial y un simple hecho, sino entre dos registros oficiales, y la presunción del Catálogo de montes, que prevalece al enfrentarse con un hecho posesorio, no puede hacerse prevalecer también sobre el Registro de la Propiedad, tan reforzado además en los artículos 1.º y 38 de la vigente Ley Hipotecaria. Hubiera sido necesaria—dice el 6.º Considerando de los Decretos—una excepción expresa del legislador para extender hasta tal extremo el privilegio que en materia de montes goza la Administración, que hasta ahora sólo se refiere a la simple posesión, pero no a la efectividad de los derechos inscritos (39).

2. La solución dada en dichos Decretos de conformidad al dictamen emitido por el Consejo de Estado, es correcta, pues otra cosa sería desconocer la función del Registro de la Propiedad y los principios que inspiran nuestro sistema, entre los que se encuentra el principio de publicidad registral, sancionado no sólo en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria—precepto al que ya nos hemos referido—, sino en el párrafo tercero del artículo 1.º al señalar de modo terminante que los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria. La prevalencia del Registro de la Propiedad frente al Catálogo habría de afirmarse aun en el supuesto de que en el Real Decreto de 1 de febrero de 1901 no se expresase que no se protege la posesión contra “juicio competente de propiedad”, pues el carácter administrativo del Registro no puede afectar a los efectos publicitarios del Registro de la Propiedad, que tienen precisamente tal fin.

3. Tal solución podría parecer contraria a los fines de interés público consistentes en la protección de la riqueza forestal, en cuanto que confiere protección a un particular que ha logrado llevar al Registro una titulación sobre un monte público que, por su naturaleza, debe estar bajo la potestad de un ente público. Ahora bien, si esto ha sido posible, se debe a la desidia o malicia de los agentes de la propia Administración que no inscribieron oportunamente en el Registro de la Propiedad los montes públicos exceptuados de la venta que imponía

(39) Señala, además, que «tampoco queda desamparada la Administración en el procedimiento del artículo 41, en el que dispone de medios suficientes para defender su posesión».

la legislación desamortizadora, lo que hubiera sido el camino eficaz de proteger tal riqueza forestal, siempre que se parta de configurar a los montes públicos como bienes no incluíbles dentro del dominio público (40). En efecto, no afirmándose tal naturaleza, mientras un monte público figure en el Registro a nombre del particular, deberá otorgarse a éste toda la protección que el Registro confiere. A las entidades públicas sólo les cabrá, caso de ser nula la titulación, acudir al procedimiento correspondiente para lograr la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, si bien hemos de tener en cuenta que si el particular goza de la consideración de tercero, por entrar en juego el principio de fe pública registral (41), tendrá una posición inatacable. Esto viene a demostrar que el único medio eficaz de que el Estado logre una protección eficaz de la riqueza forestal es afirmar el carácter de dominio público de los montes públicos de utilidad pública, pues de este modo no serían perjudicados por los asientos del Registro de la Propiedad (42), si bien siempre existe la dificultad de delimitar, en casos extremos, si estamos en realidad ante un monte; problema que vendría a resolver el Catálogo de los montes exceptuados.

El momento en que es más necesaria la protección es en el de la inmatriculación, tratándose de evitar que se inscriba un terreno perteneciente a monte público a nombre de un particular. Para ello Alcalá Zamora (43) defendía la idea de que en cada Registro figurase una copia autorizada del Catálogo y de sus planos anejos en la parte correspondiente a la demarcación de aquél y, con objeto de impedir los perjuicios que las informaciones posesorias causaban entonces, creía conveniente que en ellas el primer trámite fuese la declaración expresa hecha por el solicitante de conocer el Catálogo y planos, no afectando su información a ningún monte público. Actualmente el Reglamento Hipotecario contiene un precepto que responde a esta finalidad de evitar que tengan acceso al Registro de la Propiedad a nombre de un par-

(40) La necesidad de la inscripción ha inspirado varias disposiciones; así el R. D. de 11 de noviembre de 1864 y la R. O. de 9 de octubre de 1902, que ha sido criticada por Alcalá Zamora (art. cit., pág. 165, diciendo que era, más que un nuevo impulso, un recordatorio de excelente pero no realizado propósito, análogo a otros anteriores, criticando sobre todo la falta de eficacia de las disposiciones.

(41) Entre la reciente bibliografía sobre el principio, vid. el interesante trabajo de Núñez Lagos: «Consideraciones sobre la fe pública registral». en *Anuario de Derecho Civil*.

(42) Vid. Jerónimo González, art. cit., pág. 276 y sigs.

(43) «La inscripción de los montes públicos», cit., pág. 168.

ricular terrenos que son parcelas de montes públicos, el artículo 280, en cuyo párrafo segundo se dice que en los expedientes relativos a fincas destinadas a monte será necesario dar conocimiento de la incoación de aquéllos a la Jefatura del Distrito Forestal correspondiente, y si se tratase de fincas rústicas próximas a montes públicos, se dará el mismo conocimiento cuando el Juez lo estime conveniente (44).

IV

CONCLUSIONES

1. Que el Catálogo de montes públicos tiene un carácter preferentemente administrativo, no pudiendo prevalecer la presunción posesoria al mismo asignado frente a los asientos del Registro de la Propiedad.

2. Que el titular registral debe gozar de toda la protección que el Registro confiere aun frente a entidades públicas, siempre que esté vigente el asiento respectivo.

3. Que en dicha protección debe figurar, además del principio de fe pública registral cuando hubiere lugar a ello, la del principio de publicidad y, en consecuencia, deberá poder ejercitar a través del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria todas las acciones reales que derivan del derecho real inscrito.

4. Que indudablemente esto puede originar un perjuicio en la riqueza forestal, pero la Administración siempre tiene el camino—que debe realizar lo más totalmente posible—de inscribir los montes públicos exceptuados de la venta, lo que permite el artículo 30 del Reglamento Hipotecario.

5. Que una verdadera y eficaz protección de la riqueza forestal sólo puede lograrse afirmando la naturaleza de dominio público de los montes de utilidad pública.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,

Profesor Ayudante de la Universidad
de Madrid.

(44) Según La Roca, este precepto, que constituye una novedad de nuestra vigente legislación hipotecaria, tiende a evitar usurpaciones de parcelas de montes públicos debidos al afán de tierra de muchos cultivadores, unas veces con buena fe y otras sin ella. En «La nueva reglamentación hipotecaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, pág. 517 y sigs., al que sigue en la explicación del sentido del precepto, Roca Sastre, ob. cit., II, pág. 493.

La subrogación en las cargas preferentes

En el número 236 de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, página 15, López Torres interpreta las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como una prevención legal explícita y especialmente dirigida al adquirente en el remate, para lograrse un cambio en la relación jurídico-obligacional, donde el acreedor no interviene y en que el deudor queda liberado.

La repercusión hipotecaria de tal interpretación es de importancia, por cuanto al colocarse el adquirente en lugar del deudor deja de ser tercero hipotecario y no goza, cuando menos, de los privilegios de los artículos 114, 115 y 120 de la Ley. Abrigamos el propósito de demostrar que los conceptos subsistencia, subrogación y aceptación vertidos en dichas reglas quieren significar que el precio remanente del remate o de la adjudicación no se destina a enjugar créditos preferentes, no perdiendo el adquirente los privilegios antedichos.

POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA SUBROGACIÓN.

Dicho autor presenta como razones que avalan su tesis las de Jerónimo González y Sanz y aduce también argumentos propios.

Para el primero: "Resulta injusto que después de valorar la finca en un millón de pesetas y de adjudicarla por 300.000 al mejor postor, que se ha subrogado en una obligación hipotecaria de 700.000, se exija, andando el tiempo, al primitivo deudor el pago de todo o parte de la misma obligación por no haber satisfecho el citado postor tal deuda y por no haber podido el acreedor hipotecario preferente cobrar su importe con el valor últimamente obtenido en una nueva venta de la finca."

