

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Junio 1949

Núm. 253

Dúplica. Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Final de una polémica

SUMARIO

I. Escritor, jurista y hábil abogado.—II. ¿Cambio de postura?—III. Contradicción de la vigencia.—IV. Una opinión interesante.—V. Los efectos de la anotación en nuestro derecho tradicional.—VI. La caducidad y el artículo 41. Aplicación de este proceso a las anotaciones por defectos subsanables, precursoras de la inscripción.—VII. Extrañezas y falsas coincidencias.—VIII. La *litis pendencia* en este proceso.—IX. Competencia.—X. El *summum jus*.—XI. Conclusiones.

I. En el número de febrero de la *Revista de Derecho Privado* publica mi ilustre compañero Sr. La Rica un artículo primoroso sobre el tema enunciado. En él se me alude insistentemente y se trata de rebatir una pobre tesis mía sobre dicho problema. De pasada se rebate también otra original teoría, expuesta, un poco burla burlando, por otro ilustre compañero, por Pedro Cabello.

Yo voy a contestar, aun a trueque de que se cumpla mi presentimiento de que nosotros discutimos, pero quien paga es el titular registral.

Antes de entrar en discusión me corre prisa decir que, a mi entender este trabajo pone de manifiesto, más que ningún otro, con tenerlos notabilísimos, la gran valía de La Rica.

En él se manifiesta una vez más como escritor brillante, dueño de la frase exacta y maestro en el "bien decir"; como jurista de van-

guardia y, sobre todo, como habilísimo Abogado. Tan hábil, que ha conseguido eludir el tema, sin que pierda brillantez ni contundencia su alegato.

Decimos esto, porque si es verdad que contesta y rebate algunos aspectos accesorios de nuestra construcción, no es menos cierto que no entra en el problema principal. No nos dice por qué la anotación de demanda contradice la vigencia del asiento a que afecta, ni nos explica tampoco la razón de que la anotación preventiva de demanda, que siempre miró al futuro, produzca ahora efectos inmediatos, tan espectaculares como ese de dejar inerte el procedimiento del artículo 41.

Es cierto que afirma que ello es evidente, pero eso es no decir nada. Si tan evidente fuera holgaba esta discusión.

II. Por lo demás, parece que esta postura es nueva en La Rica, ya que en otros trabajos anteriores adoptó una muy distinta. Citamos al azar dos—uno publicado en esta misma Revista—. Nos referimos al que bajo el enunciado de “Dos conferencias notables”, se publicó en el número de febrero de 1947. En él nos manifiesta los efectos que Feced atribuye a la anotación de la demanda “cuando aun no ha recaído sentencia firme en el juicio que se ha decretado”.

“En tanto se sustancia el juicio, y la anotación subsiste, asegura los efectos de la sentencia que pueda recaer, según la exposición de motivos y un inciso del artículo 43 de la Ley. Reserva, además, un puesto en el Registro para garantizar la retroacción de los efectos de la sentencia a la fecha de la anotación. En lo que se refiere al titular del derecho inscrito, sobre el que recae la anotación, ésta no cierra el Registro y, por tanto, no impide los actos dispositivos del titular.”

Todos estos efectos hacen relación al tercero. Tienen su engarce y desarrollo en relación con la fe pública registral.

No cierra el Registro y permite todos los actos dispositivos del titular. ¿No es ello tan grave como permitir la aplicación del procedimiento del artículo 41, de efectos provisionales y siempre reparables?

No olvidamos que esto lo dice Feced y no La Rica, pero no es menos cierto que al recogerlos éste se le presentó la gran ocasión de haberlos ampliado con ese otro espectacular efecto de dejar inerte el proceso ejecutivo hipotecario.

Y ya de un modo más personal y concreto nos dice La Rica, en sus Comentarios al nuevo Reglamento, al comentar el artículo 313: “La nota marginal (no podemos olvidar que tal nota es asimilada por

el autor a la anotación de demanda) tiene el solo propósito de advertir al tercero y sólo de publicidad hipotecaria."

De acuerdo. Exacta esta tesis. Tanto la nota marginal del artículo 313 como las demás anotaciones de demanda, sólo son una advertencia al tercero. Sus efectos hacen sólo relación a la fe pública registral.

Y preguntamos nosotros: ¿Cómo entonces La Rica se calló este otro efecto tan interesante y tan grave que ahora les atribuye?

Por lo demás, es natural que no nos diga por qué razón la anotación de demanda contradice la vigencia del asiento a que hace relación. No nos la dice porque tal razón no existe, pues la anotación de demanda ni contradice la vigencia del asiento ni siquiera afecta a tal vigencia. Tiene un fin y produce unos efectos muy distintos de ese de contradecir la vigencia. El asiento está tan vigente después de la anotación de la demanda como lo estaba antes de tomarse. El presente del asiento, sus posibilidades inmediatas, siguen intactas. Su futuro, en cambio, está pendiente de lo que resulte del pleito.

III. Nos ha dicho la Academia que contradicción es tanto como "Acción y efecto de contradecir. Afirmación y negación que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen. Oposición, contrariedad".

Para que la vigencia de un asiento esté contradicha, es, por tanto, necesario que otro asiento del mismo rango, de idénticos efectos y que los produzca en el mismo tiempo, sea contradictorio de aquel cuya vigencia se discute. Entonces sí que podrá decirse que su vigencia está en entredicho.

Tal es el caso de dos inscripciones contradictorias. Las dos están vigentes mientras los Tribunales no decidan cuál de las dos debe permanecer, pues la vigencia de la una contradice la vigencia de la otra.

Pero de eso a pretender que la anotación de demanda, que no produce los efectos de la inscripción, sino otros muy distintos; que no se refiere al presente, sino al futuro; que sus efectos, hasta que se convierte en sentencia son de mero aviso, de simple amenaza, contradice también la vigencia del asiento, es tanto como trastocar toda la doctrina tradicional sobre los efectos de la anotación de demanda; introducir la confusión y la polémica donde los terrenos estaban deslindados, y, sobre todo, darle a la demanda una eficacia y acción que sólo puede tener la sentencia. Cuando la sentencia rechaza la demanda, ésta no puede producir ningún efecto. Pero de prosperar e imponerse la doctrina que impugnamos, ya la demanda, por sí sola, aunque luego fracase en la sen-

tencia, produce el brillante efecto de imposibilitar la más práctica de las consecuencias del principio de legitimación.

IV. No resistimos la tentación de traer a este comentario unas ponderadísimas palabras, como todas las suyas, de un inteligentísimo compañero, a quien comunicamos nuestras inquietudes sobre el problema que hoy nos ocupa.

Nos referimos a García Atance, número 1 de su promoción, y una de las cabezas mejor organizadas que conocemos.

Este nos decía en una nota que conservamos: "Considero el problema oscurecido por la desdichada redacción del artículo 41 de la Ley y 137 del Reglamento, que han expresado mal lo que querían decir; pero, así y todo, es indiscutible que una anotación de demanda no puede privar al titular de sus facultades dominicales y menos de las de rango secundario. Por lo demás, mi opinión es la misma. Creo que el artículo 41 al hablar de contradicción, se refería a la inscripción contradictoria de dominio, o sea a la inscripción duplicada caducada."

V. Por cierto que la por nosotros sustentada ha sido siempre la doctrina tradicional sobre los efectos de las anotaciones de demanda. Ya el Supremo nos dijo en una sentencia de 9 de julio de 1897: "Que las anotaciones preventivas causadas con motivo de una demanda, no hacen más que garantizar el derecho que se litiga y, por lo mismo, no tienen el alcance de privar del dominio, ni aun de la posesión, al que se encuentra disfrutando el inmueble a que se refieren.

Que, conformándose con esta doctrina, la sentencia que acuerda el desahucio solicitado por el comprador de la finca, según escritura de venta judicial otorgada en la vía de apremio de autos ejecutivos seguidos por aquél contra el primitivo dueño de la finca, y cuya nulidad tenía éste pretendida en demanda, de la que se tomó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, no infringe los artículos 70, 71 y 82 de la Ley Hipotecaria." No desconocemos que en tal época no existía el primitivo artículo 41, pero ya se manifiesta la tendencia de no dar eficacia inmediata a las anotaciones de demanda, que permitían desarrollar todos sus efectos, a los asientos a que afectaban.

De Morell, al señalar los efectos de las anotaciones de demanda, son los conceptos que vamos a reseñar: "La anotación de demanda viene a convertir los bienes a que se refiere en litigiosos, avisando a todo tercero de la cuestión judicial que se ventila para que pueda prever sus consecuencias.

Como afirman las Resoluciones de 10 de septiembre de 1881, 5 de septiembre de 1906, 23 de julio de 1919, 4 y 23 de noviembre de 1915, la anotación de demanda no impide la enajenación de los bienes anotados.

De la doctrina del artículo 71 y de la que se desprende de multitud de Resoluciones de la Dirección de Registros, resulta que las anotaciones de demanda, al referirse a bienes o derechos determinados, *cuya propiedad se pretende*, aseguran el derecho posible del anotante contra todo acto posterior de la persona demandada, advirtiendo a todo tercero del peligro a que se expone si la Resolución fuere favorable al demandante."

Esta misma doctrina de los efectos, sólo en cuanto a tercero, y ninguno de presente, mientras la demanda no se convierte en sentencia, nutre las construcciones de todos los autores que se ocupan del problema y llena de contenido la luminosa jurisprudencia de la Dirección de Registros.

Así lo establecen las Resoluciones de la Dirección de Registros de 4 de noviembre de 1915, 21 de diciembre de 1925, 4 de junio de 1919 y 30 de mayo de 1934 y otras muchas que podíamos citar.

Y si parece inconcuso este sentido tradicional de nuestro Derecho, que no señala ningún efecto inmediato a las anotaciones de demanda, reservándolos todos para cuando se convierta en sentencia, ¿qué razón hay—preguntamos nosotros—para abandonar ese sentido tradicional en la interpretación de una reforma que, al decir de la exposición de motivos y de las mismas palabras del ministro que la presentó a las Cortes, se ha ensamblado en las tendencias tradicionales de nuestro Derecho.. ? (1).

(1) No podemos perder de vista que, por propia decisión del artículo 41, las demandas contradictorias del dominio inscrito, formuladas en juicio ordinario, en el interregno que va de la iniciación del procedimiento especial hasta su resolución, no interrumpen la sustanciación de este procedimiento. Así se deduce de las palabras del artículo que vamos a transcribir. Dicen así: «Cualquier otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, SIN PRODUCIR EL EFECTO DE SUSPENDER NI ENTORPECER EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE ESTE ARTICULO.» Es decir, que *a posteriori* de la iniciación del procedimiento ya no se puede enervar por demandas que se anoten, aunque en ellas se ejercite una acción contradictoria del dominio, si es que esta acción no se basa en una de las cuatro causas de oposición del artículo. ¿No es ello una prueba más de que carece de fundamento la tesis de que la anotación de la demanda imposibilita la iniciación del procedimiento?

VI. *Asientos caducados. No son operantes en este proceso* —Se solaza La Rica con cierta ironía en el pasaje de su réplica referente a este problema. Nos dice que nuestra tesis, que ya entró en terreno resbaladizo en lo que hace relación a la doble inmatriculación, aquí "positivamente resbala y viene a tierra". Nosotros recomendamos a nuestro contradictor un poco de paciencia antes de echar las campanas al vuelo. Sería conveniente que nos leyese, antes de proclamar su triunfo, que también nosotros, aunque insignificantes, por cierto, tenemos todavía algo que decir.

Por de pronto, no ha tenido más remedio que confesar que hay posibilidad de que algunas inscripciones caduquen. Claro es que a renglón seguido, hablando un poco "ex cátedra", nos dice que a las tales no les es aplicable el procedimiento del artículo 41. ¿Por qué?—volvemos a preguntar nosotros—. ¿Es que ha quedado arrinconado aquel principio jurídico vigente desde los romanos? *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*

Otra pregunta: ¿Dónde dice el artículo 41, ni las disposiciones reglamentarias que le interpretan, que a estas singulares inscripciones, mientras carezcan de la nota que acredite la publicación de edictos, no se les puede aplicar el proceso de dicho artículo?

Pero no es eso sólo. Es que hay anotaciones que son precursoras de una inscripción, que mientras subsisten al decir de la doctrina, de la exposición de motivos y de la propia jurisprudencia del Supremo, producen todos los efectos de la inscripción, y a las cuales se les debe aplicar dicho proceso.

Nosotros ya hemos defendido esta tesis ante los Tribunales y nuestra opinión fué aceptada por algún Juzgado. También lo hemos llevado a la Revista en un trabajo publicado en el número de noviembre de 1945.

En aquel trabajo resumíamos así nuestra argumentación: "Para nosotros siguen en pie los poderosos argumentos que se derivan de aquellas luminosas palabras de la exposición de motivos. "Las anotaciones preventivas, precursoras de la inscripción, hacen que ésta surta sus efectos desde la fecha que aquéllas llevan". la impecable doctrina establecida en la sentencia de 2 de marzo de 1910 que nos dijo. "Las anotaciones preventivas, que son precursoras de inscripción definitiva, producen los efectos de éstas y desde la fecha de la anotación misma". y la no menos acertada establecida en la sentencia de 9 de julio de

1897, en interpretación del artículo 70 de la Ley Hipotecaria, contenida en estas palabras: "Esta eventualidad no priva al dueño o poseedor de la finca *anotada* del ejercicio de sus *derechos*, interin no se realice."