Hagamos en el caso anterior la siguiente modificación: El ejecutado adquirió la finca por compraventa y al tiempo de la adquisición estaba gravada aquélla en garantía de las referidas 700.000 pesetas, parte de un préstamo de un millón garantizado, en cuanto a las restantes 300.000, por otra finca más. En esta hipótesis, el propietario a quien se vendió la primera finca de nada responde con sus demás bienes propios. En cuanto a la referida finca disfruta, frente al acreedor, de los beneficios de los artículos 114, 115 y 120. Al subrogarse el adquirente en la responsabilidad personal del deudor, en la obligación de pagar el préstamo, libera a quien percibió el millón y pierde, frente al acreedor, la protección de dichos artículos. La subrogación coloca al adquirente, en tal supuesto, en situación de inferioridad con relación al ejecutado; y, a su vez, éste tampoco saldría perjudicado con la omisión de la subrogación. Vemos como los efectos de la injusticia se vuelven contra el adquirente. En tal hipótesis, no hay otro portillo de salida que hacer un distingo en la tesis subrogacionista: que no es aplicable cuando el ejecutado no es deudor-propietario. Aceptando este distingo, hágase en el caso presentado la modificación correspondiente: El millón se dió en préstamo al ejecutado y éste es también propietario de la finca no vendida en la ejecución; en tal ejemplo el rematante o adjudicatario de la vendita, al subrogarse en la responsabilidad personal del deudor-propietario, toma sobre todo su patrimonio también, y subsidiariamente con relación a la hipoteca, la responsabilidad por las 300.000 pesetas, y aquél puede excepcionar al acreedor, en cuanto a la finca que no se le vende, los privilegios de los artículos 114, 115 y 120. Véase de qué modo se agigantan los efectos de la injusticia, y que la subrogación perjudica al acreedor preferente si la finca no vendida forzosamente, responde de mayor capital. La salida de este conflicto no puede lograrse sino haciendo nuevo distingo: en tal caso la subrogación sólo tiene lugar en cuanto a las 700.000 pesetas, pero esta solución, al admitir que en la obligación hay dos personas personalmente responsables, el rematante y el deudor, va contra la indivisibilidad de la obligación. No en vano declara la Resolución de 28 de agosto de 1926, que ofrece dificultades técnicas—se expondrán otras más adelante—la afirmación de que el deudor personal de un crédito hipotecario deja de serlo por la adjudicación en subasta del predio hipotecado con la carga de la hipoteca.

No presentamos, como objeción destacada contra la subrogación,

la diferencia de trato entre el adquirente en venta forzosa con relación a quien adquiere en la voluntaria porque el maestro continúa diciendo: "Si al primitivo deudor-propietario no se le ha descontado judicialmente, y por mandato imperioso de la Ley, el importe de su deuda en el momento de satisfacerle el precio de la finca, es porque se le libera de toda responsabilidad presente y futura." Aquí hay para todos los gustos. Otros autores, los de las Memorias del Cuerpo de Registradores del año de 1929, entienden: "Que la cancelación de las hipotecas y gravámenes preferentes es perjudicial para los titulares de los créditos referidos, porque los acreedores de la expresada condición se encontrarán con que antes del tiempo convenido no pueden sacar a su capital la utilidad que calcularon, además de que esto supone la violación de un contrato que se convino entre acreedor y deudor."

En el trabajo referido (pág. 14) dice el autor que Sanz afirma que la reforma de 1909, al sustituir el sistema de liquidación de cargas por el de subsistencia, lo hizo en consideración al acreedor, sin que tratara de empeorar la situación del deudor, que entonces, como ahora, queda liberado de su obligación.

Queda evidenciado que, a veces, es imposible que la no subrogación perjudique al deudor, y que, en otras, le beneficia, pero imputando al patrimonio personal del adquirente una responsabilidad mayor que la impuesta sobre la finca vendida. En el antiguo sistema, el deudor no quedaba liberado si el precio no cubría íntegramente el importe de las cargas, luego lo natural es que en el nuevo se adopte la misma doctrina.

Estima López Torres (pág. 15), como argumento de gran densidad en pro de la subrogación en la obligación, el de que mantener criterio contrario sería consagrar reconocimiento a un posible enriquecimiento injusto. Razonamiento que aclara al decir seguidamente que una posición de Derecho constituyente, sería mantener que el remanente se subroga únicamente en la responsabilidad de la hipoteca, quedando el deudor responsable personalmente de la derivada del crédito, pero pudiendo exigir que previamente a la acción personal ejercitada sobre su patrimonio se accione sobre los bienes hipotecados.

Es principio de Derecho constituido (párrafo 1.º del art. 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento civil) que, si hubiere bienes dados en hipoteca, se procederá contra ellos en primer lugar.

Sigue diciendo dicho autor que el problema puede complicarse en

vista de la siguiente situación: El rematante adjudicatario, que adquirió la finca con subsistencia de las cargas preferentes, la transmite onerosamente. Al adquirente no le afecta la responsabilidad personal. Pero dicho rematante no responde con sus bienes, porque no fué deudor, y el primitivo deudor se ha liberado al producirse la subrogación. La acción personal se ha esfumado.

Si al vocablo *subsistencia* se le concede el efecto de la palabra *subrogación*, referida a la obligación, indudablemente que el primitivo deudor queda liberado de la responsabilidad personal, al colocarse el rematante en su lugar, conservando éste su condición de deudor, no obstante la transmisión onerosa; si la *subsistencia* no equivale a la *subrogación*, entonces el deudor no queda liberado por cuanto el rematante no se ha colocado en su lugar.

Frente a las razones expuestas, alegamos contra la tesis de la subrogación que ningún interés pudo tener la Ley Hipotecaria en regularla desde el punto de vista civil, contrariando el artículo 1.205 del Código civil, que no favorece el crédito territorial porque sí, además de la responsabilidad real a que viene afecta la finca, responde el adquirente con todos sus bienes del pago de la deuda, los pretendientes a la finca pueden retraerse y rebajar la oferta y porque el deudor encuentra un fácil modo de librarse de la responsabilidad personal. En efecto, supóngase que el precio que se pueda ofrecer por la finca no cubre el importe de la hipoteca con que está gravada, el deudor-propietario se confabula con un insolvente a quien acepta una letra de cambio, se ejecuta la cambial, forzosamente nadie concurrirá a las subastas, remata en la tercera la finca el ejecutante por cinco céntimos de peseta y al subrogarse en la responsabilidad personal, el ejecutado se libera de ella. Ciertamente que el acreedor preferente puede mejorar la postura, pero si el ejecutante no concurre a la nueva licitación, el acreedor tiene que subrogarse.

LA SUBROGACIÓN EN LA LEY.

Contrasta el contenido de la regla 8.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con el de la 10.^a y de la 13.^a. Para la primera basta el hecho de rematar la finca para que la subrogación se produzca automáticamente. Las otras dos exigen que el rematante o el adjudicatario manifiesten expresamente que se subrogan. Dichas tres reglas compa-

radas con la 5.^a, párrafo segundo, ofrecen el contraste de que en la 5.^a se regula esmeradamente la aplicación de la técnica hipotecaria a la subrogación activa y en cambio aquéllas silencian tan interesante trámite. Este silencio no tiene más que dos explicaciones: olvido o que para la Ley los conceptos *subsistencia*, *aceptación* y *subrogación* tienen la significación de que el remanente de la subasta no se destinará al pago de créditos preferentes. Optar por el olvido es penoso, puesto que la subrogación activa se reguló en regla anterior a las 8.^a, 10.^a y 13.^a.

Admitiendo que la Ley se ha decidido por la subrogación, no hay inconveniente en entender que se hará constar por nota al margen de la inscripción de las cargas preferentes, pero no deja de ofrecer dificultades la determinación del título llamado a provocar la extensión de la nota. Si la determinación se pretende hacer por analogía con el supuesto de subrogación activa, dicho título no puede ser otro que el mandamiento judicial. Mas para la expedición de éste es necesario que se solicite así del Juzgado. Tal solicitud al ejecutado no le interesa, porque para excepcionar la subrogación, si en lo futuro se procede contra sus bienes, bástale con testimonio del acta de subrogación. Al ejecutante tampoco le interesa. El acreedor preferente no es parte en los autos y puede ignorar lo acontecido y si lo sabe y la finca no cubre su crédito y el deudor tiene mayor responsabilidad económica que el rematante, le conviene no darse por sabedor de nada.

Vamos a hacer otra concesión: el testimonio del acta es bastante para la extensión de la nota: se inscribe la adquisición y también la subrogación; el acreedor preferente, ignorando el contenido del Registro, promueve demanda ejecutiva contra quien resulta deudor en el título a su favor expedido. En esta hipótesis, el Registrador apreciará en el mandamiento de embargo el defecto insubsanable de que, según el Registro, el deudor-propietario es persona distinta del ejecutado. Esta calificación es bastante para que, sin la oposición del demandado, se desestime la ejecución. Consecuencia. desistimiento de los autos, pago de costas, recabar documento que justifique la subrogación e iniciar la ejecución contra el subrogante.