Producen los mismos efectos que la inscripción, mientras subsisten. Todos los efectos—añadimos nosotros—, entre ellos, ese de poder actuar a su amparo en el proceso del artículo 41.

Y si es cierto que el que nosotros, tan poquita cosa, defendamos esta tesis, no tiene importancia, si la tiene el que otros comentaristas de mucha mayor altura también la defiendan.

Así, por ejemplo, el ilustre Díaz Moreno nos dijo: "Siendo la referida anotación preventiva un asiento intermedio entre el de presentación y la inscripción del respectivo título, tiene, mientras subsiste, *todo el valor que haya de tener la inscripción misma*."

Y el mejor hipotecarista de todos los tiempos, el insigne Roca Sastre, al hablar de las anotaciones por defectos subsanables, nos dice lo siguiente. "En el fondo, vienen a ser verdaderas *inscripciones*. Estas anotaciones, mientras subsisten, surten *los mismos efectos que producirían los asientos de inscripción*

Así podríamos seguir citando otros muchos autores, coincidentes, todos, en atribuir a estas anotaciones, mientras subsisten, todos los efectos de la inscripción de que son precursoras.

¿Cómo, pues, privarlas del efecto legitimador procesal contenido en el artículo 41?

Para ello, tanto los autores como la jurisprudencia, como la misma exposición de motivos, debieron expresarse en términos parecidos a estos: "Estas anotaciones, mientras subsisten, producen todos los efectos de la inscripción, menos el especial establecido en el artículo 41."

Y aunque va resultando muy largo este pasaje de nuestro trabajo, no renunciamos a cerrarle con el broche de oro de unas frases de Sanz, notabilísimo autor que, a sus excepcionales dotes de talento y ponderación, une la singular circunstancia de haber sido uno de los más preclaros redactores de la reforma de la Ley Hipotecaria.

Pues bien; este distinguido comentarista nos dice en la página 187 de sus comentarios, lo siguiente "La legitimación no se extiende: a) a las anotaciones preventivas, *salvo si representan la función de una inscripción provisional de Derechos reales como ocurre en las anotaciones por defectos subsanables* ".

¿No es acaso este proceso del artículo 41 una consecuencia de los efectos legitimadores del asiento?

Concluimos resumiendo: Como resulta indiscutible que las citadas anotaciones pueden estar caducas, y, por otra parte, no parece tan disparatado que se les pueda aplicar el procedimiento del artículo 41, suponemos que no se nos tachará de pretensiosos si no reputamos de tremendo resbalón nuestro aserto de que tienen contradicha su vigencia, a los efectos del tan repetido proceso, los asientos caducados aun no cancelados.

VII. Se extraña La Rica de que no hayamos recogido como posibles contradicciones de la vigencia del asiento una serie de anotaciones de demanda, tales como aquellas en que se pide la nulidad o cancelación de la inscripción a que se refiere el artículo 38, o aquellas otras reivindicatorias a que se refiere el número 1.º del artículo 42, o las de los que se crean con derecho a los bienes inmatriculados a que se refiere el párrafo final del artículo 298 del Reglamento, o, por fin, esa especie de anotación de demanda contenida en el artículo 313 del Reglamento.

Se extraña y al extrañarse olvida que, en nuestra tesis, ninguna anotación de demanda, absolutamente ninguna, mientras sea demanda y no se convierta en sentencia firme, presentada en el Diario, contradice la vigencia del asiento, pues ello, como ya hemos repetido muchas veces, sería tanto como darle efectos inmediatos, que nunca ha producido la anotación de demanda, destinada a inquietar al tercero y a poner en su conocimiento posibles efectos en el futuro.

Tampoco es cierta nuestra coincidencia con La Rica en cuanto al problema de la doble inmatriculación y el artículo 41. Es cierto que, en nuestra tesis, en casos de doble inmatriculación, a ninguna de las dos inscripciones se les puede aplicar el tan repetido proceso. Ambas inscripciones tienen contradicha su vigencia por otro asiento de igual rango y de los mismos efectos, hasta tanto que los Tribunales digan cuál de las dos debe subsistir. Y también en la tesis de La Rica sucede lo mismo; ahora bien, él llega a la misma solución por distinto camino: por el camino de la nota (anotación de demanda del artículo 313 del Reglamento).

Para él nace la contradicción de la anotación de la demanda; para nosotros, de la doble inscripción.

Por cierto que esa misma nota del artículo 313 del Reglamento es indicio seguro que indicará al Registrador la doble inmatriculación.

No nos explicamos, por tanto, que se pinte con tonos sombríos la labor ingente del Registrador, buscando con agobios por todas partes esa doble inscripción.

No, no; con esa nota a la vista, bien fácil le será encontrarla.

VIII. *La litis pendencia y el proceso del artículo 41.*—Alude La Rica a la litis pendencia posible entre el juicio declarativo, en virtud del cual se anotó la demanda, y el posterior proceso ejecutivo, entablado por el titular registral al amparo del artículo 41.

Es verdad que alude en tonó dubitativo, no afirmativo.

Nosotros, para tranquilizarle, le decimos: "tal problema ya se nos ha planteado en los Tribunales; y el Juzgador, abundando en nuestros argumentos, rechazó tal excepción.

Decíamos nosotros, impugnando tal excepción: "No puede prosperar la excepción de "litis pendencia" por estas dos principales razones: *a)* Porque la sentencia del proceso especial no produce excepción de cosa juzgada; y *b)* Porque las sentencias, entre sí, no pueden ser contradictorias.

Estas pobres razones nuestras fueron aceptadas por uno de los Juzgados de San Sebastián, y la excepción propuesta fué rechazada.

IX. *Competencia para la calificación de la contradicción.*—También rechaza La Rica nuestra tesis de que es el Registrador, y no el Juez, quien debe decidir si la vigencia de la inscripción está contradicha.

Elabora su construcción a base de lo que en general suelen hacer los Registradores prudentes que se encuentran, al certificar de una inscripción con que la afecta una anotación, una nota o algún otro título pendiente de despacho. Entonces—nos dice La Rica—el Registrador "deberá limitarse a certificar literalmente, sin prejuzgar si son o no obstativas del procedimiento. En realidad, el Registrador califica la vigencia; el Juez, la contradicción."

Tal vez eso sería lo más cómodo—decimos nosotros—, pero tenemos también que decir que el Registrador que tal haga no cumple con el mandato expreso que le impone el artículo 137 del Reglamento

No podemos perder de vista las expresivas palabras del párrafo 4.º de dicho artículo, que le imponen el deber de pronunciarse.

Dicen así: "Con este escrito se presentará certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite *expresamente* la vigencia, sin

contradicción alguna, del asiento que faculte al titular para incoar el procedimiento."

Y preguntamos nosotros: "¿Cómo puede acreditar *expresamente* (subrayamos esta palabra por su importancia en la determinación del sentido de la frase) la tal certificación la vigencia sin contradicción alguna del asiento, si el Registrador no nos lo dice?

¿Cómo entonces explicar la presencia en la frase de esa palabra *expresamente*?

Y nos extraña más que sea La Rica precisamente, uno de los más ilustres redactores del Reglamento, el que se olvide de esa palabrita tan expresiva, que remachó, en el sentido por nosotros defendido, la acusada tendencia, en pro de nuestra tesis, que ya se apreciaba en las palabras del artículo 41.

Y es que, si no se nos enfada, le diremos con un refrán de mi tierra: "Lo malo se pega." Y los que han hecho un poco de legislador se aficianan también un poco a seguir legislando. Hablan un poco en derecho constituyente y se olvidan del derecho constituido, terreno del que no nos podemos salir los pobres aficionados que cabalgamos por esferas más áridas y limitadas.

X. El *Summum jus summa injuria* es un principio del viejo Derecho, contenido en una frase bonita. Suena muy bien. Si se nos permite la frase diremos que es "un clavel jurídico olvidado en un vaso de porcelana de Sevres". Encierra, además, una verdad indiscutible. Ahora bien: ¿Se nos puede aplicar su dicterio?

Nuestro *Summum jus* se reduce a no aceptar sin discusión que se añada una quinta causa de oposición, a las cuatro que el legislador creó, en relación con el proceso del artículo 41, y si acaso, si acaso, a defender el sentido tradicional de nuestro Derecho, en relación con los efectos que produce la anotación de la demanda.

Eso es todo. Tal es nuestro *summum jus*. ¿Se nos tachará de despreocupados si no nos sentimos culpables de ninguna *summa injuria*?

Puede perder La Rica el miedo al *summum jus*. De pasada le aconsejamos que no se atormente con la visión de esos trágicos naufragios que presiente a cuenta de excesos de aplicación del artículo 41, pues todo lo que se realice por esos caminos es siempre provisional y tiene perfecto arreglo y reparación. Tema más el naufragio de la Ley, si con una demanda cualquiera, que consiga los privilegios de la

anotación. se consigue desarticular los efectos más espectaculares y brillantes de la inscripción, entre los cuales ninguno de tanta importancia y efectividad como este proceso ejecutivo hipotecario.

Por lo demás, es cierto que "hay amores que matan", pero no es menos cierto que también mata, y de una muerte mucho más dolorosa, "el desamor".

XI. Concluimos estableciendo las siguientes afirmaciones:

a) Ninguna de las anotaciones de demanda posibles contradice la vigencia de la inscripción, sino que se encamina a poner en conocimiento del tercero los efectos que en su caso producirá la sentencia.

b) La contradicción de la vigencia del asiento sólo la puede producir otro asiento contradictorio de igual rango, de los mismos efectos, siempre que se produzcan al mismo tiempo.

c) Es el Registrador, al extender la certificación, quien, por imperativo del artículo 137 del Reglamento, ha de decir *expresamente* si la vigencia del asiento está contradicha o no, prejuzgando la apertura del procedimiento sin que al Juez le sea lícito volver sobre tal problema

JOSÉ AZPIAZU RUIZ.

Registrador de la Propiedad

El instrumento público en los negocios jurídicos formales y en los negocios jurídicos consensuales

(DOS TEMAS DE OPOSICION)

INTRODUCCION NECESARIA

No es propio de una revista destinada al estudio de temas monográficos recoger cuestiones que vengan a ser "contestación" a temas de los programas oficiales. Por eso vacilé antes de decidirme a publicar estas cuartillas. Me decidí, al fin, a confiarlas a las hospitalarias páginas de REVISTA CRÍTICA, porque aunque no tengan un gran valor constructivo, pueden ser útiles a la sufrida clase de los opositores.

Los temas 23 y 24 de Legislación Notarial del Programa de Notarías vigentes, *comprimidos* en los temas 3 y 4 del de Registros, suscitan serias dudas a los opositores. Claro que estas dudas se acabarían con la lectura y resumen de los "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", magnífica conferencia pronunciada por Núñez Lagos en 1943 en la Academia Matritense del Notariado, consignada en los *Anales*, de la misma Academia, y de la que hay edición por separado. Al resumen de esta conferencia basta añadirle una *copita* de González Palomino, tema segundo, apartado IV, de la magnífica *bodega* de sus *Instituciones*. Luego, si se quiere que el "combinado" tenga más ingredientes, unas gotas de Sanahuja y hasta de mi *Introducción al Derecho notarial*.

Pero (siempre hay un *pero*!) es preciso *agitar* la mezcla, es decir, diluir y fundir las ideas para que el resultado tenga homogeneidad, sabor uniforme. Y el opositor no dispone de *tanto* tiempo para

dedicar a un tema de Notarial que, al fin y al cabo, es *materia especial*, tradicional eufemismo con que se quiere significar que se trata de una disciplina que hay que estudiar *para cubrir el expediente*.

Para colaborar con los estudiantes, para ahorrarles tiempo, hice la mezcla y la agité. Amablemente la va a servir REVISTA CRÍTICA: deseamos ella y el que esto escribe contribuir a que si se quiere *salir del paso*, se haga con un mínimo decoro científico.

1. INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FORMALES.

1. *Sentidos diversos de la forma del negocio jurídico*.—Toda declaración de voluntad exige una forma; y en este sentido todos los negocios jurídicos son formales. Pero una acepción más restringida se llama negocio formal a aquel en que se exige una forma determinada, ya para considerar existente el negocio mismo, ya para limitar—generalmente a efectos probatorios—la libertad de elección de forma, ya para producir efectos secundarios (por ejemplo, efectos en cuanto a terceros). Una tercera acepción, aún más estricta, aplica el concepto "negocio formal" solamente a aquel en que la forma determinada es esencial: sin ella, el acto se reputa inexistente. Sólo en estas condiciones, dice Ihering (1), se da la noción de *acto jurídico formal*: "El acto formal—dice—puede definirse así: acto en el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad encuentra su sanción en el acto mismo."

2. *Clases de forma*.—Este último significado no ha tenido aceptación por la doctrina posterior que mantuvo la tradicional dicotomía distinguiendo la forma *ad solemnitatem* (llamada también constitutiva) y la forma *ad probationem*. Con lo cual no se quiere significar que la primera carezca de fuerza probatoria, porque, como he dicho en otra ocasión (2), si la prueba puede ser ajena a la solemnidad, no hay solemnidad que no tenga un cierto valor probatorio. "Prueba y forma, dice Sanahuja (3), en cierto modo coinciden." Pero la coincidencia no se da siempre, conceptual e históricamente, de una manera absoluta. En confirmación con ello, González Palomí-

(1) *Espíritu del Der. romano*, III, 182, ed. esp.