Otra dificultad: no se han registrado la adquisición ni la subrogación. El acreedor interpone la demanda ejecutiva contra el primitivo deudor y éste excepciona la subrogación. Consecuencia: desistimiento, pago de costas y gestionar la registración de la adquisición y de la

subrogación, y vuelta a empezar de nuevo contra el adquirente en la subasta. Pero he nos aquí que la adquisición realizada en ésta adolece de un defecto de imposible remoción; si el acreedor opta por acompañar a la demanda testimonio del acta de subrogación y acciona contra el subrogante, la ejecución tropezará siempre con el defecto insubsanable de que, según el Registro, el deudor-propietario no es el demandado.

Cierto que las anteriores dificultades se salvan si el acreedor recurre al procedimiento judicial sumario, pero supone notable desvarío pensar que la Ley no perdió de vista tal solución, teniendo en cuenta que sería incontable el número de hipotecas inscritas al tiempo de la reforma en las que no se podía tramitar dicho procedimiento, y en cuanto a las futuras que se puede o no pactar el recurrir a dicho procedimiento, y que aún pactado puede no convenirle al acreedor su utilización.

Volviendo al examen de las referidas reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a, conviene hacer resaltar que si se eliminan de la Ley, las cargas preferentes quedan subsistentes, puesto que la 1.^a no dispone que el sobrante del precio del remate se destine a su pago. Este es el precepto fundamental y si en él no se impone la subrogación automática o explícita, es infundada toda interpretación en sentido afirmativo; si la 8.^a preceptúa que en los anuncios se hará la prevención de subsistencia y aplicación del remanente es porque así resulta y se dispone, respectivamente, de y en la 16.^a.

Escribe López Torres (pág. 14) que admitido el principio de subsistencia de las cargas preferentes, si la subrogación no fuese también en la obligación, no se percibe el porqué de dicha prevención.

Al sustituirse el secular sistema de liquidación por el de subsistencia, era necesario salir al paso de dolrosas y posibles sorpresas. Como botón de muestra citamos las consecuencias, producidas por omitirse dicha prevención, referidas en los Resultandos de la Resolución de 11 de julio de 1936, nada menos que a los veintisiete años de la reforma. Para evitar tales perjuicios la Ley quiso que se hiciera tal prevención, y no conforme con esta medida, se llegó al contenido de las reglas 10.^a y 13.^a, pero no para imponer subrogación, sino para lograr a todo trance que el pretendiente a la finca no desconozca la subsistencia, en el sentido de impago con el remanente, y no pueda alegar ignorancia de la Ley. En tal empeño radica la explicación del contraste entre di-

chas tres reglas, puesto de relieve al iniciar este epígrafe. Este contraste también lo evidencia el examen de otros preceptos: Por un lado, el artículo 131 emplea los términos aceptación, subrogación y subsistencia, el 155 los términos aceptación y subrogación y, de otro el 127, 133 y el 135 solamente el de subsistencia. Entre tantos titubeos hay que decidirse por la subsistencia, entendiendo por tal la no aplicación del precio del remate a extinguir los créditos preferentes. Esta interpretación la avala aún más la especial aplicación del 133 a todo proceso de ejecución.

LA SUBROGACIÓN EN LAS PRESTACIONES PERIÓDICAS.

En cuanto queda expuesto hay razones para rechazar la subrogación en el particular objeto de este epígrafe, pero es el caso que López Torres prescinde de la teoría general en materia de subrogación y basa su posición en el artículo 157 de la Ley como regulador de un caso especial. Por ello es necesario presentar el párrafo tercero del texto legal exponiendo separadamente los dos apartados que comprende.

A) El acreedor de dichas rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes de esta Ley. El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento.

B) Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos de los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley.

En el primer apartado aprecia dicho autor una subrogación que tiene su ámbito no sólo en la responsabilidad hipotecaria, sino en la derivada de la misma obligación, que nos lleva a liberar al antiguo deudor.

Tal interpretación revela error de técnica, porque la subrogación en la responsabilidad hipotecaria no se alcanza como no sea colocando otra finca en lugar de la hipotecada, puesto que cuando en la subrogación operan las personas, se requiere la existencia de dos: la subrogante y la subrogada; en la responsabilidad derivada de la obligación, esta última es el deudor; en la hipotecaria, dado el carácter de derecho real de la hipoteca, el deudor o sujeto pasivo no es conocido para que

otro se pueda colocar en su puesto. Si con dicha expresión quiso decirse que el acreedor puede hacerse pago, con el precio de una nueva venta de la finca, del mismo número de prestaciones que en perjuicio del antiguo deudor-propietario, tan correcta es la forma de manifestarse como innecesaria; es innecesaria porque al subrogarse el rematante en la obligación, resulta ser a la vez deudor y propietario.,

Pero dicho apartado no impone subrogación en la obligación. Por de pronto ahora se observa la anomalía de que los subrogacionistas han construido su teoría tomando pie en la palabra subrogación vertida en el artículo 131.

En el apartado A) se observa la omisión de dicha palabra. La de subsistencia está empleada con perfecta justeza en la Ley; ésta, en previsión de que el rematante entienda lo contrario, le advierte que, pese a la ejecución, subsistirán la hipoteca y la obligación de pago, prevención que contienen también los artículos 127 y 135.

Al interpretar el apartado B), el adversario sienta la tesis de que si la finca se adquiere por un tercero, fuera del procedimiento de ejecución, se produce una situación mixta: en cuanto a las prestaciones vencidas y no satisfechas, sólo responde el tercero dentro de las limitaciones de los artículos 114 y 115 de la Ley. Respecto a las futuras, la subrogación tiene lugar en cuanto al crédito personal y a la responsabilidad real hipotecaria.

A tal conclusión no se puede llegar, por cuanto en el apartado A) vemos no se impone subrogación. Es de destacar otra nueva anomalía: que los subrogacionistas nunca han admitido la subrogación en el caso de venta voluntaria. Dicho apartado se refiere al tercero en general, y tan tercero es el adquirente de la finca, como un acreedor posterior. Encuadrando dentro del apartado sólo al adquirente de la finca, se limita el alcance del texto legal y se priva al acreedor de acudir al procedimiento judicial sumario, que es la única hipótesis en cuyo torno gira todo el párrafo tercero, como se verá a continuación.

Si el apartado B) señala, sin carácter excluyente de otros, los efectos que la hipoteca produce en cuanto a tercero y las palabras "iguales" y "pero" evidencian que entre dichos apartados hay puntos de contacto y de divergencia, forzosamente el A) regula dichos efectos en cuanto al deudor-propietario.

Veamos los puntos de contacto. ¿Qué efectos produce la hipoteca en cuanto al deudor-propietario? Los de poderse ejecutar aquella

por el procedimiento sumario y que subsistirán la misma y la obligación de pago de la prestación. ¿Cuáles produce en cuanto a tercero? Los mismos, sin que sea lícito añadir ni quitar ninguno, salvo, en cuanto a la adición, lo que se derive de otros preceptos legales. Esta interpretación abarca, tanto al adquirente fuera de procedimiento de ejecución, como al posterior acreedor, y dispensándoles el mismo trato, mantiene el concepto de tercero en toda su amplitud.

Leyendo *subrogación* donde la Ley dice *subsistencia*, tendremos que los efectos de la hipoteca en cuanto al deudor-propietario y al tercero —hemos querido decir los comunes a ambos— serían: el de poderse ejecutar por el procedimiento sumario y que el rematante quedaría subrogado en la hipoteca y en la obligación de pago. Ni aun así asoma el adquirente, fuera del procedimiento de ejecución.

Veamos la diferencia entre los dos casos. En perjuicio del deudor-propietario, se pueden reclamar las pensiones aseguradas con la ampliación de la hipoteca y además todas las que no estén prescritas. En perjuicio del tercero, se pueden reclamar las aseguradas con la ampliación. En cuanto a las demás, hay un límite mínimo: dos anualidades y parte vencida de la corriente, y otro máximo: cinco anualidades. El intérprete no puede hacer esa distinción entre rentas o prestaciones vencidas y futuras, porque la Ley se refiere solamente a las vencidas, es decir, a las pretéritas. Ahora bien, para determinar ese pretérito es necesario señalar en el tiempo un momento que desempeñe el papel u oficio de presente; para el artículo 114, el presente es el momento en que se reclamen las prestaciones, y para el párrafo 1.º del 115, el en que se formule la demanda de ampliación de hipoteca y cuantas veces se formule la reclamación o la demanda, otras tantas se señalará el presente.

EL ARTÍCULO 231 DEL REGLAMENTO.

Se invoca como preceptivo de la subrogación el citado precepto reglamentario al indicar que: "Subrogado el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de cargas preferentes, si el importe de alguna de ellas..." Esta redacción presupone que el rematante se ha subrogado y que la subrogación se ha inscrito en el Registro, que no es lo mismo que imponer la subrogación, sea mediante declaración explícita del adquirente o por ministerio de la Ley.