(2) *Introducción al Der. notarial*, pág. 218.

(3) *Tratado*, I, pág. 97.

no (4), cita el caso de la *stipulatio* romana "inidónea para la prueba" y el supuesto del protocolo reconstruido.

Hoy se rechaza la clasificación bimembre y se hace un tanto ambiguo el término *forma constitutiva* o documento constitutivo, como más adelante se verá. Los trabajos de los procesalistas modernos, principalmente Degenkolb y Siegel en Alemania y Carnelutti en Italia, y la aportación hecha en España por Núñez Lagos sobre el valor del documento notarial, obligan a establecer las siguientes categorías de forma, todas con valor probatorio:

a) Forma obligatoria *ad solemnitatem* (acto formal en sentido menos lato) de expresión de un negocio primario, al que en la técnica precedente se llamó (y sigue llamándose por la mayoría) forma constitutiva por antonomasia.

b) Forma obligatoria como acto o negocio de cumplimiento (artículo 1.279 del Código civil).

c) Forma voluntaria *declarativa* o *recognoscitiva*, cuando el documento tiene la misión de fijación jurídica de que nos habla Núñez Lagos (5) de reconocimiento o confirmación del acto primigenio aformal.

d) Forma voluntaria *constitutiva* o *dispositiva*, que se produce en los casos de *renovatio contractus*: el acto aformal (por mejor decir, no documental) se renueva con *valor constitutivo* en su posterior versión formal.

e) Forma voluntaria *convenida* por las partes para un acuerdo o contrato posterior. La admisión de esta categoría no ofrece duda para la doctrina. Pero es preciso, afirma Lessona (6), que resulte *con toda claridad* que las partes han querido condicionar a la existencia de la forma pactada la existencia misma del contrato.

3. *La forma y el documento notarial.*—Para aplicarla a cualquiera de los miembros de la clasificación expuesta destaca la superioridad lógica de la forma pública en general y de la notarial en particular sobre la forma privada. La autenticidad no es la única razón de esa superioridad: tanto como ella pesa la competencia legal y técnica del funcionario que ejerce un acto jurisdiccional de *calificación* sobre todos los elementos personales, reales, causales y formales que

(4) *Instituciones de Der. not.*, I, pág. 11.

(5) *Estudios...*, pág. 28.

(6) *Teoría general de la prueba en Der. civ.*, ed esp., III, 179

integran el acto. Por eso, especialmente cuando la forma se impone por vía legal *ad solemnitatem*, como condición de la existencia del acto, que diría Ihering, suele preferirse la forma notarial. No es, sin embargo, forma única a veces se recurre a la intervención judicial, especialmente en los actos relativos al derecho de familia, como reconocimiento de hijos naturales, emancipación, celebración del matrimonio civil, o se admite la forma privada de lo que es ejemplo típico la letra de cambio.

4. *Negocios jurídicos formales en derecho español.*—Los negocios jurídicos con forma notarial *ad solemnitatem* no son en nuestro Derecho la regla general ni tampoco los comprendidos en el artículo 1.280: a éstos se les aplica el artículo 1.279, cuyo estudio, desde el punto de vista del instrumento público, se hará más adelante. Los casos—comúnmente aceptados por la doctrina—en que es necesario documento público generalmente notarial, son:

El reconocimiento de hijo natural (art. 131 del Código civil).

La adopción (art. 179).

La emancipación (art. 316).

Las capitulaciones matrimoniales (art. 1.321).

La donación de inmuebles (art. 633).

El testamento común abierto o cerrado (arts. 694 y 707).

El censo enfiteútico (art. 1.628).

La sociedad civil a que se aporten bienes inmuebles (art. 1.667).

La hipoteca (arts. 1.875 del Código civil y 145 de la Ley Hipotecaria).

El compromiso en árbitros (art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento civil) y la amigable composición (art. 828 ídem).

La sociedad mercantil (art. 119 del Código de Comercio), aunque con relación a este contrato y al valor de la forma en el mismo el Tribunal Supremo ha distinguido entre partes y terceros, admitiendo así las llamadas *sociedades irregulares*.

II. EL PRINCIPIO "FORMA DAT ESSE REI".

En todos los actos que se acaba de enumerar, con excepción del caso de la sociedad mercantil, la falta de forma produce la inexistencia del acto. Los pactos preliminares tendrán la consideración de un acto preparatorio o de un precontrato. Será generalmente obligatoria, como

dimana del *pacto de contrahendo*, la conclusión futura del negocio principal; mas éste no existe hasta que se haya cumplido el requisito de la forma impuesto *ad substantiam*. La inexistencia del acto en que no se ha cumplido el requisito de la forma impuesto con ese carácter se formula en el brocardo tradicional *forma dat esse rei*: la forma da el ser a la cosa.

En el Derecho romano, para los contratos formales, las consecuencias del *forma dat esse rei* eran inflexibles: los convenios preliminares a la forma, si estaban faltos de la formalidad exigida, se consideraban afectados de una inexistencia jurídica total. Las formas residuales que subsistieron en toda la evolución del Derecho romano no son—dice Jörs-Kunkel (7)—“una creación artificial del legislador; no es algo que se injerta en el negocio, sino expresión necesaria del negocio mismo. En un estudio de éstos no es posible un obrar jurídico de otra manera que mediante formas”.

En este sentido no ha pasado la regla al derecho patrio arraigadamente vinculado al consensualismo contractual que, recogiendo la tradición indígena y el espíritu del Derecho canónico, proclamó el Ordenamiento de Alcalá y que ha tenido su reflejo en el artículo 1.279 de nuestro Código. Si la Ley exige escritura pública, las partes podrán compelerse recíprocamente para el cumplimiento de esa obligación legal siempre que el contrato tenga las condiciones esenciales de validez del artículo 1.261 (consentimiento, objeto y causa). Lo mismo habría que decir si la forma notarial de un convenio posterior o futuro ha sido impuesta por voluntad de las partes en un contrato preparatorio o preliminar.

Pero todavía se conserva la eficacia del aforismo cuando se trata no de actos formales con forma *ad meram probationem* del artículo 1.280 del Código, sino de aquellos otros en que la forma es sustancial o constitutiva para la existencia del negocio. En tales casos la doctrina sostiene unánimemente, apoyada y respaldada por el criterio de nuestro Tribunal Supremo, que el negocio que carece de la forma adecuada es inexistente. Aun así será preciso distinguir entre negocios principales, en los que se haya cumplido el requisito de forma, y negocios preparatorios—pactos de *contrahendo*, precontratos—de un negocio formal solemne. Si a estos actos preliminares se exigiera tam-

(7). *Dir. priv romano*, ed. esp., pág. 129.

bién la forma como requisito esencial, perdería gran interés y eficacia práctica la figura del precontrato.

III. LA UNIDAD DE ACTO.

1 *Concepto y evolución.*—Si el otorgamiento y la autorización del documento notarial fueran un hecho simple no cabría hablar de unidad de acto, pues la cosa indivisible y no susceptible de producirse sucesivamente no admite ninguna solución de continuidad. Se produce o no se produce, pero no puede interrumpirse.

Pero, dejando ahora aparte la cuestión de si otorgamiento y autorización son una sola y misma cosa o bien son dos momentos diferentes en el proceso de elaboración de la escritura, parece indudable que el otorgamiento de una escritura está integrado por varios hechos sucesivos, aunque el artículo 1.218 del Código civil hable de "el hecho de otorgamiento". "Lo mismo da, dice Núñez Lagos (8), que se diga que el otorgamiento contiene un hecho o que contiene varios. Porque si es un hecho único—sistema de la unidad de acto—habrá que reconocer que es un hecho complejo", compuesto de varios hechos simples, sucesivos o continuados.

La unidad de acto se ha reservado históricamente para las formas más solemnes. Así nace en el Derecho romano como consecuencia del carácter público que tuvieron las primitivas formas de testar y, principalmente, dice Castán, el testamento *in calatis comitiis*. Comprendía la unidad de asunto, de tiempo y de lugar; se aplicaba solamente al testamento. En España se acogió a través del Derecho de Partidas que, según la Jurisprudencia, fué derogado en este extremo por el Ordenamiento de Alcalá. El Código francés se limitó a exigir la unidad de acto en el testamento cerrado o *místico* (art. 976), y el italiano siguió sus huellas, pues tampoco para el abierto hace falta y, en cambio, se requiere en el llamado testamento *segreto* (art. 783). El español se separó de sus modelos, y volviendo al puro criterio romano, impone la unidad de acto (art. 699) también para el testamento abierto.

En las escrituras relativas a actos inter vivos, la Ley del Notariado no exigió la unidad de acto, aunque de su contexto, dice Fer-

(8) *Estudios*, pág. 66.

nández Casado (9), parece desprenderse la necesidad de ella. Sin embargo, no se encuentra referencia a la unidad de acto en el *Diccionario*, de José Gonzalo de las Casas. Lo cierto es que, a partir del Reglamento de 30 de diciembre de 1862, la unidad de acto ha venido considerándose como requisito de la escritura hasta que fué atenuado, ya que no totalmente suprimido, por el Reglamento de 1944. El de 1935 dispuso en su artículo 197 que no sería necesaria la unidad de acto en las actas notariales, de donde podía inferirse que, a pesar de no exigirse expresamente, subsistía este requisito para las escrituras. El Reglamento vigente conserva el precepto contenido en el artículo 197, pero quebranta fuertemente el sistema de unidad de acto en las escrituras al admitir los otorgamientos sucesivos (art. 178) siempre que "la Ley no exigiera expresamente el requisito de la unidad de acto".

2. *Cuándo empieza y cuándo acaba.*—Equivale a preguntar qué hechos simples, dentro del complejo hecho del otorgamiento, han de realizarse sin solución de continuidad.

Según relata Fernández Casado (10), la Academia Matritense del Notariado puso a discusión este punto en relación con el testamento abierto y aprobó por unanimidad la siguiente conclusión: "La unidad de acto que exige el artículo 699 del Código civil consiste en que en un solo acto, y sin más interrupción que la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, estando presente el testador, el Notario y los testigos, se verifiquen la lectura del testamento en alta voz, la expresión de la voluntad del testador, mediante su conformidad con el documento leído, la firma por el repetido testador, si sabe y puede, y por los testigos."

Un ruidoso pleito llevó al Supremo esta cuestión. Y la Sentencia de 5 de junio de 1894, que le puso fin, casó la Sentencia de la Audiencia y aceptó, casi literalmente, la conclusión de la Academia. En realidad venía a aplicarse a la unidad de acto en el testamento abierto el mismo sentido que para la escritura en general había aceptado el artículo 72 del Reglamento Notarial de 9 de noviembre de 1874: "La presencia de los testigos, así instrumentales como de conocimiento en su caso, se requiere solamente para la lectura, consentimiento y firma de la escritura matriz, que tendrá lugar *en un solo acto*."

(9) *Tratado de Notaría*, I, pág. 503.

(10) *Tratado de Notaría*, I, pág. 504.

El mismo criterio sustenta Sanahuja (11), que afirma que la unidad de acto está constituida por la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos: presencia del Notario, presencia de los otorgantes, fe de conocimiento, presencia de los testigos (cuando sea precisa su concurrencia, después de la Ley de 1.º de abril de 1939), lectura del instrumento, otorgamiento y firma.

3. *Crítica*.—Es evidente que la unidad de acto añade una cierta garantía a la intervención notarial, pero esta garantía es innecesaria. Inútil además, caso de mala fe del Notario que, decidido a falsear lo más, no dudaría en imaginar una supuesta unidad. Doctrinalmente carece de justificación el requisito de la unidad de acto, especialmente en los negocios bilaterales. Refiriéndose al documento privado niega Lessona (12) que sea necesaria la simultaneidad de las firmas, y no hay razón para no aplicar el mismo criterio al documento notarial. Por eso merece elogios la autorización que el vigente Reglamento ha establecido para otorgamientos sucesivos, primer paso hacia la supresión del requisito de la unidad de acto.

IV. EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONSENSUALES.

1. *Diferencias con los negocios formales*.—Cuando las leyes establecen una forma especial del negocio para que éste se considere jurídicamente existente, estamos frente a un típico negocio formal con forma esencial *ad solemnitatem* o con forma constitutiva. Los negocios de este grupo han sido estudiados en los apartados I y II. No siendo precisa una forma especial para la existencia del acto, el negocio será o bien *real* (que se perfecciona por la entrega de la cosa o realización inmediata de la prestación) o bien *consensual*, si se produce su eficacia jurídica por la mera concurrencia de la declaración de voluntad del interesado o del consentimiento de las partes, según se trate de negocio unilateral o bilateral.

Los negocios reales y consensuales no necesitan, en principio, ningún requisito de forma documental; son válidos una vez que concurren el consentimiento, el objeto, la causa y, en su caso, la entrega de la cosa. El obligado por esta clase de contratos puede ser compelido

(11) *Tratado*, I, pág. 438.

(12) *Ob. cit.*, III, págs. 126-127.

de modo forzoso a la realización del *dare* o del *facere* prometido una vez que se pruebe que la obligación se contrajo. Hay aquí una diferencia fundamental con los negocios formales de forma solemne que se manifiesta con especial relieve en caso de incumplimiento. Cuando voluntariamente se cumple lo prometido, el contrato, formal o aformal, surte sus efectos y las traslaciones patrimoniales consiguientes quedan firmes y no pueden ser afectadas ni revocadas so pretexto de falta de forma en el negocio que originó las prestaciones cumplidas. Caso de cumplimiento voluntario *bona fidei* no existe diferencia. Esta destaca en caso de cumplimiento forzoso o involuntario: el obligado en un contrato para el que se requiere forma solemne puede excusarse de cumplir alegando la inexistencia por defecto de forma; el obligado en un contrato consensual, para excusar el cumplimiento, tiene que negar la existencia del acuerdo o destruir las pruebas de su existencia que, *de contrario*, se hayan equivocado. Solamente tendrá que cumplir *cuando se pruebe* que existió el negocio.

2. *Ventajas de la escritura en los contratos consensuales.*—La posibilidad de tener que recurrir al cumplimiento forzoso justifica el interés que para los contratantes tiene solemnizar aquellos actos en que la forma no es requisito que afecte a su existencia: una forma auténtica facilitará la realización de los efectos cuando el obligado se resista a cumplir.

Por ello hay casos en que las leyes, para facilitar la prueba, imponen una forma determinada, generalmente pública y notarial, aunque este requisito no tenga valor sustancial o constitutivo. Pero no es solamente por razones probatorias por lo que se imponen estas formas no sustanciales; puede perseguirse también (13) "asegurar la publicidad de ciertas relaciones jurídicas (como en el derecho registral o inmobiliario), aumentar la capacidad circulatoria de ciertos derechos de crédito (tal es el caso de los valores) o, finalmente, excluir defectos psicológicos en ciertos negocios cuya celebración impremeditada puede llevar anexas consecuencias especialmente perjudiciales para el contratante (fianza, compra de inmuebles, promesa de donación)". Aunque pueda considerarse comprendida en la genérica expresión de "publicidad", la forma se impone también, en muchas ocasiones, para que el contenido del negocio pueda afectar a terceros; así en nuestro

(13) Sörs-Kunkel: Ob. cit., pág. 129.

derecho la prenda, contrato real (art. 1.863 del Código civil), se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor; pero no surtirá efecto contra tercero "si no consta por instrumento público" la certeza de su fecha (art. 1.865).

A estas varias razones responden los actos formales a que se refiere el artículo 1.280 del Código civil, compraventa de inmuebles, constitución y modificación de derechos reales sobre inmuebles, arrendamientos en las condiciones que el texto fija, capitulaciones matrimoniales y dotes, cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios y de la sociedad conyugal, poderes en general y cesión de derechos y acciones procedentes de un acto consignado en escritura pública. Tal como el Supremo ha interpretado este artículo, ninguno de los casos en él comprendidos, salvo el de la capitulación matrimonial, es de forma *ad solemnitatem*.

3. *Clases de instrumentos en relación con los contratos consensuales.*—De lo expuesto se infiere que en los contratos consensuales se puede distinguir dos categorías en relación con la forma:

a) *Rigurosamente consensuales.* En ellos la forma no es exigida por la Ley, y si se consigna en escritura pública, ésta es total y absolutamente potestativa.

b) *Simplemente consensuales.* La forma es obligatoria, pero no es constitutiva.

¿Cuáles son los efectos de la forma en ambos casos? La respuesta a este interrogante supone dividir la cuestión en dos apartados:

1.º La escritura se otorga voluntariamente, sea o no exigida como requisito *ad probationem*, o como necesario para producir algún efecto en relación a terceras personas. Surge entonces lo que la técnica más reciente llama escrituras *constitutivas*.

2.º La escritura se otorga por exigencia judicial accediendo a la demanda de una de las partes (aplicación del art. 1.279).

V. ESCRITURAS CONSTITUTIVAS.

Si la escritura se otorga con carácter potestativo o en cumplimiento del deber de guardar una determinada forma, pero sin que preceda coacción judicial, la doctrina procesal moderna se plantea el problema de cuál será el valor del instrumento en relación con el pacto primigenio, verbal o escrito.

Para Degenkolb (14) existe en estos casos una *renovatio contractus* integral, en la que se produce la fusión de los materiales del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimiento que refunde las declaraciones de voluntad. Si el acuerdo es meramente *reproductivo* o si es novatario o *constitutivo*, es una *quaestio facti*, cuya apreciación depende, en definitiva, de la voluntad de las partes.

Carnelutti (15) resuelve el problema recurriendo a la conocida distinción entre documentos dispositivos (*Dispositivurkunden* en la técnica germana) y documentos testimoniales (*Zeugnissurkunden*) o, en otros términos, entre *declaración de voluntad* y *declaración de verdad*. Puede ser lo uno o lo otro. Si son las partes las que han redactado el segundo documento, tiene idéntico contenido que el primero y equivale a adopción de una nueva forma, salvo que está clara la intención de modificar el contenido. En cambio, si interviene Notario, no pudiendo distinguirse cronológicamente entre consentimiento y documentación, el documento tiene carácter *dispositivo* (16).

Por su parte, Siegel arranca de la distinción ya establecida desde Stampe entre *negocio causal* (*Grundgeschäft*) y *negocio de ayuda* (*Hillsgeschäft* o *Vertellungsvertrag*) o de fijación jurídica—según Núñez Lagos—, el primero de los cuales constituye el acuerdo primario; el segundo es un subrogado del cumplimiento. Si se modifican las estipulaciones del contrato causal, sostiene este autor—lo que es muy discutible—que el acto posterior carece de causa, y en consecuencia podrá ser detenido en sus efectos ejercitando una *condictio*.

En la doctrina española, Núñez Lagos se inclina a considerar el documento notarial, en estos casos, como una *renovatio contractus*, que da a la escritura carácter dispositivo o constitutivo. Así parece deducirse de los artículos 1.218 y 1.219: de este último resulta la clara preferencia del documento posterior sobre el anterior, aunque la prescripción legal se refiere a escrituras de diferentes fechas. Si entre dos escrituras prevalece la posterior, con mayor razón debe prevalecer la escritura notarial sobre el documento privado anterior.

En resumen, la escritura tendrá valor constitutivo en los contratos consensuales documentados que previamente se hubieren concluido de manera a formal.

(14) Vide N. Lagos, *Estudios*, págs. 16 y sigs.

(15) *Documento e negozio giuridico*, págs. 21 y sigs

(16) Vide mi *Intr. al Der. notarial*, págs. 241 y 242.

a) Cuando la segunda declaración se hace de *modo* diferente o con *diversa eficacia*.

b) Cuando la segunda declaración hace una mutación en el estado jurídico preexistente; y

c) Cuando la finalidad de las partes sea la fijación declarativa de su recíproca situación.

Estas tres categorías de documentos constitutivos admitidas por Carnelutti son innecesarias a juicio de Núñez Lagos; basta con la tercera (17), pues toda escritura, dice, contiene siempre esta fijación declarativa. Y esta tesis del autor español aparece ya recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1944.

Si se admite, pues, por la doctrina esta nueva categoría de escrituras constitutivas o dispositivas podrán ser definidas como aquellas que dan forma pública a negocios en que tal requisito no es necesario, o en que siéndolo, la escritura notarial modifica el contenido o el alcance de un acuerdo primigenio (18).

VI. EL ARTÍCULO 1.279.

El segundo supuesto que queda por examinar se refiere a que la escritura sea otorgada de modo imperativo en virtud del ejercicio de la pretensión de una de las partes al amparo del artículo 1.279 del Código civil que permite a los contratantes "compelerse recíprocamente a llenar aquella forma (el otorgamiento de la escritura u otra forma especial) desde que hubiesen intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

El otorgamiento de la escritura es cumplimiento de una obligación de hacer impuesta por la Ley o por un acuerdo preliminar obligatorio, pues ya se ha dicho que este pacto es perfectamente válido y eficaz. Las obligaciones de hacer se sustituyen, caso de incumplimiento, por la indemnización de daños y perjuicios; pero el principio *nemo potest praecise cogi ad factum* quiebra aquí aunque sea de ma-

(17) *Estudios*, pág. 24.

(18) El documento notarial—dice Plaza en su conferencia sobre «Errores de hecho y de derecho en casación», en *Anales de la As. Matr. del Notariado*, año I, pág. 587—contiene frecuentemente una *decisión de voluntad* que tiene triple eficacia: la *declarativa* (es decir, la revelación *ad extra* del concierto de voluntades), la *constitutiva* (fijación de una situación negocial a ulteriores efectos) y la *ejecutiva* (posibilidad de hacerla valer, por la fuerza del documento en que la voluntad se hizo constar).

nera indirecta, pues nuestra Jurisprudencia tiene declarado que puede pedirse y deberá cumplirse lo convenido aun antes de que se exija el otorgamiento de escritura y que puede ejercitarse simultáneamente la acción para el otorgamiento de escritura y la acción para el cumplimiento del contrato.

Cumplida esta obligación por mandato judicial, se plantea el mismo problema, ya examinado, sobre el valor constitutivo o novatorio del instrumento público, y si se admite la posición indicada de Núñez Lagos, la escritura que se otorgue será siempre dispositiva o constitutiva, salvo que se trate de meros reconocimientos a los que se refiere el artículo 1.224 del Código. El acuerdo primigenio o primario operará como causa del acuerdo escriturario.

VII. LA ELEVACIÓN A PÚBLICOS DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y LA PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS.

1. *El documento privado se eleva a público.*—Todos los supuestos hasta aquí examinados de otorgamiento de escritura se refieren a la "elevación" a públicos de contratos realizados en forma privada. Si en lugar de atender al contenido (contrato) se atiende al continente (documento) el mismo fenómeno de transformación se produce y con idénticas consecuencias cuando el documento privado se transforma en público. Los mismos problemas sobre el valor novatorio o constitutivo habrán de ser examinados, lo que se reputaría repetición innecesaria.

Baste, pues, añadir que esta transformación o elevación a documento público requiere el otorgamiento de una nueva escritura, es decir, la prestación del consentimiento de los interesados, según el artículo 193 del Reglamento Notarial (párrafo segundo), texto en el que Núñez Lagos ve confirmada su tesis del valor dispositivo de la escritura con la salvedad apuntada de que haya de aplicarse el artículo 1.224 del Código, según el cual "las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados si por exceso u omisión se apartaren de él a menos que conste expresamente la novación del primero".

2. *Protocolización de documento privado*—Cosa distinta es la protocolización del documento privado. Está clara y expresamente

admitida en los artículos 211 y siguientes del Reglamento Notarial que permiten su incorporación a un protocolo notarial en forma de acta.

Este carácter de acta que se atribuye a la protocolización del documento privado es el punto de partida de todas las diferencias con la elevación a públicos de documentos privados. Aquella no es una escritura y en consecuencia,

a) Por ser acta no hay en ella prestación de consentimiento (otorgamiento).

b) Por no ser escritura, la protocolización de un documento privado no debe considerarse bastante para dar por cumplida la obligación de hacer escritura impuesta por el artículo 1.279.

c) Por idéntica razón no se plantea problema alguno respecto al valor novatorio o constitutivo del acta de protocolización.

d) Tampoco tiene valor constitutivo la protocolización de expedientes judiciales cuyos resultados se producen por el carácter público de estos expedientes. El acta notarial, en estos casos, es *formalidad complementaria*, imperativa, pero no dispositiva o constitutiva en sus efectos, cuya finalidad genérica es la conservación a efectos de tráfico jurídico y de expedición de copias del expediente de que se trate.

e) Finalmente, el documento privado que se incorpora al protocolo no pierde por ello su carácter de forma privada documental ni se convierte en instrumento público. Con acierto señala este aspecto el Reglamento cuando dice en el artículo 215 que la protocolización se efectuará "sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código civil" (certeza de la fecha de un documento privado).

E. GIMÉNEZ-ARNAU.

Registrador de la Propiedad

¿Es constitutiva la inscripción en el Derecho real de hipoteca?

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES REFERENTES A LA PRENDA E HIPOTECA

Seremos muy breves en su exposición, por ser materia muy conocida para los lectores de esta Revista.

En el Derecho romano primitivo la obligación sólo nacía de la *mancipatio* y había que recurrir a sus formalidades para garantizar una obligación, vendiendo la cosa dada en garantía al acreedor (fiducia). Por influencia del Derecho de gentes se admitió que las obligaciones pudieran nacer del solo consentimiento, en los cuatro contratos de más frecuente uso (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato). Y, finalmente, en los contratos en que había que entregar una cosa, se prescindió de la *mancipatio* y bastó la entrega, con lo que nacieron los contratos reales, entre ellos, la prenda. La hipoteca surge posteriormente, por influencia del Derecho griego y se configura como un contrato de prenda, con la única y sustancial diferencia de que el objeto dado en hipoteca continúa en poder del deudor, por lo que es un contrato consensual y no real como la prenda. Y así tenemos los tres contratos de garantía real del Derecho romano: fiducia, prenda e hipoteca. En el primero, se transmite el dominio de la cosa al acreedor y es un contrato formal; en el segundo sólo se transmite al acreedor la posesión y es un contrato real, y en el tercero no se transmite al acreedor ni el dominio ni la posesión y es un contrato consensual.