ALFREDO REZA,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ACTA DE NOTORIEDAD.—PUEDE SUBSANARSE MEDIANTE ÉSTA EL ERROR PADECIDO EN LA ESCRITURA Y NO EN EL ASIENTO REGISTRAL, QUE REFLEJA CON EXACTITUD EL DOCUMENTO QUE LO MOTIVÓ, DE HABER CONSIGNADO COMO SEGUNDO APELLIDO DE LA PERSONA ADQUIRENTE UNO QUE NO LO ERA.

Resolución de 19 de octubre de 1949, "B. O." de 24 de noviembre.

En escritura que se otorgó en Lucena en 1924 un señor vendió a doña María Araceli Aranda Pino una finca rústica que se inscribió en el Registro a nombre de la compradora.

Fallecida una doña Araceli Aranda Cabeza y adjudicada la expresada finca en pago de herencia a un hijo natural de ésta, quien seguidamente la vendió, como a su vez su comprador a otro, y denegada la inscripción de la finca sucesivamente transmitida por aparecer la misma en el Registro a nombre de doña María Araceli Pino, *persona distinta* de doña Araceli Aranda Cabeza, el 9 de agosto de 1947, el Notario don Enrique Sánchez Oliva, a requerimiento del último adquirente de la repetida finca, autorizó Acta de Notoriedad para acreditar que eran una misma persona doña María Araceli Aranda Pino y doña Araceli Aranda Cabeza, cuya Acta, como aclaratoria de las escrituras anteriormente otorgadas de que se ha hecho alusión, fué denegada por el Registrador de Lucena por entender no ser la misma medio adecuado para subsanar el defecto señalado de aparecer la finca inscrita a favor de *persona distinta* a la causante señora Aranda Cabeza.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, re-

vocando el auto presidencial que había confirmado la nota del Registrador, declara inscribible el Acta de Notoriedad, mediante la razonada doctrina siguiente:

Que la conformidad del Notario y del Registrador en que el error consistente en figurar Pino como segundo apellido de doña Araceli Aranda Cabeza fué cometido en la escritura de compra a favor de ésta y no en el asiento registral, que refleja con exactitud el documento que lo motivó, determina que sean inaplicables las normas sobre rectificación de errores contenidos en los títulos séptimos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, y limita el problema debatido a resolver si el Acta de Notoriedad cuya inscripción fué denegada es procedimiento adecuado para subsanar la equivocación o si, por el contrario, dadas las particularidades del caso, habrá que seguir un juicio declarativo y obtener un mandamiento judicial en el cual se ordene la rectificación del error.

Que las actas de notoriedad, a las cuales asignan numerosas aplicaciones las progresivas legislaciones de varios países y tienen seculares precedentes en España, han sido expresamente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por el Reglamento Notarial anterior y reguladas con ciertas modificaciones por el actual; y las opiniones de autorizados comentaristas, basadas en la función autenticadora que legalmente incumbe al Notariado, y en los requisitos que se observan en su tramitación, coinciden en sostener que pueden ser objeto de tales actas, entre otras muchas materias, la demostración de la identidad de personas y todos o casi todos los asuntos que vienen siendo objeto de las informaciones para perpetua memoria, sin perjuicio de que los interesados puedan utilizar también el procedimiento de la denominada jurisdicción voluntaria establecida en el título décimo del Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que la identidad de doña María Araceli de Aranda Pino y doña Araceli Aranda Cabeza se infiere de la prueba testifical y documental relacionada en el auto de declaración de heredero hecha a favor de su hijo natural reconocido don Antonio Aranda Cabeza, y de datos obrantes en dos escrituras presentadas con el escrito inicial del recurso, en las que aparece una vez con el apellido Pino y otra con el de Cabeza, y en las cuales se consigna que era soltera, que no sabía firmar y que estaba domiciliado en Lucena, calle de Juan Muñoz de Castilla, número 16; y tal identidad resulta directamente acreditada con las

manifestaciones de los testigos del acta de notoriedad quienes declararon que conocían a doña Araceli, compradora de la finca mediante la escritura en que se padeció el error que sabían que fué dueña del inmueble hasta que, por su fallecimiento, lo heredó su único hijo, y que, sin duda alguna, en el título de adquisición se cometió el error material de variar su segundo apellido; concurriendo en uno de los testigos la importante circunstancia de haberlo sido también de la escritura, la cual suscribió por sí y por la compradora.

Que en lo esencial se ha observado lo prevenido en el artículo 146 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, en el cual se preceptúa que los defectos de forma, errores y omisiones en los documentos notariales pueden subsanarse mediante acta notarial "en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsane".

Por último, que según reiterada jurisprudencia de este Centro directivo, las diferencias y errores en los nombres y apellidos de los interesados obrantes en los títulos inscritos y debidos a faltas ortográficas, a razones fonéticas o familiares, a la adición de apellidos simples, a la separación de apellidos compuestos, al uso indistinto de los varios nombres que consten en las actas de nacimiento, a meras equivocaciones materiales o a otras causas análogas no impiden la inscripción de los nuevos documentos, aun sin necesidad de actuaciones judiciales contenciosas ni voluntarias, siempre que de los elementos probatorios aportados al Registro resulte plenamente aclarado que el titular registral y el causante u otorgante del sucesivo título son, sin duda racional alguna, la misma persona; y, como consecuencia de todo lo expuesto, debe estimarse subsanado el defecto calificado en la nota impugnada, de insubsanable por una interpretación literal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

* * *

Como dijera don Fausto Navarro Azpeitia en su brillante Conferencia sobre "Actas de Notoriedad" (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo I, año 1945), Francia e Italia principalmente son los países en que se ha inspirado el legislador español para encauzar los actos de notoriedad en el campo de acción del Notariado.

Pero así como en dichas naciones—señala agudamente el distin-

guido Notario de Barcelona—no son otra cosa que solemnes actos de evidencia por acopio de declaraciones solventes e imparciales, en España, por darse en sus trámites el complejo de calificación admisiiva, comprobación de hechos, publicidad resguardadora de intereses de terceros y declaración autorizada, que caracterizan la jurisdicción *ni-volentes*, las Actas de Notoriedad constituyen el molde en el cual han de vaciarse verdaderos procedimientos notariales.

El mismo autor al enumerar los actos que pueden ser objeto de notoriedad en los distintos países, consigna expresamente en Francia "los de rectificación de errores de nombres y apellidos en toda clase de actos, documentos e inscripciones".

En nuestro país, como reconoce el Centro Directivo, pueden ser objeto de tales Actas muchas materias, empleándose con pleno resultado efectivo—según el repetido Sr. Navarro Azpeitia—para acreditar: la existencia o inexistencia de hijos; la existencia de personas ciertas o la inexistencia de otras personas distintas de unas ya conocidas o determinadas; el número y calidad de representantes de un heredero prefallecido; la cualidad y número de reservistas legales y de sustitutos vulgares y fideicomisarios; el hecho del nacimiento fuera de España, para efectos de Policía; la identidad de persona que aparece con nombres o con apellidos distintos en diferentes Registros o documentos, por razón familiar o fonética; la continuidad del ejercicio de una actividad determinada; y tantas similares.

No es de extrañar, pues, que nuestro ilustrado Centro, de acuerdo con el notable informe del Notario recurrente y soslayando una interpretación rigurosa y hasta literal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, haya admitido como modo subsanatorio de consignación equivocada de apellidos en los Títulos el Acta de Notoriedad.

Ahora bien, conviene resaltar que el error fué cometido en el Título, no en el asiento registral que refleja con exactitud el documento que lo motivara, pues de ser lo contrario, es decir, haberse padecido el error en el asiento, claramente se desprende del primero de los Considerandos, que las normas aplicables serían las de rectificación de errores contenidas en los Títulos séptimos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento.

GINÉS CÁNOVAS COUÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

HIPOTECARIA

SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1949.—*Efectos de la inscripción.*

Cuando el actor tiene inscrito su derecho en el Registro, hay que reputarle poseedor a los efectos de interponer el desahucio, sin que pueda discutirse en tal juicio si existe poseedor de mejor derecho, teniendo en cuenta, además, que el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria extiende la presunción legitimadora de la propiedad a la posesión. (V. SS 5 de febrero de 1935 y 8 de octubre de 1949.)

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1949.—*Efectos de la inscripción.*

Se mantiene la misma doctrina de la sentencia anterior, aun tratándose de inscripción realizada por el procedimiento de inmatriculación y no haber transcurrido el plazo de dos años señalado en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

CIVIL

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1949. *Accesión (1).*

Descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal, y de otra accesoria, que al unírsela, forma con ella una individualidad, por lo que al merecer el suelo la primera de las expresadas calidades, ha de ceder a él cuanto a su superficie se incorpore, de lo que es consecuencia la adquisición por el dueño del suelo de la propiedad de lo incorporado, según declara el artículo 353, y el de optar por hacerlo suyo pagando su valor, como dispone el 361, mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo construido constituye con aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 al 360 del Código civil, su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado, y del 385, por falta de la

(1) Dada la extraordinaria importancia de la resolución que publicamos que marca una excepción, a los criterios tradicionales sobre la accesión de inmuebles, damos a la misma una extensión muy superior a la que en lo sucesivo dedicaremos a cada sentencia del T. S. en la Revista, criterio que sólo será modificado en casos excepcionales como el presente.

base, necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado.

Que este problema, creado al excederse el edificante de los límites de su suelo propio, resuelto, con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas, en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos en el ordenamiento sustantivo español, ni por la jurisprudencia, aunque es de notar que la sentencia de esta sala de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación, mediante el pago de su precio; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables, habrá la misma de ser suplida, cuando no lo esté por la costumbre, por los principios generales del Derecho, según lo exige en su párrafo 2.º el artículo 6.º del Código.

Que de estos principios de derecho, el que acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358 atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen, como en el caso sometido al presente recurso, con lo edificado, un todo indivisible, no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad, o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consienten que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan, al principio—ya antes considerado—de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a lo del suelo invadido de buena fe.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1949.—Arrendamiento de industrias.

El precedente legal de la distinción establecida en los artículos 4.º y 5.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos es el Decreto de 21 de enero de 1936, y la Jurisprudencia que lo interpretó ha manifestado que cuando la industria la crea el arrendatario, la legislación aplicable es la especial; pero cuando la industria está ya constituida y explotada por el arrendador con antelación a la cesión del uso y goce temporal al arrendatario, la legislación aplicable es la común. (V. SS. de 13 marzo y 3 de mayo de 1943, 3 de julio de 1944 y 16 de marzo y 15 de abril de 1948, entre otras.)

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1949.—Derecho foral catalán.

Es principio general en la legislación civil aplicable en Cataluña, que el fiduciario universal que acepta voluntariamente la herencia tiene derecho a detraer de ella para sí la cuarta porción de la misma, conocida con el

nombre de cuarta trebeliánica, siempre que tome inventario de aquélla en el tiempo y forma establecidos por las leyes, y también que, salvo en los casos de excepción que la Ley señala, sólo puede ejercitar aquel derecho, en los fideicomisos establecidos de modo escalonado, el primero de los fiduciarios que aceptó la herencia.

SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1949.—*Riesgos en la compraventa.*

Los riesgos que la cosa considerada en sí misma puede sufrir y cuya pérdida han de correr a cargo del comprador o vendedor, según los casos, no pueden equipararse ni guardar relación con la disminución en el precio de la misma, sea cualquiera la causa que la motive, ya obedezca tal disminución al juego natural de la oferta y la demanda, ya a la intervención del poder público en la regulación del precio, en cuyos casos la teoría de los riesgos carece en absoluto de aplicación.

SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1949.—*Divorcio civil.*

Las resoluciones de separación y divorcio realizadas durante la época roja por funcionarios extraños al Movimiento Nacional son nulas, no anulables, fundándose en la injusticia de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, y no cabe contra ellas el recurso de revista a que hacen referencia los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 8 de mayo de 1939 y Decreto de 30 de diciembre del mismo año.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1949.—*Concepto del precario.*

Si bien el concepto de precarista no tiene en nuestro Derecho el limitado alcance que tuvo en el Derecho Romano de persona que posee la cosa por mera liberalidad de su dueño que puede ser revocada en todo momento, sino que es extensivo al que la tiene sin título o con un título notoriamente ineficaz, no puede merecer el concepto de precarista quien posee la cosa por un título de dominio que precisa invalidar en el adecuado procedimiento para poder privarle de la posesión de ella.

SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1949.—*Precario.*

Según la reiterada doctrina de esta Sala, tiene la condición de precarista a efectos del desahucio el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello o cuando el que invoca es ineficaz para (contrarrestar) el dominical que ostenta quien ejercita la acción de desahucio. (V. S. de 5 de julio de 1945 y 26 de junio de 1947.)

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1949.—*Sucesiones.*

Si bien es notorio que en esta materia de testamentos la voluntad del testador es la norma fundamental de su sucesión, no cabe desconocer que este principio es inaplicable a las cláusulas testamentarias que estén en

abierta oposición a preceptos explícitos de la ley, contra las cuales no puede aquélla prevalecer. (V. S. de 18 de noviembre de 1915.)

MERCANTIL

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1949.—*Contrato de fletamento.*

Las manifestaciones del capitán en el conocimiento de ignorar peso, contenido, calidad y estado de la mercancía y de no responder de roturas ni derrames, sin expresión de las causas de esa ignorancia ni de la pretendida irresponsabilidad, no bastan para eximir al fletante de las responsabilidades derivadas del contrato de fletamento, transporte respecto al fletador, ya que lo contrario supondría que el capitán, por su voluntad y sin motivo legal alguno, podría eximirse de la responsabilidad que le atribuye el artículo 659.

PROCESAL CIVIL

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1949.—*Competencia de la jurisdicción ordinaria.*

Según doctrina reiterada de este Tribunal Supremo, es regla general de competencia establecida en armonía de lo que dispone el artículo 51 de la Ley Procesal civil, con el que guarda perfecta concordancia el número 2 del artículo 4.º de la Ley reguladora del procedimiento contencioso administrativo, que a la jurisdicción ordinaria compete privativamente el conocimiento de las cuestiones de índole civil, aunque el pleito se refiera a asunto en el cual hubiera de entender en alguno de sus aspectos la administración activa en uso de sus atribuciones. (El principio de exclusividad que se recoge en esta resolución puede V. a. en S. de 28 de abril y 30 de octubre de 1900. 25 de febrero de 1902 y 21 de noviembre de 1905.)

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1949. *Cosa juzgada.*

Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, y desarrollando este precepto la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que para apreciar la existencia de la identidad objetiva—*eadem res, eadem causa*—en dos pleitos, ha de realizarse la confrontación entre lo *resuelto* en el primero y lo *pedido* en el segundo, lo que no ocurre si la primera resolución no llegó a resolver el fondo del asunto. (V. S. de 13 de julio de 1932, 7 de julio de 1943. En el mismo sentido, S. de 21 de octubre de 1949.)

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1949.—*Diligencias para mejor proveer.*

Las reglas establecidas por la L. e. c. para la práctica simultánea de las pruebas de reconocimiento judicial y pericial, cuando han sido propuestas por las partes, no rigen con el mismo carácter imperativo cuando

han sido acordadas para mejor proveer, respecto a las cuales las partes no tienen más intervención que la que el Tribunal les conceda.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1949.—*Carácter sumario de los juicios de desahucio.*

No existe posibilidad legal de resolver en el aludido procedimiento cuestiones sobre propiedad que deben quedar reservadas a la más amplia discusión y prueba del juicio declarativo que corresponda y que, por lo tanto, cuando en dichos juicios se plantean aquellas cuestiones, así como cuando existen entre las partes relaciones complejas que no es posible decidir sin una previa declaración de derechos, la acción de desahucio no puede prosperar.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1949.—*Competencia objetiva.*

Cuando se acuse al Tribunal sentenciador de incompetente, por razón de la materia, de la cuantía o del grado jurisdiccional, sólo puede interponerse el recurso de casación al amparo del número 6 de artículo 1.692 de la L. e. c., y congruentemente, cuando se trate de asuntos sometidos a la legislación vigente en el Protectorado de Marruecos del mismo número 6 del artículo 1.469 de su Código Procesal, que es fiel transcripción de aquella aplicación y de esta doctrina.

SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1949.—*Amplitud del lanzamiento.*

Según doctrina jurisprudencial muy reiterada, la sentencia firme de desahucio decretado contra el arrendatario por alguna de las causas establecidas en la legislación común, impone en su ejecución el lanzamiento del arrendatario y, en general, de todo aquel que esté en posesión material de la cosa litigiosa por título que dimanara del primitivo contrato de arrendamiento, sin que, por excepción al principio de que no se pronuncie condena contra quien no haya sido oído y vencido en juicio, sea preciso dirigir también la acción de desahucio contra el subarrendatario para hacer efectivo frente a él el lanzamiento, pues otra tesis conduciría a la esterilidad de la sentencia de desahucio en todos aquellos casos en que mediante maquinaciones fraudulentas se hiciese ver la existencia de sucesivos subarrendos que incluso pudieran aparecer después de iniciado el pleito, y es lógico, por otra parte, que derechos derivativos no tengan mayor extensión en su contenido que la que corresponda al derecho originario, de suerte que extinguido éste no debe mantenerse vivo el derecho que de él trae causa.