En nuestra Patria, que inicialmente usó la denominación de peño o empeño, lo mismo para la prenda que para la hipoteca, se siguió prácticamente el sistema romano de la hipoteca, contrato consensual y clandestino, hasta la Pragmática-sanción de 31 de enero de 1768.

que creó los Oficios o Contadurías de Hipotecas, y que sancionó a los documentos de hipoteca y otros gravámenes, de que no se hubiera tomado razón en dichos Oficios o Contadurías, con no hacer fe en juicio ni fuera de él.

La Ley Hipotecaria de 1861 limitó el efecto de la inscripción de hipoteca, lo mismo que de los demás Derechos reales, a sus relaciones con tercero, produciendo el contrato plenos efectos entre las partes, pero sin perjudicar a tercero hasta su inscripción en el Registro

El artículo 1.875 del Código civil estableció que para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. La poca fortuna de su redacción salta a la vista. La reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 recogió este precepto del Código civil, y, con más fortuna en su redacción, dijo que para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere que se hayan constituido en escritura pública y que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. El mismo precepto recoge el artículo 159 de la Ley en cuanto a las hipotecas legales, si bien con el mismo defecto de redacción que el Código civil. Estos mismos preceptos son recogidos en la nueva Ley Hipotecaria, pero corrigiendo el defecto de redacción del artículo 159.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Fué opinión unánime de los comentaristas desde la publicación del Código civil, fundada en el precepto citado, que el derecho real de hipoteca no existe hasta la inscripción en el Registro o, usando la técnica moderna, que en el derecho de hipoteca la inscripción es constitutiva. Así, por ejemplo, Clemente de Diego, hablando de la publicidad de la hipoteca, dice: "La publicidad puede entenderse en un doble sentido, que son grados de la misma idea: en el sentido de que la hipoteca no inscrita (no publicada, por ende) no valga ni aun entre los interesados, o en el que, no inscrita, no valga para terceros, aunque sí entre los interesados. Este último grado era el seguido por la Ley Hipotecaria antigua. El primero es el que sigue el Código civil y la nueva Ley Hipotecaria."

Esta opinión ha sido contradicha por Angel Sanz y Núñez Lagos, a quienes siguen Rafael Ramos Folqués y también al parecer Gi-

nés Cánovas. Por lo contrario, Ramón de la Rica mantiene la opinión tradicional.

Angel Sanz expone así su opinión: "Para el derecho real de hipoteca no cabe tradición, pues la posesión es totalmente ajena a él. Por eso nuestro Código civil la sustituye por la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es necesaria para que el derecho real de hipoteca tenga eficacia. Mas esto no quiere decir que con ello la fuerza constitutiva del título quede desplazada a la inscripción y ésta adquiera en este caso carácter constitutivo, como se afirma sin excepción por la doctrina española." "Si tratásemos—añade—de determinar los requisitos esenciales para la constitución y eficacia *ergu omnes* de una hipoteca, habríamos de decir que en nuestro Derecho son tres: 1.º, título o contrato constitutivo del derecho real; 2.º, forma pública civil del contrato: escritura pública; 3.º, forma pública registral o hipotecaria: la inscripción. Estos elementos formales de la hipoteca actúan de diversa manera: la omisión de la escritura provoca la inexistencia (en una nota añade que eso según la opinión dominante, pero que sería muy discutible la aplicabilidad del artículo 1.279 a los casos en que el Código exige una forma especial); la falta de inscripción *suspende la eficacia*. A esta concepción responde con una terminología exacta el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, según el cual, para que la Hipoteca quede *válidamente establecida*, es necesario que se haya *constituído en escritura pública* y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad." Y en una nota añade: "Igualmente el artículo 129 y siguientes que al recoger uno de los efectos más característicos de la hipoteca, el procedimiento judicial sumario, lo atribuye, no a la inscripción en sí misma, sino el *Título inscrito*. En realidad, la inscripción en la hipoteca desempeña un papel análogo al desplazamiento de posesión en la prenda." Continúa haciendo el paralelo entre la prenda y la hipoteca, y termina: "Los requisitos formales para que la prenda o la hipoteca queden constituidas con plena eficacia son paralelos: contrato, escritura pública y desplazamiento o inscripción."

En sus *Instituciones de Derecho Inmobiliario* (libro meritísimo y digno de un cuidadoso estudio) mantiene la misma opinión, si bien se remite a otro tomo, no publicado aún.

Núñez Lagos, en su trabajo "Realidad y Registro", sostiene la misma opinión, y dice: "La inscripción es únicamente modo de ad-

quirir en las adquisiciones *a non domino*, convalidadas por la fides pública en beneficio del tercero del artículo 34 de la Ley. El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales y no al *principio de inscripción*. "No hay diferencia—añade—, una vez inscritos los respectivos títulos, entre la eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real, porque la eficacia se deriva en ambos supuestos del título inscrito a través del asiento, pero no directamente del asiento."

Ramos Folqués, en una serie de artículos muy bien documentados que está publicando en esta misma Revista, defiende el mismo criterio.

Ramón de la Rica, en una conferencia dada en el Colegio Notarial de Valencia, sostuvo la opinión contraria, pero no tenemos de esa conferencia otra referencia que la dada en esta Revista por Cánovas por no haber sido publicada aún. La referencia de Cánovas es: "Dice que así lo declaran—que la inscripción crea o hace nacer el derecho real de hipoteca—El Código civil y la Ley Hipotecaria, y unánimemente lo reconoció siempre la doctrina. Por ello, contra la nueva tendencia de que la inscripción de hipoteca no es constitutiva, sino solamente un requisito necesario *ad solemnitatem* para su eficacia, estima que, en tanto no se inscriba, el derecho real no se ve por parte alguna. Ni surgen las acciones reales, sino solamente la personal ejecutiva, ni el acreedor puede oponer su derecho a un propietario posterior de la finca hipotecada, ni siquiera gozar de preferencia sobre otro acreedor posterior que haya inscrito su derecho."

Cánovas, comentando esa conferencia, se inclina a la opinión de Sanz y Núñez Lagos, aunque confesando su incertidumbre y vacilación.

CONCEPTO DEL DERECHO REAL DE PRENDA

Sánchez Román define el derecho real de prenda de la siguiente forma: "Un derecho real constituido, para garantía de una obligación en una cosa ajena que entra en posesión del acreedor o de un tercero y por virtud del cual el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa empeñada para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantida."

Una buena definición de un concepto cualquiera debe reunir todas las notas o caracteres esenciales del objeto definido. Pero si lo definido es una cosa específica, basta expresar el género a que pertenece y la nota esencial que la diferencia de las otras especies del mismo género.

Examinemos por partes la definición de Sánchez Román. "Un derecho real constituido en una cosa ajena", nota o carácter del género a que pertenece. "Para garantía de una obligación, y por virtud del cual el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa —empeñada—, para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantida", nota o carácter común a todos los derechos reales de garantía y que los diferencia de los demás derechos reales sobre cosa ajena. Finalmente, "que entra en posesión del acreedor o de un tercero", nota ésta que la diferencia de la hipoteca. (Prescindimos de la anticresis por no interesar especialmente a nuestro estudio.) Con todas estas notas esenciales del derecho real de prenda la definición es perfecta

LA SEGURIDAD EN EL COBRO PREFERENTE SOBRE EL VALOR DE LA COSA, NOTA ESENCIAL DE LA PRENDA E HIPOTECA

Casi no parece necesario el que insistiésemos sobre la materia de este epígrafe; pero, siendo el fundamento de toda nuestra argumentación, estimamos conveniente reforzar nuestra opinión con la de los más autorizados civilistas.

Clemente de Diego dice: "Garantía es sinónimo de seguridad, y esto es lo que interesa al acreedor o sujeto activo de una obligación: que se asegure el cumplimiento para que no sea ilusorio el derecho de aquél. Prenda o seguridad de cumplimiento de una obligación son: la honradez o probidad del deudor, la posesión de bienes materiales (solvencia del deudor), el compromiso adquirido por un tercero (fiador) de pagar cuando el deudor principal no pague; mas como se fundan en cualidades personales de honradez y riqueza, aunque dan seguridad, no son más que garantías personales, y en este respecto incompletas, porque su eficacia puede desaparecer y desaparece cuando cambian, como pueden cambiar, aquellas condiciones personales. De aquí que se buscase una garantía más fuerte, que se encontró en la especial afección de cosas o valores al cumplimiento de una obligación, por

cuya afección no pueden ser llamadas a cubrir preferentemente otras atenciones. Con la garantía personal la suma que se presta es confiada a la persona y se recupera cuando el deudor quiere o puede se corre el riesgo de la insolvencia y mala fe del deudor. Con la garantía real la cosa prestada se confía a la cosa misma, contra la cual, y en manos de quien se encuentre, se hará efectiva en su día, evitando aquellos riesgos. Por eso de antiguo se ha dicho: *Plus est cautionis in re quam in persona.*"

El mismo Clemente de Diego añade. "La circunstancia de consistir la prenda en sustraer del patrimonio del deudor una cosa mueble, consignándola al acreedor en garantía especial de su deuda, y con preferencia a los demás acreedores, constituye el fundamento de la relación jurídica que corre entre el acreedor pignoraticio y los demás acreedores del deudor: éstos deben respetar aquella preferencia."

Para Sánchez Román "la idea madre que los engendra y el principio cardinal que los da propia y sustantiva existencia" a los derechos reales de prenda e hipoteca es la "garantía real aquella seguridad que nos da, para la ejecución de lo pactado, la especial afección de valores que, teniendo propia existencia, no pueden ser llamados a cubrir preferentemente otras distintas responsabilidades".

Manresa, comentando el artículo 1.876 del Código civil, dice: "No hace el Código más que rendir justo y debido culto a lo que era y sigue siendo un axioma jurídico indiscutible derivado de la propia naturaleza de la hipoteca, pues, si así no fuera, no tendría ésta verdadero carácter de derecho real." Y el mismo Manresa añade: "Si la cosa dada en prenda pudiera ser aplicada a otras obligaciones preferentes al crédito a que sirve de garantía, desde ese momento, y por el solo hecho de esa aplicación, perdería el contrato de prenda la garantía que constituye su especial naturaleza."

Valverde dice: "Las garantías reales son necesarias para la efectividad de las obligaciones, pues se requiere, además de la garantía personal, que el derecho autorice determinadas instituciones encaminadas a dar seguridad absoluta para el cumplimiento de lo pactado, quedando afectos a la ejecución de tales obligaciones determinados bienes que no pueden cubrir otras responsabilidades, sino subsidiariamente, que aquellas para que fueron gravados." Y añade: "El acreedor con derecho de garantía, bien de prenda, bien de hipoteca, ha de tener la facultad de poder instar la venta de las cosas y tener un de-

recho de prelación respecto al precio de ellas." Y es que de nada le serviría el derecho de instar la venta si no tuviera el derecho de prelación en el cobro sobre el precio de la misma

EL DERECHO REAL DE HIPOTECA NACE CON LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

Por consiguiente es nota común y esencial a la prenda y a la hipoteca el que *garanticen* una obligación, garantía que consiste en poder proceder a la venta de la cosa y hacerse pago con su importe con preferencia a cualquier otro acreedor. Es esencial al concepto de prenda e hipoteca el poder cobrar sobre el precio de la cosa con preferencia a cualquier otro acreedor, pues, si no hay esa preferencia en el cobro, no hay garantía posible. Y mientras el acreedor no tenga esa garantía de la preferencia en el cobro sobre el valor de la cosa, ni hay derecho real de prenda, ni hay derecho real de hipoteca. Entre tanto habrá otro contrato obligacional, pero no un derecho real. Esa garantía de la preferencia en el cobro sobre el valor de la cosa no existe hasta la entrega de la cosa en la prenda y hasta la inscripción en el Registro en la hipoteca, luego hasta la entrega de la prenda y la inscripción en la hipoteca no existe derecho real de prenda ni derecho real de hipoteca. Ni la prenda ni la hipoteca existen hasta que el acreedor queda garantizado de cobrar sobre el importe del precio de la cosa con preferencia a cualquier otro acreedor y en el mismo momento en que surge esa garantía ha nacido el derecho real de prenda o de hipoteca. El derecho positivo podrá determinar con criterios diversos cuál es ese momento en que nace la garantía, pero el derecho positivo no puede cambiar el que, con la garantía de la preferencia en el cobro sobre el valor de la cosa, nazcan esos derechos, pues es de la esencia de los conceptos, y eso no lo puede modificar el legislador.

Hablar de la existencia de un derecho real de garantía sin que exista garantía es lo mismo que hablar de la existencia de un círculo cuadrado o de un hombre sin alma. Son ideas contradictorias y, por consiguiente, metafisicamente imposibles.

Las mismas palabras de los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria son bien expresivas "La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de

la obligación." Esa sujeción no existe hasta la inscripción. luego hasta ese momento no hay hipoteca.

DOBLE SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS CONSTITUIR Y CONSTITUTIVO

Y sin embargo, no podemos menos de estar de acuerdo con Angel Sanz, y publicistas que le siguen en que la hipoteca se constituye por escritura pública. Los Notarios rotulan sus escrituras en esta o parecida forma: Escritura de constitución de hipoteca o escritura de constitución de sociedad, y usan un correcto castellano. La misma Ley dice que la hipoteca se constituye por escritura pública, y así es.

Y es que el verbo *constituir*, y más aún el adjetivo *constitutivo*, tienen un doble significado. El gramatical, el propio de esas palabras, y el empleado en relación con el Registro de la Propiedad y el Mercantil.