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1949.—*Confesión en juicio.*

Para que un litigante pueda exigir la prueba de confesión en juicio es preciso que la exija de otro litigante, es decir, de otro que sea parte demandante o demandada y que sea *contrario* a la que pide.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1.º de febrero de 1949.

LA DELEGACIÓN NACIONAL DE SINDICATOS ESTÁ EXENTA POR LOS ACTOS EN QUE INTERVENGA, EN TANTO EN CUANTO ESOS ACTOS TENGAN POR OBJETO DIRECTO EL CUMPLIMIENTO DE FINES SINDICALES.

El Ayuntamiento de Z cedió en parte gratuitamente y en parte por compraventa unos solares para la construcción por la "Obra Sindical del Hogar" de la C. N. S. de viviendas protegidas, y la Oficina liquidadora giró una liquidación por el concepto de compraventa sobre el valor del 10 por 100 del solar comprado, aplicando la Ley de 19 de abril de 1939, y otra por el concepto de donación—herencias—al tipo del 50 por 100 en cuanto al solar donado.

Ambas liquidaciones fueron recurridas por estimar que, conforme a la citada Ley y a la de 6 de diciembre de 1940, el mencionado Organismo estatal disfrutaba de la exención total del impuesto siempre que los bienes adquiridos se destinen al cumplimiento de los fines que le son propios, entre los que se comprende la construcción de viviendas.

El recurso fué desestimado por el Tribunal Provincial en razón de que la construcción de viviendas no es ninguno de los fines específicos que su ley constitutiva atribuye a la Organización Sindical, y el Tribunal Central confirma la desestimación teniendo en cuenta que la Ley de 6 de noviembre de 1941 dice, en cuanto a la Central Nacional Sindicalista, que los organismos sindicales continuarán sometidos en materia tributaria al régimen legal establecido para ellos, y éste es el de la Ley de 6 de diciembre de 1940. Eso supuesto, cómo su ar-

título 21 concede la exención a la Organización Sindical siempre que los actos de que se trate tengan por objeto directo fines sindicales, y como los artículos 16 y 18 de la misma, referentes a las funciones de los Centros Nacional Sindicalistas y del Sindicato Nacional, no mencionan entre dichos fines la construcción o financiación de viviendas protegidas, está claro que la pretendida exención no es procedente, como no lo es tampoco a tenor del Reglamento del Impuesto, ya que el número 45 de su artículo 6.º condiciona la exención de la misma manera que las Leyes dichas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de febrero de 1949.

Este acuerdo del Tribunal Central insiste en la doctrina sentada por el mismo con reiteración sobre los casos de notificación tácita y expresa de las liquidaciones practicadas por las Oficinas liquidadoras.

Es inexcusable, dice, el cumplimiento de lo prevenido en el párrafo 3.º del artículo 106 del Reglamento, o sea, el dar siempre recibo de presentación con expresión del día, número de orden y fecha en que los interesados han de presentarse para serles notificada la liquidación o, en su caso, el resultado de la comprobación y el plazo del pago, con la advertencia de que, de no presentarse, se les tendrá por notificados, debiendo suscribir la matriz del recibo; pero esa notificación tácita no releva al liquidador de notificar expresamente la comprobación de valores antes de girar las liquidaciones, siempre que aquélla se practique con datos distintos a los del Amillaramiento, Catastro, Registro fiscal o el valor declarado, porque así lo dispone el artículo 129. Hecha esta notificación es cuando se puede girar la liquidación provisional sobre el valor declarado, según previene el artículo 89 del mismo Reglamento.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de febrero de 1949.

EN LAS SUCESIVAS DONACIONES HECHAS POR UN PADRE A SU HIJO, NO ES ACUMULABLE LA CIFRA DE TODAS ELLAS AL EFECTO DE LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE LIQUIDACIÓN APLICABLE.

Antecedentes.—El padre y la madre, donaron pura y gratuitamente

te en diciembre de 1947, mediante escritura pública, 50.000 pesetas a un hijo, cuya donación éste aceptó

La Abogacía del Estado giró dos liquidaciones: una por el número 29 g) de la tarifa al 7,75 por 100 sobre 50.000 pesetas, y otra al mismo tipo sobre la base de 18.774,19 pesetas.

Ambas fueron recurridas, y el Abogado del Estado, al informar, las justificó exponiendo que el tipo aplicado era el procedente teniendo en cuenta las diversas donaciones hechas con anterioridad por los mismos donantes al recurrente, reconocidas y liquidadas en la misma Abogacía del Estado, a partir del 6 de noviembre del mismo año, y añadiendo que la base de la segunda liquidación se obtuvo "por capitalización al 7,75 por 100 de la diferencia calculada a favor del Estado, estimada ésta en 1.455 pesetas, capitalización que ha sido verificada a fines de estadística, por no existir en el número correspondiente de la tarifa una cifra igual a la de la diferencia entre el 7,75 por 100 y los tipos procedentes de la escala"; o sea, en otras palabras, que el tipo resultante si se sumaban las bases de todas las donaciones era el 7,75 y no el aplicado a cada una de éstas, lo cual suponía que si se hubiese aplicado ese 7,75 las liquidaciones habrían importado 1.455 pesetas más, que eran las exigidas por medio de dicha segunda liquidación.

El fundamento de ella y su procedencia lo encuentra la Abogacía del Estado en que el artículo 29 sujeta todas las donaciones a las mismas normas de tributación que las herencias, en las cuales, según el párrafo 2.º del artículo 31, el tipo se determina atendiendo a la cuantía de la participación y el parentesco entre donante y donatario. A ello añade que por cuantía de donación, a los efectos de determinación de tipo, ha de entenderse la suma de las diversas donaciones, al igual que ocurre en las herencias cuando se trata de liquidaciones parciales, y que el hecho de que, a tenor del apartado 2) del artículo 30, al coleccionarse las donaciones después de la muerte del donante no se exija el impuesto sobre el capital de las mismas, no quiere decir que en el momento de tributar tales donaciones, no se atienda a su cuantía total, sino que se da por supuesto que han pagado; y, por fin, que se agruparon las donaciones hechas por ambos cónyuges en razón de presumirse los bienes como gananciales al no constar lo contrario.

En el trámite de alegaciones ante el Tribunal Provincial el recurrente argumentó: que si la Ley hubiera querido que se sumasen las bases lo hubiera dicho; que en efecto así se procede en las herencias,

pero no en las donaciones y dotes; que las donaciones de los padres no pueden sumarse porque han de computarse en herencias distintas, y que la liquidación complementaria envuelve una revisión de liquidaciones de la competencia de la Dirección General, no de la Abogacía del Estado.

El Tribunal Provincial insistió en los puntos de vista del informe del Abogado del Estado, añadiendo que la tesis del recurso conduciría a la fácil evasión del impuesto mediante sucesivas donaciones y desestimó el recurso.

La teoría del Provincial no fué compartida por el Central y estimó el recurso. Dice que, efectivamente, el artículo 29 del Reglamento dispone que las donaciones *intervivos* y *mortis causa* tributarán como las herencias, pero ha de tenerse en cuenta que la acumulación de tipo en éstas está fundado, en el aspecto jurídico-fiscal, en la naturaleza de la herencia, la cual—art. 659 del Código civil—comprende todo el patrimonio de una persona, de donde se deduce que el acto que origina las liquidaciones es uno solo producido por el fallecimiento del causante, mientras que en las donaciones es innegable que cada una de ellas nace de un acto independiente con virtualidad suficiente para producir plenos efectos sin subordinación ni enlace forzoso con las que anterior o posteriormente se puedan llevar a cabo por el mismo donante y a favor de la misma persona.

A eso añade después la Resolución que reseñamos que la donación continuada lejos de ser *mortis causa* y, por tanto, de las que participen de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, es *intervivos* y de carácter contractual por lo mismo; que, por otra parte, la teoría impugnada tropezaría con la falta de norma concreta para determinar cuáles donaciones por su índole, lugar, fechas, etc., debían causar la aludida acumulación.

Comentarios.—El caso propuesto es, a no dudarlo, interesante no sólo en sí mismo considerado, sino, especialmente, por la facilidad con que el impuesto puede burlarse fraccionando la donación en diversas donaciones parciales. Se ve claramente que si el padre, por ejemplo, quiere donar al hijo en un solo acto 100.000 pesetas, el impuesto a pagar será del 6 por 100, según la tarifa de 1947, mientras que si esa misma cantidad la transfiere en diez donaciones de 10.000 pesetas, el tipo aplicable a cada una es el del 2 por 100, con la consiguiente economía del 4 por 100, que deja de percibir la Hacienda.

Los argumentos sustanciales que a ambos Tribunales—el Provincial y el Central—sirvieron de apoyo tienen, indudablemente, fuerte consistencia. El del Tribunal inferior, cuando dice, con apoyo en el apartado 2) del artículo 31 del Reglamento, que la fijación del tipo ha de hacerse “atendiendo a la cuantía de participación hereditaria individual” y al parentesco entre el causante y *donante* y el heredero, legatario o *donatario*, revela claramente el pensamiento del legislador sobre la acumulación de bases, y aun se podría reforzar, con argumento analógico, con lo que el mismo artículo previene en su apartado 5), al decir que el tipo aplicable al cónyuge viudo se ha de fijar teniendo en cuenta lo que por todos los conceptos le corresponde en la sucesión del premuerto, o sea “tanto por la cuota legal o legítima como por la porción no legítima o institución voluntaria”; pero sin desconocer la fortaleza dialéctica del argumento en el terreno jurídicofiscal no se puede desconocer tampoco que el razonamiento del Tribunal Central, dentro del puro Derecho civil, tiene más rango jurídico: los actos de donación—las distintas donaciones—, aunque estén unidas en el ánimo y en la intención presumibles del donante, e incluso aunque esa intención pueda encerrar la finalidad no confesable de que el tipo de liquidación sea benigno, son completamente independientes y perfectos, sin subordinación alguna entre sí, cosa que no ocurre con los distintos actos que la muerte y la herencia de una persona producen, y, por consiguiente, si sustantivamente nacieran, sustantivamente deben ser afectados por el impuesto.

Y terminamos este breve comentario diciendo que entre los argumentos del recurso hay uno, no recogido por la Resolución que nos ocupa, que no es desdeñable; nos referimos al que se formuló diciendo que las donaciones hechas por los dos cónyuges al hijo no podrían de ninguna manera ser acumuladas al efecto de la determinación del tipo de liquidación con apoyo, como dijo la Abogacía del Estado, por tratarse de bienes gananciales; porque aun siendo una sola donación, o una donación conjuntamente hecha por el padre y la madre, el cómputo de la misma no ha de hacerse en total en la herencia de uno de ellos, sino por mitad en la herencia de cada uno, como el Código civil previene en el artículo 1.046.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de febrero de 1949.

LA DOCTRINA DEL ARTÍCULO 41 DEL REGLAMENTO, SEGÚN LA CUAL EL LIQUIDADOR PRESCINDIRÁ DE LOS DEFECTOS DE FORMA O INTRÍNSECOS DEL ACTO O CONTRATO PARA LIQUIDARLO, SE REFIERE A ACTOS O CONTRATOS NULOS O ANULABLES, NO A LOS INEXISTENTES JURÍDICAMENTE.

Antecedentes.—En escritura de 8 de octubre de 1932, un deudor, X, reconoció deber a doña N. N. cierta cantidad, y se comprometió a devolvérsela en el plazo de cinco años, con los correspondientes intereses.

La misma señora, en otra escritura de 12 de junio de 1945, otorgada unilateralmente, declaró haber recibido del deudor la cantidad debida, con sus intereses, y en una tercera escritura de 12 de noviembre de 1945, la propia acreedora, después de referirse a las dos precedentes, hizo constar que al otorgar ese segundo documento había padecido varios errores al consignar el motivo de otorgarla, ya que en realidad no había cobrado el importe de la deuda, y además de no poderlo hacer, venía siendo gravada con el impuesto de utilidades sobre los intereses, y con objeto de librarse de este gravamen, y a sabiendas de que el deudor no le pagaría nunca por ser insolvente, quiso renunciar oficialmente al pago del crédito. En su consecuencia, añadía la otorgante que con objeto de subsanar el error padecido declaraba que el otorgamiento consignado en aquella segunda escritura debía entenderse redactado así: "Que constándole la insolvencia total y absoluta del deudor, renuncia a cobrar el capital de la deuda, así como al pago de los intereses devengados, y consiente que así se haga constar donde proceda, aunque quiere hacer constar que no ha percibido nada a cuenta de dicha cantidad."

Esa escritura fué liquidada por derechos reales estimando que encerraba una donación y aplicando el tipo de herencia al 50 por 100, a cargo del deudor prestatario.

Este recurrió contra la liquidación, sosteniendo que no existía tal donación; en primer lugar, porque en la escritura de 12 de junio la acreedora había reconocido la extinción de la deuda por pago, y no puede donarse ni condonarse una deuda saldada, y en segundo lugar, porque no se dan los dos requisitos esenciales para que exista donación

intervivos, a saber: el ánimo de liberalidad y la aceptación del donatario; el primero en razón de que quien renuncia a un crédito ya pagado, ni dona ni hace liberalidad alguna, y en cuanto al segundo, porque el donatario ni compareció en la escritura ni aceptó después del otorgamiento.

En primera instancia fué desestimado el recurso, con apoyo en que, según el artículo 41 del Reglamento, el liquidador ha de calificar sin tener en cuenta los defectos intrínsecos y de forma que el acto o contrato tenga.

Por el contrario, el Tribunal Central entiende que por las razones del recurrente el acto de donación es inexistente, máxime después de la auténtica declaración de extinción del crédito hecha por la misma acreedora; y en cuanto al invocado artículo 41, dice que éste tiene su necesario complemento en el 44, y, según él, la exacción del impuesto requiere la existencia de un acto o convención, expreso o deducido de la voluntad de los contratantes, lo cual quiere decir que el 41 es aplicable a los actos o contratos nulos y a los anulables, no a los inexistentes, y significa también que éstos no pueden causar liquidación con arreglo todo ello a la distinción que, tanto los tratadistas como la jurisprudencia, tienen establecida entre los actos nulos y anulables, de un lado, y los inexistentes, de otro.

Comentarios.—Ninguno requiere realmente la solución que da al caso concreto con su ponderación acostumbrada el Tribunal Central dados los clarísimos y contundentes antecedentes del hecho, por añadidura documentalmente acreditados. La solución no podría ser de otra manera, pero no parece que presenta la misma claridad la generalización de la consecuencia que en definitiva saca la Resolución de que tratamos, porque es seguro que no serán pocos los casos en que sea muy difícil determinar cuándo aquellos defectos intrínsecos e incluso los de forma producen la mera nulidad o anulabilidad y cuándo engendran la inexistencia. Fácilmente se comprende que cuando el defecto afecte, por ejemplo, al consentimiento, no será llano y hacedero determinar en no pocos casos si el vicio es tal que le hace desaparecer o si simplemente hace que sea imperfecto. Y algo parecido puede ocurrir con las mismas imperfecciones de forma: si ésta es sustancial para la existencia del contrato, como lo es, por ejemplo, en la hipoteca para que engendre el derecho real, ¿cómo calificar y liquidar si se diera el caso de una hipoteca constituida en documento privado?

En resumen, parece que el campo de aplicación del artículo 44 no debe desbordar el del 41, so pena de que se interfieran de tal modo que el segundo haga ineficaz el primero. Para que tal evento no ocurra no habrá más camino que el de entender que el acto liquidable existe cuando lógicamente se deduce de la voluntad de los contratantes y a pesar de los defectos de que adolezca, sean de forma, sean intrínsecos.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de febrero de 1949.

ADEMÁS DE LA FIANZA PERSONAL A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 1.822 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL, ADMINISTRATIVA Y FISCALMENTE TIENEN CONCEPTO DE FIANZA LA PRENDA Y LAS GARANTÍAS PIGNORATICIAS.

La Caja de Ahorros provincial de Pontevedra constituyó en la Caja de Depósitos uno en títulos de la Deuda por valor de 1.900.000 pesetas para que sirviese de garantía a la Diputación provincial en su función de recaudadora de contribuciones, y como consecuencia se giró la liquidación correspondiente por el concepto "fianzas" a cargo de dicha Caja de Ahorros.

Esta institución entabló recurso fundada en que el acto liquidado no era una fianza, sino un depósito, y como tal estaba exento del impuesto; y es depósito y no fianza, decía, porque la gestación del caso fué que, careciendo la Diputación de los valores precisos para constituir la fianza, requirió a la Caja de Ahorros para que le cediese los necesarios al efecto, como así lo hizo ésta, constituyendo el correspondiente depósito. En todo caso, seguía diciendo, aun prevaleciendo la calificación de fianza, la liquidación debió girársele a la Diputación provincial porque ella es la obligada a constituir aquélla.