En el primero, *constituir* significa formar, organizar, componer, contribuir a que exista una cosa. Pero siempre la palabra *constituir* tiene en todos estos significados una nota de definitivo y permanente, y así se dice que se constituye un pueblo o una sociedad, y, en cambio, se dice que se organiza una fiesta o un espectáculo. Se constituye un usufructo o una pensión vitalicia, pero no se constituye un arrendamiento ni un derecho de retracto o, al menos, no se usan esas expresiones. Se constituye un depósito, pero no se constituye un transporte, aun cuando éste lleve, en la mayor parte de los casos, implícito aquél. Y es que la palabra *constituir* lleva en sí la idea de permanencia, de cosa definitiva, y esa idea falta en el arrendamiento, en el retracto y en el contrato de transporte.

Pero lo más característico del significado de la palabra *constituir* es que se refiere siempre a la creación, nunca a la extinción de una cosa. Así la escritura de constitución de una sociedad tiene por objeto la creación de una sociedad, nunca su disolución. La escritura de constitución de una hipoteca o de un usufructo se refiere siempre a la creación de la hipoteca o el usufructo, nunca a su extinción. Y es que *constituir* es precisamente lo contrario de *disolver*, *extinguir* o *cancelar*. Este es el significado que tiene esa palabra en todos los diccionarios de la Lengua.

En el segundo sentido de esta misma palabra, equivale a hecho o acto que determina el nacimiento o la extinción de un derecho real o el

nacimiento o extinción de una personalidad jurídica. Nada hace resaltar mejor este segundo sentido de la deferida palabra que los escritos de D. Jerónimo González. En su artículo sobre el principio de inscripción dice: "¿Será necesario distinguir aquí causas legales de extinción y causas voluntarias admitiendo que las primeras obran fuera del Registro y las segundas por mediación del mismo? Llegaremos entonces a cancelaciones declarativas y constitutivas, respectivamente." Y más adelante añade: ¿Sostendremos entonces que el Registro está equivocado y que no existe el derecho hipotecario por falta de contenido? ¿O tan sólo reconoceremos la existencia de una obligación de cancelar a cargo del titular inscrito? En el primer supuesto la cancelación será *declarativa*; en el segundo, *constitutiva*." Y resumiendo todo lo dicho anteriormente, dice: "La inscripción, será, pues, *declarativa* (rectificadora), como cuando acredita una adjudicación hereditaria, y *constitutiva* (creadora) si engendra un derecho hipotecario propiamente dicho (*stricto sensu*).". Expresamente dice que la extinción y la cancelación pueden ser constitutivas, y esto es aplicar la palabra en el sentido más opuesto al gramatical de la misma, es decir, al verdadero significado. Pero la expresión ha adquirido carta de naturaleza en nuestro lenguaje jurídico y no seremos nosotros los que aconsejemos el abandono de este nuevo significado. Nos limitamos a consignar el hecho del doble significado que actualmente tiene (1).

Por lo tanto es correcto castellano el llamar escrituras de constitución de sociedad o escrituras de constitución de hipoteca a las es-

(1) Aclaremos más ambos significados: Son Cortes Constituyentes las que pueden legislar sobre la organización política del Estado. Las actuales Cortes españolas y las Cámaras inglesas son siempre constituyentes, como lo prueba el que las primeras han aprobado la ley de Sucesión, y las segundas, la ley que modificó las facultades de la Cámara de los Lores. Pero esas leyes no fueron tales leyes hasta que obtuvieron la sanción del Jefe del Estado. En el primer sentido de la palabra lo constituyente son las Cortes, pero en el segundo significado de la misma palabra lo constituyente es la sanción del Jefe de Estado, pues la ley no es ley hasta que obtiene dicha sanción. De igual forma, en el primer significado lo constituyente de la hipoteca es la escritura pública; pero en el segundo significado, de acto o hecho que determina el nacimiento o extinción de la hipoteca, lo constituyente es la inscripción, pues la hipoteca no existe hasta su inscripción en el Registro. Así puede decirse que la inscripción es al derecho de hipoteca lo que la sanción del Jefe del Estado es a las leyes votadas en Cortes, comparación esta que hacemos, no en rigor científico, sino para aclarar el significado de la palabra constituir y sus derivados. Ni la ley es ley hasta que obtiene la sanción del Jefe de Estado, ni la hipoteca es hipoteca hasta su inscripción en el Registro.

crituras públicas en que se pactan esos contratos; pero esto no quiere decir que las sociedades mercantiles o la hipoteca nazcan a la vida del derecho por el solo otorgamiento de la escritura. Los textos legales podrían ser más terminantes diciendo expresamente que no existe derecho real de hipoteca o sociedad mercantil hasta la inscripción en el respectivo Registro, y los Notarios podrían, en correctísimo castellano, seguir calificando a sus escrituras de constitución de hipoteca a sociedad mercantil, y no habría duda que lo constitutivo, en el segundo de los expresados sentidos, sería la inscripción.

El no haberse distinguido entre los dos significados de esas palabras ha motivado algunos equívocos, no sólo en ésta, sino también en otras materias. del que tal vez tratemos en otro artículo.

LOS ARGUMENTOS DE ANGEL SANZ

Los argumentos de Sanz son fácilmente rebatibles. Traduce la expresión de la Ley "*válidamente establecida*" por "*eficacia*" de la hipoteca, y esa expresión tiene una traducción más propia. La eficacia se refiere a los efectos del acto o contrato, mientras que la validez se refiere al acto o contrato en sí mismo y sin consideración a sus efectos. Es eficaz todo aquello que produce los efectos apetecidos e ineficaz todo aquello que no produce los efectos apetecidos cualquiera que sea su causa. La no validez se puede deber lo mismo a nulidad que a inexistencia cuando hay una apariencia de acto o contrato, pues, si no hubiera esa apariencia, no habría tampoco invalidez. Un contrato con vicio de voluntad o con objeto o causa ilícita no es válido (nulidad); y un contrato sin objeto o sin causa, o sin la forma debida, cuando ésta es requerida *ad solemnitatem*, no es tampoco válido (inexistencia). El matrimonio contraído por personas que resultasen del mismo sexo no es válido porque no existe matrimonio. Un contrato nulo o inexistente puede ser eficaz si no se puede demostrar la causa de la nulidad o de la inexistencia. No son, por tanto, términos equivalentes validez y eficacia. La Ley no puede decir que sea nula la hipoteca no inscrita, lo que quiere decir es que no existe tal hipoteca, es decir, que existe un contrato de hipoteca, pero no un derecho real de hipoteca o hipoteca propiamente dicha.

Pero aunque interpretásemos la validez por eficacia, la consecuencia sería la misma. pues es nota esencial al concepto de hipoteca el

efecto de la garantía, como hemos visto, y en tanto no exista ese efecto de la garantía no existe derecho real de hipoteca.

Entendemos que la expresión de la Ley es perfectamente correcta, pero, en todo caso, repetimos lo dicho anteriormente: la Ley puede determinar libremente el momento del nacimiento de la hipoteca; pero lo que no puede hacer la Ley es que exista hipoteca sin que exista la garantía, pues esa garantía es esencia del concepto de la hipoteca, y eso no lo puede cambiar el legislador.

El segundo argumento de Sanz aún tiene menos consistencia. En efecto; el poder recurrir al procedimiento judicial sumario, dice, la Ley le atribuye al *título inscrito*, no a la inscripción en sí misma. En primer lugar, si se suprimiese ese procedimiento, la esencia de la hipoteca no variaría en nada absolutamente, y no se puede deducir de una cosa accidental una consecuencia esencial al propio concepto de la hipoteca. Pero es que, además, debe fijarse Sanz en que si la inscripción en sí misma no produce ese efecto, tampoco le produce *el solo título*. Este *recibe* de la inscripción una fuerza de que por sí solo carece y por eso tiene que estar inscrito.

El paralelo que hace entre la prenda y la hipoteca no es tan exacto como a primera vista parece. Baste decir que, si se aceptase ese paralelismo, quedaría muy mal parada la teoría de que el derecho real de hipoteca nace por el otorgamiento de la escritura. En opinión de los autores y en el derecho positivo el contrato de prenda es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa, y si esa entrega equivale a la inscripción en la hipoteca, resultará que el contrato de hipoteca no se perfecciona hasta la inscripción en el Registro. Esa era la opinión de Sánchez Román, y es la consecuencia más opuesta a la que se intentaba sacar. En todo caso, el argumento de analogía tiene siempre muy poca fuerza.

OPINIÓN DE NÚÑEZ LAGOS Y RAMOS FOLQUÉS

Rafael Ramos Folqués fundamenta así su opinión: "El problema a resolver es el de si una vez practicado el asiento con todas las circunstancias exigidas por la Ley, la hipoteca nace a la vida jurídica sólo por la inscripción y en desconexión del contrato, o si, por lo contrario, tal asiento registral, en tanto no entre en juego el tercero hipotecario, tiene su vida pendiente de posibles acciones ejercitables contra

la virtud jurídica del contrato. Porque si, efectivamente, una vez admitido en las oficinas de los Registros de la Propiedad el contrato de hipoteca, y practicada la inscripción correspondiente, previa la calificación de legalidad, la hipoteca sólo puede ser atacada por las causas que resulten de la misma inscripción, entonces, indiscutiblemente, la inscripción tendrá valor constitutivo para las mismas partes; pero si tal asiento registral es atacable por acciones provenientes del contrato, resultará que realmente no tiene poder constitutivo." Este mismo concepto de lo que es una inscripción constitutiva tiene el señor Núñez Lagos, para el cual la "inscripción propiamente *constitutiva* no ha existido más que en algunas legislaciones alemanas—Sajonia, Hamburgo, Macklenburgo—antes de la vigencia del B. G. B.", pues "en ellas los derechos reales hacen *por y desde* la inscripción, rota toda relación de causalidad con los negocios jurídicos de Derecho civil", y "el B. G. B repudia y deroga este sistema de la sustantividad de la inscripción y exige un acuerdo abstracto, base y apoyo del nacimiento y validez de los derechos reales seguido de la inscripción" (1).

Hemos visto antes los dos significados que tiene la palabra constitutivo y cuál se usa en relación con el Registro de la Propiedad. Núñez Lagos y Ramos Folqués usan esta palabra en un sentido más restringido. En su opinión, para que la inscripción sea constitutiva, no basta que sea un elemento necesario al nacimiento o extinción del derecho real, y es preciso que la inscripción desconecte totalmente al derecho real del contrato y que rompa toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil que la motivaron. Tal vez fuera más acertado llamar a estas inscripciones desconectantes, absorbentes o de valor absoluto, expresión esta última ya usada por los autores para dar a entender el valor absorbente y absoluto de la inscripción que hace que los derechos reales nazcan, vivan y mueran únicamente a través de los asientos del Registro y exclusivamente por la fuerza de los mismos.

Pero en nuestra Patria no se ha usado hasta ahora en ese sentido la expresión de inscripción constitutiva, ni eso resuelve el problema de si el derecho real de hipoteca nace desde el otorgamiento de la escritura o desde la inscripción en el Registro. Ya hemos visto cómo para don Jerónimo González la inscripción es declarativa si se limita

(1) Realidad y Registro.

a hacer constar un derecho real ya existente y constitutiva si engendra un derecho hipotecario propiamente dicho sin que exija el que la inscripción rompa toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil. Para Roca Sastre son inscripciones constitutivas las que, junto con el acto jurídico, provocan el nacimiento o la transmisión de un derecho real", y declarativas las que "sólo publican la constitución o transmisión ya operada del mismo".

Pero, aceptando el concepto de inscripción constitutiva de Núñez Lagos y Ramos Polqués, en nuestro Derecho no habría ninguna inscripción constitutiva, no siquiera en las adquisiciones *a non domino* que Núñez Lagos admite. En ellas el derecho real no queda desconectado del título ni la inscripción rompe toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil que las ha producido. Si en la inscripción no se ha hecho constar una causa de anulabilidad de la transmisión, por ejemplo, la venta hecha por la mujer casada sin autorización del marido, el transmitente *non dominus* podrá pedir la declaración de nulidad por causa que no consta en el Registro y el adquirente *a non domino* no podrá alegar el carácter constitutivo de su inscripción para mantener su adquisición, porque entre el transmitente *non dominus* y el adquirente *a non domino* no juega el principio de publicidad (art. 34), pues no son terceros entre sí. Entre ellos sólo rige el título. Si un titular *non dominus* enajena el dominio directo de una finca y el Registrador por error inscribe a favor del adquirente *a non domino* el dominio pleno de la misma, ese adquirente *a non domino* no puede alegar su inscripción para pretender ser dueño del pleno dominio de la finca y sí sólo del dominio directo a que le da derecho el título. Creemos que sobre esto no hay discusión posible. Luego en las adquisiciones *a non domino* el derecho real no queda desconectado del título ni la inscripción rompe toda relación de causalidad con los negocios del Derecho civil que la motivaron. Luego tampoco esas inscripciones serán constitutivas en el sentido expresado por Ramos Folqués y Núñez Lagos.

Pero, se acepte uno u otro concepto de lo que es la inscripción constitutiva, y es más cuestión de palabras que de conceptos, siempre quedará pendiente el mismo problema: ¿En qué momento ha nacido la hipoteca? ¿En el del otorgamiento de la escritura o en el de la inscripción en el Registro? Creemos que quedó bien demostrado que en el de la inscripción en el Registro, puesto que no hay garantía si no

hay inscripción y la nota de la garantía es esencial al concepto de la hipoteca.