La reclamación fué desestimada en primera instancia y fué entablada la alzada sosteniendo, aparte de otros argumentos a todas luces intrascendentes, que el contrato de que se trata no tiene la naturaleza jurídica de fianza personal, sino el de contrato real de prenda o garantía pignoraticia, por lo cual la Caja de Ahorros no puede tener la consideración de fiador.

El Tribunal Central deshace el argumento diciendo que, además de la fianza propiamente dicha, regulada en el título XIV, libro IV del

Código civil, mediante la que se asegura la efectividad y cumplimiento de una obligación principal con garantía meramente personal, existen también las garantías reales, pignoraticias e hipotecarias, esto es, fianzas de esas dos clases, y que la que es objeto de discusión es constitutiva de un contrato accesorio de prenda con desplazamiento comprendida en el título XV, capítulos I y II, sección primera del citado texto; y, eso supuesto, es inadmisibile la calificación jurídico-fiscal de depósito pretendida, puesto que no se trata de cosa ajena con obligación de conservarla y restituirla, que es lo que caracteriza el contrato de depósito—artículos 1.758 y siguientes del Código civil—, sino que el depósito de los valores se hizo para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones y, por lo mismo, tiene todas las características de la fianza pignoraticia.

Analiza después la Resolución que reseñamos aquellos otros argumentos que pudiéramos llamar de menor cuantía, de los que, por lo mismo, es ocioso ocuparse, y termina diciendo que tampoco hay posibilidad de razonable discusión sobre quién sea la persona obligada al pago del impuesto, por cuanto el precepto del artículo 17 de la Ley y el del apartado 1) del artículo 59 del Reglamento terminantemente dicen que en los contratos de fianza, cualquiera que sea su clase, a favor del Estado, el obligado al pago del impuesto será el que las constituya.

Nos abstenemos de todo comentario ante la claridad del caso. Tanta es, que incluso cabe mostrar extrañeza ante la ocurrencia de hacerlo objeto de contienda en primera y segunda instancia.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL,
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

Historia del Derecho Internacional, por Arthur Nussbaum. Editorial
Revista de Derecho Privado. Un volumen de 600 páginas.

El profesor Nussbaum, tan ventajosamente conocido entre nosotros por su *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, publicado por la misma Editorial de Derecho Privado hace ahora veinte años, no es un especialista adscrito a una sola de las múltiples disciplinas jurídicas como pudiera creerse a juzgar por la profundidad y documentación de sus obras. Por el contrario, su producción comprende publicaciones de Derecho civil, de Derecho mercantil y de Derecho procesal, algunas de las cuales, como la *Teoría jurídica del dinero*, ha sido traducida también al castellano. Separado de su cátedra de Berlín y expatriado a consecuencia de las leyes nazis de discriminación racial, es profesor desde 1934 de Derecho público en la Universidad norteamericana de Columbia y ha consagrado su portentosa actividad científica al estudio del Derecho Internacional y su Historia, en cuyas materias ha logrado realizaciones valiosísimas.

Una de ellas, fruto de sus recientes cursos en la citada Universidad, es la *Historia del Derecho Internacional* (1) que, traducida por Francisco Javier Osset y adicionada por el profesor de las Facultades de Derecho y de Ciencias Políticas y Económicas de Madrid D. Luis García Arias, acaba de publicar la Editorial Revista de Derecho Privado.

Ya están bastante lejanos los tiempos en que cursábamos en el doctorado de Derecho la Historia del Derecho Internacional, explicada por el profesor Fernández Prida, y referida principalmente a la exposición de los tratados internacionales y a los sucesos bélicos que los motivaban o los rompían convirtiéndolos en "griffons de papier". Y, sin embargo, esos estudios históricos jusinternacionalistas son poco abundantes, pese a su importancia, y si entre los autores extranjeros cabe citar a Henry Wheaton, Von Ompteda, Rivier, Laurent, Nys, Walker y Wegner, entre otros, en nuestra patria apenas si pueden citarse obras generales sobre la Historia del Derecho de Gentes, a no

(1) *A concise History of the Law of Nations*. Nueva York, 1947.

ser las anticuadas de Marín y Mendoza y López Sánchez y las elementales de Retortillo y Gutiérrez Gassis, aunque existan valiosas monografías y trabajos sobre puntos particulares. Por ello, la publicación en castellano de la reciente obra del profesor Nussbaum viene a llenar una laguna en nuestra bibliografía y, no obstante sus líneas esquemáticas y concisas, ha de rendir un excelente servicio a cuantos juristas interesa el Derecho internacional.

El profesor Nussbaum, como el americano Wheaton, incluye en su Historia tanto los acontecimientos políticos como las doctrinas y teorías, porque, en rigor, ambos aspectos se entretajan y completan, si bien, en lo que respecta a la historia política, su investigación se limita a las prácticas internacionales de los Estados y de modo especial a los Tratados de Paz y otras convenciones en las que se anuncien conceptos jurídicos importantes.

Comienza su obra el profesor Nussbaum, tras una jugosa introducción, por la evolución histórica del *jus gentium* en la antigüedad, estudiando los pueblos primitivos, el antiguo Oriente y Grecia y Roma, pasando, en el capítulo segundo, a la Edad Media, en la que expone el Derecho universal cristiano, el Islam, la Italia medieval, los consulados y embajadas permanentes, las doctrinas teológicas y las doctrinas jurídicas, analizando en este epígrafe los Proyectos de paz perpetua.

Al entrar en la Edad Moderna, dedica el autor un capítulo a cada uno de los cuatro últimos siglos y al actual, llegando en este último hasta 1939, o sea, hasta el comienzo de la segunda guerra mundial. Siguiendo su método antes indicado, en cada una de estas centurias analiza los desarrollos políticos y los progresos doctrinales, dedicando epígrafes especiales, en el siglo XVI, a Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Pierino Belli, Baltasar de Ayala y Alberico Gentili; en el XVII, a Hugo Grocio, Hobbes y Pufendorf y a los primeros positivistas Zouge y Rachel, y en el XVIII, a Cornelio van Bynkershoek, Cristián Wolff, Emerico de Vattel, Juan Jacobo Moser y Martens.

En el siglo XIX, después de los acontecimientos políticos y del desarrollo del Derecho escrito, constitutivo, según frase de Nussbaum, de una "nueva era", expone los tipos más importantes de tratados no políticos, las disputas internacionales, la humanización de la guerra, el pacifismo, los tratados y la organización de la enseñanza.

El siglo XX lo divide en dos periodos: el que va de 1900 a 1919 y el que transcurre de 1920 a 1939, en el que estudia los tratados de

paz y sus consecuencias, los desarrollos no relacionados con los tratados de paz y las organizaciones judiciales, terminando con el estudio de los progresos doctrinales y bibliográficos, las nuevas investigaciones fundamentales y las doctrinas y práctica soviéticas. Es lástima que la obra de Nussbaum termine—aunque no de modo absoluto—con los comienzos de la segunda guerra mundial; pero, como dice el autor, los sucesos posteriores están demasiados próximos y son demasiado abrumadores para permitir una apreciación histórica en estos momentos.

Termina la obra del autor alemán con un apéndice en que se esquematiza la historiografía del Derecho internacional.

La edición española se halla enriquecida con unas valiosísimas adiciones a cada capítulo, a partir del II, debidas a la brillante pluma del docto catedrático español Sr. García Arias, en la que se da cumplida noticia de los autores hispánicos de Derecho de Gentes, valorándolos según su mérito e importancia e incluso bajo un punto de vista de amplitud expositiva. Estas adiciones son del mayor interés para nuestros juristas y sirven de necesario complemento a la obra del tratadista germano.

La obra es de la mayor importancia, como lo es en nuestros inciertos días todo lo relativo al Derecho internacional, de cuyo progreso y observancia dependen seguramente el porvenir y hasta la subsistencia de la atribulada Humanidad en esta fase de las armas nucleares y los aviones supersónicos. El Derecho internacional exige para su efectividad, como toda norma jurídica, una fuerza coactiva puesta a su servicio y una organización judicial que la haga cumplir. La aguda percepción que la generación presente tiene de las imperfecciones del Derecho internacional es una señal favorable, a juicio de Nussbaum, de que éste se dirige hacia su perfeccionamiento. Los excesos de la fuerza bruta, agrega el autor, engendrados en las guerras mundiales, parecen augurar misteriosamente el día del Derecho y la Ley; la bomba atómica, como el Mefistófeles de Goethe, puede resultar "una parte de aquella fuerza que siempre quiere lo malo y siempre hace lo bueno".

La edición de este sugestivo libro se halla presentada con la corrección y elegancia a que nos tiene habituados la *Editorial Revista de Derecho Privado*.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Registrador de la Propiedad.