NUEVA OPINIÓN DE NÚÑEZ LAGOS

Núñez Lagos, en su trabajo "El Registro de la Propiedad en España", interesantísimo, como todos los suyos, dice lo siguiente: "La total efectividad no se logra hasta que el último evento se cumpla. Esto quiere decir que ese último evento es *conditio sine qua non* para una determinada efectividad. Pero nunca que ese último evento sea constitutivo si en él y para él no hay un consentimiento *expreso*. Punto de consentimiento, punto de constitución." Aquí Núñez Lagos rectifica su criterio anterior. Concentra todo el valor constitutivo en el consentimiento, pero ya no exige para que la inscripción sea constitutiva el que rompa toda relación de causalidad con los negocios jurídicos del Derecho civil y le basta con que en la inscripción y para la inscripción haya un consentimiento expreso. No habiéndole, la inscripción puede tener, en su opinión, y tiene en la hipoteca el carácter de una *conditio sine qua non*. Esta *conditio* será una *conditio legis*, es decir, una condición impropia y propiamente un requisito legal para la existencia del derecho real. La condición, propia o impropia, es al contrato traslativo lo que la condición, propia o impropia, es al contrato obligacional. El contrato obligacional con una condición suspensiva es perfecto, pero la obligación no nace hasta que se cumple la condición. El contrato traslativo con una condición suspensiva es perfecto, pero el derecho real no se transmite hasta el cumplimiento de la condición (1). Pero esa *conditio sine qua non* no es

(1) Sohm, con referencia al Derecho romano dice lo siguiente: «Los negocios jurídicos sujetos a condición suspensiva equivalen a declaraciones de voluntad hechas de antemano, en previsión de un caso futuro e incierto. El negocio se da por celebrado, y perfeccionase y obliga inmediatamente, sin esperar a que se realice la condición, y si una de las partes impide su cumplimiento, contraviniendo a lo pactado y faltando a la buena fe, la condición se tiene por cumplida. Mientras ésta «pende»—«*pendente conditione*», dicen los romanos—, el negocio jurídico existe y se impone a las partes, pero sin producir todavía los efectos que le son peculiares; así, si se trata de un contrato, no engendra aún verdaderas obligaciones, sino una simple expectativa—un *spes debitum iri*—; si es un acto de disposición—por ejemplo, una enajenación condicional—, no determina de momento la consiguiente alteración de derechos patrimoniales: el traspaso de la propiedad, verbigracia. Para que surta plenamente sus efectos—nacimiento de la obligación, transmisión de la propiedad, etc.—es necesario que se cumpla la condición—*existente conditione*—, con lo cual surgen epso

una condición, sino un requisito necesario al acto o negocio jurídico de que se trate. Su fuerza suspensiva es mayor que la de las condiciones propias.

Esta nueva opinión de Núñez Lagos no contradice lo anteriormente expuesto por nosotros, sino que más bien lo corrobora. Constituir hemos dicho que significa formar, organizar de modo permanente, componer, contribuir a que exista una cosa; y es evidente que la hipoteca se forma, se organiza, se compone, en la escritura pública (en las voluntarias), y es el consentimiento el requisito que en forma más esencial contribuye a que exista la hipoteca. Es elemento base, es el *jus abutendi* (derecho de disponer de la cosa misma para consumirla o enajenarla), el más característico del dominio, esencial a su concepto, y del cual no ha podido, ni puede, prescindir ninguna legislación. De los demás elementos que intervienen en la transmisión o constitución de los derechos reales, se puede prescindir. El Derecho francés ha prescindido de la tradición; y el alemán, de la causa. Pero del consentimiento no se puede prescindir sin suprimir la propiedad misma y todos los derechos reales. El consentimiento puede ser suficiente para transmitir el derecho real, como en el Derecho francés; pero el Derecho positivo puede exigir algún otro requisito más, como la tradición o la inscripción en el Registro, y mientras no se dé ese requisito, el derecho real no existe, como ocurre en nuestro Derecho con tradición en la compraventa (art. 1.095 del C. c.) y la inscripción en la hipoteca. En nuestro lenguaje jurídico, usado hasta ahora, ese último elemento se decía que era constitutivo. Con la técnica que se quie-

jure, sin más trámite, los efectos jurídicos apetecidos.» (*Instituciones de Derecho privado romano*, pág. 207 y ss.)

El artículo 1.114 del Código civil dice: «En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.» Y el párrafo segundo del artículo 1.121 del Código civil añade que el deudor puede repetir lo que hubiere pagado antes del cumplimiento de las condiciones.

La palabra *abutere* no tenía entre los romanos el significado que tiene entre nosotros la palabra «abusar». La palabra *abutere* se compone de *utere* (usar) y el prefijo *ab*. que refuerza el significado de la palabra a que va unida. Así, *absolvere* (de *ab* y *solvere*, soltar) significa soltar por completo; *abstrahere* (de *abs* y *trahere*, traer) significa separar por completo, y así sucesivamente. *Abutere* significaba entre los romanos usar de las cosas de tal forma que termine con el uso de la misma. Cicerón, por ejemplo, decía que el usufructuario tiene el *jus utendi*, pero no el *jus abutendi*, es decir, que no puede enajenar ni consumir. Puede verse esto más ampliamente en Ortolán, *Exposición histórica de la Instituta*. tomo II, pág. 35.

re usar ahora se dice que no lo es. Pero la esencia no varía, aunque se dé distinto significado a las palabras.

Puede decirse que el consentimiento es la generación de la hipoteca, la escritura su gestación, y la inscripción su nacimiento. El hombre no nace hasta que está constituido, salvo en los alumbramientos prematuros, que no se dan en Derecho. Lo verdaderamente formativo del derecho de hipoteca, como de cualquier otro derecho real, es el consentimiento (generación), y ese consentimiento hay que expresarlo en forma legal (gestación); pero el consentimiento, expresado en forma legal, no tiene el carácter de hipoteca hasta su alumbramiento mediante la inscripción en el Registro.

Son los propios interesados, acreedor y deudor, los que constituyen la hipoteca mediante su propio consentimiento. Tanto la escritura como la inscripción no son más que requisitos formales que la ley exige para que ese consentimiento produzca efectos legales, y el efecto esencial querido por interesados es la creación de la garantía real, que sólo existe desde el momento de la inscripción. Nótese bien la diferencia entre el pensamiento de Angel Sanz, expuesto anteriormente, y el nuestro. Angel Sanz opina que la hipoteca existe desde el otorgamiento de la escritura, pero que no produce efecto hasta su inscripción en el Registro; y nosotros opinamos que el contrato es perfecto desde el otorgamiento de la escritura, en que consta el consentimiento, el más fundamental elemento de la creación de los derechos reales, pero que *el efecto, apetecido* por los interesados, de la existencia de la hipoteca no se produce hasta la inscripción en el Registro. Dudamos si el pensamiento de Núñez Lagos coincidirá con el de Angel Sanz o con el nuestro, pues no explica ni lo que entiende por constituir, ni el alcance que da a las *condiciones sine qua non*.

CONCLUSIÓN

¿Es, por tanto, constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca? Ya hemos visto que, para contestar a esta pregunta, hay que precisar primero el significado de esa palabra. Si a la palabra constitutivo se le da el significado en que fué usada por D. Jerónimo González y es usada por Roca Sastre y la generalidad de los autores, de hecho o acto que determina el nacimiento o transmisión del derecho real, significado técnico hasta ahora, es evidente que la inscripción es

constitutiva en el derecho real de hipoteca, puesto que, según nuestro Derecho positivo, no hay garantía hasta la inscripción en el Registro y la garantía es nota esencial al concepto de hipoteca. Pero si a esa palabra se la da el significado gramatical o propio de la misma, lo verdaderamente constitutivo es la escritura (en las voluntarias), en que se contribuye en la parte más fundamental a su existencia, haciendo constar el consentimiento con todas sus modalidades. Lo que no puede aceptarse es la antigua doctrina de que entre las partes la hipoteca nace por la escritura y respecto a terceros por la inscripción. Los derechos reales o existen o no existen, y más un derecho real cuya esencia consiste en perjudicar a tercero. Entre el ser y el no ser no caben términos medios.

De intento hemos prescindido en este artículo de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General. Uno y otra dicen o dan a entender claramente en sus Sentencias y Resoluciones que la inscripción es constitutiva en el derecho de hipoteca (1). Pero esa Jurisprudencia está dictada antes de haberse discutido por la doctrina este problema. Lo verdaderamente interesante es ver si mantienen el mismo criterio tradicional y si le rectifican. Por nuestra parte esperamos con verdadero interés esa Jurisprudencia y confiamos en que, cualquiera que sean los términos o palabras que empleen, mantendrán el criterio tradicional de que la hipoteca no existe hasta su inscripción en el Registro. El tiempo lo dirá.

MARIANO HERMIDA

Registrador de la Propiedad

(1) Es muy interesante la Resolución de 29 de octubre de 1946. El Presidente de la Audiencia dice textualmente: «Como la hipoteca no se constituye hasta el momento de la inscripción, resulta indiferente que tal hipoteca, como contrato, se concertara antes de la incoación del juicio anotado, porque es lo cierto que se inscribió después que la anotación, y sólo a partir de este momento es cuando pudo surtir sus peculiares efectos.» La Dirección no entra en el problema planteado por el Presidente de la Audiencia, y se limita a decir que no se debe prescindir del otorgamiento de la escritura pública para la exacta determinación de cuándo nacen los derechos reales comprendidos en el título, y que la hipoteca alcanza plena efectividad *erga omnes* mediante su inscripción. La doctrina sentada por el Presidente de la Audiencia sería irreproachable si, para evitar el equívoco de la palabra «constituir», tomada sin duda del artículo 1.875 del Código civil, hubiera usado la expresión del artículo 145 (antes 146) de la Ley Hipotecaria, redactándose en la siguiente forma: «Como la hipoteca *no queda válidamente establecida* hasta el momento de su inscripción, etc.» Es de tener muy en cuenta que la Dirección confirmó la Resolución del Presidente de la Audiencia, lo que demuestra una vez más que la garantía real no existe hasta la inscripción en el Registro.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1949.—*Prórroga de contrato arrendaticio urbano.*

Que aunque el contrato de arrendamiento que sirve de fundamento a la acción comprende varias cosas materiales, entre las que se encuentra la planta baja y un piso de la casa número 35 de la calle de ..., tal variedad no implica diversidad de contratos, porque todas esas cosas se dieron en arrendamiento, constituyendo un conjunto y por un precio único, por donde resulta evidente la unidad de objeto y causa contractuales sobre los que el consentimiento de las partes recayó, por lo tanto, la existencia de un único contrato de arrendamiento, con relación al cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos corresponde al arrendatario la acción para exigir al arrendador la acción para negar tal prórroga y resolver el contrato cuando necesite la vivienda o local de negocio para sí o para que la ocupen sus ascendientes o descendientes consanguíneos, conforme previenen el artículo 76, causa primera, y el 149, causa 10, de la Ley de Arrendamientos Urbanos: pero lo que no puede hacer el arrendador es solicitar la prórroga del contrato respecto a una parte de la cosa arrendada y la no prórroga respecto a otra parte, modificando de esta manera el objeto y la causa contractuales que las partes señalaron al contratar, es decir, novar el contrato, efecto que si bien puede producirse por la voluntad de los contratantes, conforme a los principios generales que rigen en materia de contratación, no lo puede ser impuesto sino invocando una disposición legal que así lo establezca, y ni los artículos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya citados, ni ningún otro del mismo cuerpo legal autorizan tal pretensión.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1949.—*Pruebas en apelación.*

Conforme al artículo 1.586 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo mismo que según el artículo 28 de la de 5 de agosto de 1907, que vino a sustituirle, en las apelaciones de los juicios de desahucio no procede admitir más prueba que la que habiendo sido propuesta en primera instancia no hubiera podido practicarse, pero independientemente de la facultad de las

partes para pedir en segunda instancia la prueba no practicada en la primera, por causa no imputable a quien lo solicita, está la facultad atribuida a los jueces y tribunales por el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para acordar para mejor proveer, no toda clase de pruebas, sino las especificadas en dicho artículo

SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1949. — *«Actos propios» en arrendamientos rústicos.*

Si bien es cierto que ante normas imperativas de la legislación de arrendamientos rústicos la autonomía de la voluntad resulta cercenada y los contratantes no pueden eludir el cumplimiento de aquellas normas, se ha de entender que su aplicación entra en juego cuando la intención de los contratantes es crear una verdadera relación arrendaticia, que no cabe desfigurar eficazmente con la apariencia o disfraz de un pacto distinto; pero no serán de aplicación si el propósito que anima a los contratantes va enderezado a la formación de otro vínculo jurídico, como el de compraventa, del cual es pacto accesorio el referente a la explotación temporal y previa de la cosa que va a ser objeto del contrato principal celebrado, a la inversa de aquellos otros supuestos en que al pacto primordial de arrendamiento se injerta otro accesorio de naturaleza distinta, como el de opción de compra por el arrendatario.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1949. — *Indemnización de daños y perjuicios.*

Que, según dispone el párrafo quinto del apartado a) del artículo 5.º, la tasa señalada a las indemnizaciones en los párrafos anteriores no impide que el arrendatario que estime ser de cuantía mayor los daños y perjuicios sufridos por consecuencia del traslado reclame del propietario la cantidad a que crea tener derecho, y si demostrase este derecho, deberá ser indemnizado con la cantidad que corresponda; de donde aparece que si bien el apartado a) señala en su párrafo tercero el importe mínimo de la indemnización, ello no obstante admite en el párrafo quinto que ésta sea mayor cuando también lo sea la cuantía de los daños y perjuicios originados, por lo cual al tener aplicación al caso de traslado por derribo el párrafo tercero, lógicamente debe entenderse aplicable también el quinto, que lo complementa, pues ordenado en este último, según acaba de indicarse, que puede ser mayor el importe de la indemnización fijada en el tercero, es visto que no establece el precepto legal dos indemnizaciones independientes, sino una sola, variable en proporción a la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el arrendatario; y como si éstos se produjeron no fueron debidos al motivo origen del traslado, sino al hecho de tener forzosamente que efectuarlo y del que dimana la obligación de indemnizar, a este nexo causal hay que atender, tanto en los casos previstos en los apar-

tados a) y f) del repetido artículo 5.º, como en el de que el propietario decida derribar el edificio arrendado que no se halle en estado ruinoso —supuesto del apartado e) —, solución a la que igualmente conoce el conocido principio *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1949. — *Simulación procesal*.

A) Que el primer motivo del recurso donde se alega la infracción del artículo 1.539 de la Ley procesal, por entender el recurrente que debió ser citado para el juicio de tercera como rematante en un procedimiento de ejecución de sentencia en que llegó a consignar el precio, sin que se le otorgara la escritura de venta por haberse presentado la demanda de tercera de dominio con anterioridad a dicho otorgamiento, debe ser desestimado, porque, conforme al mismo artículo, dichas demandas deben sustanciarse únicamente con el ejecutante y el ejecutado, y aun cuando quepa sostener que el contrato de compraventa de la finca rematada estaba perfeccionado, su cumplimiento dependía de una condición resolutoria; que prosperase o no la demanda de tercera, por lo que tampoco cabe afirmar la infracción del artículo 408 de la Ley procesal, puesto que, aparte del carácter meramente rituario de esta disposición, es lo cierto que la firmeza de la providencia mandando otorgar la escritura de venta a favor del rematante estaba supeditada a que se presentase la demanda de tercera, ya que ésta era admisible antes de proceder al otorgamiento de la misma.

B) Que esto no obsta a la legitimación activa que asiste al rematante que obtuvo la aprobación del remate a su favor y consignó el precio, para demandar como lo ha hecho en el presente caso al ejecutado, al ejecutante y al tercerista, para impugnar el aludido juicio mediante la correspondiente demanda en juicio declarativo si estima haber sido víctima de una confabulación dolosa para impedir la realización del derecho que indudablemente le asistía a adquirir la finca rematada, y que si bien pudo quedar legítimamente extinguido por haber prevalecido una demanda en que se acreditase legalmente la propiedad anterior de la finca a favor de un tercero, aun cuando por disposición de la Ley no fuera parte en dicho procedimiento, no puede resultar destruido mediante la utilización de un fraude procesal por virtud del cual el tercerista finge un título de dominio totalmente inoperante y el ejecutante deja firme la sentencia que da lugar a la improcedente demanda, porque recibe de manos del tercerista el importe de la deuda, que tenía perfectamente asegurado con el precio consignado, sin que a ello pueda obstar el respeto debido a la santidad de la cosa juzgada, que no puede afectarle por no haber sido parte dicho rematante en el procedimiento en cuestión; de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código civil, ni quepa remitirle al procedimiento extraordinario del recurso de revisión por no ser parte el rematante en ningún caso en dicho procedimiento.

SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1949.—*Nulidad de certificado de adición.*

A) Amparado el derecho de propiedad del creador de cualquier invento relacionado con la industria mediante la concesión de la oportuna patente de invención, y su consiguiente registro en el de la Propiedad Industrial, no puede quedarle vedado a su autor el introducir algún perfeccionamiento o mejora en el invento ya registrado y a proteger estas nuevas reivindicaciones, que se añaden a las que la patente registrada contenía, cuando por sí solas no tengan suficiente entidad para constituir objeto de nueva patente, y siempre que las tales reivindicaciones no alteren la esencia del objeto patentado, atiende la ley mediante el llamado certificado de adición, que regulan los artículos 73 y 82 del dicho Estatuto (de Propiedad Industrial), según los cuales este certificado, que no puede nacer a la vida de la propiedad industrial solicitado por cualquier persona, sino precisamente por el poseedor de la patente para la cual se reivindican las mejoras o perfeccionamientos introducidos, es accesorio de la patente a la cual se afecta, sin que pueda ser expedido si antes no lo fué aquélla; carece de duración propia, por cuanto termina su vida cuando se extingue la de la patente principal, bien por terminación del plazo durante el cual fué otorgada, ya por las demás causas de caducidad (artículo 116 del Estatuto), o en virtud de declaración de nulidad de ella (artículo 115); sigue con la patente, que le sirve de soporte, las modificaciones de derecho que ésta experimente, sin que pueda por sí solo ser objeto de transmisión (artículo 38), y hasta en el abono de los impuestos que gravan estas concesiones de propiedad industrial es singular el caso de los certificados de adición, ya que, satisfecho lo que corresponde a su expedición, no quedan sujetos al pago de canon alguno durante el tiempo que dure su vigencia sin duda por considerárseles incluidos en la patente principal, que es la que ha de abonar las cuotas anuales establecidas.

B) Todo lo que queda expuesto claramente revela que el tantas veces repetido certificado de adición o patente complementaria, como también se denomina en otras legislaciones, lejos de ser una entidad sustantiva, carece de subsistencia propia e independiente, y en cuanto añade nuevas reivindicaciones a las que la patente contiene forma con ella, por el hecho de su adhesión, una unidad que queda investida del privilegio de indivisibilidad a que se refiere el artículo 11 del Estatuto, y por ello, como no pueden ser impugnadas las patentes de modo parcial, esto es, atacando unas reivindicaciones y respetando otras, puesto que el objeto patentado resulta del conjunto de las reivindicaciones que le integran, ha de deducirse como lógica consecuencia que, unido un certificado de adición a su patente, no cabe que pueda ser impugnado aquél aisladamente si al mismo tiempo no se combate la patente completa de la cual ha llegado a formar parte.

SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1949.—*Requisitos de la demanda en el proceso establecido en la base X de la Ley de 19 de julio de 1944.*

Aun en el supuesto de que el defecto legal en el modo de proponer la demanda pudiera ser, según pretende el recurrente, materia propia de un recurso por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, originario de indefensión, tampoco podría prosperar el motivo segundo, porque la norma tercera del apartado B) de la base X de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944, no exige otros requisitos en la demanda que se expongan, sucinta y claramente, los hechos que convenga establecer como base de las pretensiones que se formulan, y se aduzcan los razonamientos jurídicos en que ésta se apoyó; y como en el escrito inicial se establece con toda precisión que el recurrente no tiene derecho a continuar el contrato de arriendo de la inquilina fallecida, por no darse a su favor el requisito de la convivencia con un año de antelación a su óbito, y a tal fin se apoyó en el artículo 71 para suplicar la negativa de tal derecho, cuya pretensión ha sido la base de la litis, es claro que la demanda se formuló con todas las circunstancias requeridas por la norma predicha, en relación con los artículos 524 y 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que tampoco fueron infringidos.

SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1949.—*Excepciones no aducidas en el juicio ejecutivo.*

A) Atendido el sentido y alcance del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento civil según ha sido interpretado por las decisiones de la jurisprudencia, el juicio ordinario que se reserva a las partes después del ejecutivo está limitado a dilucidar en un debate más amplio, la cuestión de fondo, esto es, la certeza, realidad y subsistencia del crédito que sirvió de base a la ejecución, pero sin que puedan discutirse en este juicio ordinario los defectos del título ni otras excepciones que pudieran formularse y resolverse en el ejecutivo, y que el ejecutado dejó de oponer oportunamente por indudable negligencia.

B) No obstante la rotunda prescripción del artículo 1.465 de la Ley procesal civil, en lo tocante a las excepciones que en el juicio ejecutivo pueden oponerse cuando del pago de letras de cambio se trata, ha venido la jurisprudencia reiterando la doctrina de admitir una nueva excepción causal si en la letra de cambio que sirve de título para la ejecución solamente han intervenido el librador y el aceptante, cual es la de falta de provisión de fondos, con lo que mitiga el rigor que presidió la redacción del artículo 480 del Código de Comercio; y en las varias sentencias, entre ellas las de 12 de julio de 1899, 31 de octubre de 1912 y 30 de enero de 1936, en que sienta tal doctrina, deja la plena aplicación del artículo 480 citado a los supuestos de que la relación cambiaria se halle establecida

entre el aceptante y terceros poseedores de la letra, para los cuales en su tracto respectivo va perdiendo interés el vínculo inicial que liga al librador y al librado; pero si es el mismo librador el que reclama el pago, ha de estimarse que la provisión de fondos recobra toda su significación causal para la obligación del aceptante, y puede éste, en su virtud, con plena eficacia oponer la excepción de dicha falta de provisión de fondos al librador que fundándose en el mero hecho de la aceptación exigiere abusivamente del aceptante el pago de la letra, para lo que el librador carece de acción, a menos que pruebe que el aceptante era deudor suyo el día del vencimiento de alguno de los modos que expresan los artículos 456 y 457 del Código de Comercio.

SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1949.—*Conceptó del arrendamiento de industria.*

El arrendamiento de industria, excluido de la jurisdicción especial de arrendamientos urbanos y sometido a la legislación común, con la excepción del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos urbanos, se caracteriza por la cesión temporal mediante renta, además del local de negocio, como dice el artículo 4.º, de «una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas».

SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1949.—*Artículo 38 de la Ley de 8 de marzo de 1946. Su alcance.*

Tampoco es estimable el segundo motivo, fundado también en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, con cita en el concepto de infringido del artículo 24 de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, porque si bien este precepto dispuso en su párrafo primero, reproducido en el segundo del artículo 38 de la Ley de 8 de febrero de 1946, con actual vigencia, que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos sin que previamente o a la vez se establezca demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, tal disposición no es tan absoluta que condicione con su aplicación todos los casos de ejercicio de acciones reivindicatorias, sino sólo los en que del éxito de éstas se haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción a que contradiga, circunstancia que no concurre en el caso cuestionado en el pleito, en el que, lejos de impugnarse el derecho de dominio registrado, se parte de él en la sentencia recurrida para estimar que la titular del mismo y demandada lo transmitió al demandante en virtud de un posterior contrato de compraventa, que requiere una inscripción nueva que siga a la que la antecede sin ser contradictoria de ésta.

SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1949.—*Acción declaratoria de dominio.*

A) Como declaró esta Sala en sus sentencias de 21 de febrero de 1941 y 27 de mayo de 1944, la tutela del derecho de propiedad se devuelve a través de dos acciones enlazadas y frecuentemente confundidas: la reivindicatoria, que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria—y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión—, y la acción meramente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye; y solicitado en la demanda se dictase sentencia declarando que la finca «El Borbotón», tal como se describía y delimitaba, pertenece en plena propiedad a la actora y que no era dable a la Administración realizar los actos con que había perturbado la posesión de dicha finca, resulta incontrovertible que la acción ejercitada es la declarativa de la propiedad y no la reivindicatoria, pues esta última es una acción de condena y se encamina, como antes se ha indicado, a la recuperación de la cosa reclamada, mientras que aquella se detiene—cual ocurre en el caso del presente litigio—en los límites de una declaración judicial del derecho alegado, sin pretender una ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerla en otro distinto; de donde con toda claridad aparece que el recurrente funda sus argumentos en una base errónea al sostener que la acción ejercitada es la reivindicatoria.

B) Además, y bajo otro aspecto, que afirmado por la Sala sentenciadora—sin impugnación en el recurso—que la Administración realizó los actos perturbadores de la posesión dentro del perímetro de la finca y que ésta, tal como se describe en la demanda, pertenece a la actora, no puede ser obstáculo en el caso actual para el éxito de la acción declarativa en la que se ha enjuiciado la circunstancia de haberse omitido en aquella demanda la concreta delimitación de la parcela de terreno en que los actos de perturbación se realizaron; y no puede ser obstáculo la omisión de que se trata porque, ejercitada la acción respecto a la totalidad de la finca en que se halla la parcela, resulta evidente que al constituir dicha finca, tal como en la demanda se describe, una unidad permanente y estable se da la debida determinación del objeto a que la acción se refiere y no cabe apreciar la existencia de la supuesta falta.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1949.—*Competencia en el expediente de jurisdicción voluntaria.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento civil y las sentencias de esta Sala que se citan en el dictamen del Ministerio Fiscal y auto del Juzgado oponiéndose a la inhibitoria soli-

citada por el de ..., la simple solicitud de reconocimiento de una mercancía carece de viabilidad para suscitar cuestión de competencia, que sólo puede promoverse cuando ha precedido el ejercicio de una acción determinada que sirva de base al juicio correspondiente, carácter de que carece dicha solicitud, comprendida como acto de jurisdicción voluntaria en el artículo 2.127 de la Ley rituaria, que sólo puede ser estimada como actuación preparatoria del ejercicio de una acción contenciosa, y únicamente cuando ésta fuera ejercitada podría ser promovida la competencia, pues sólo entonces habría base para determinar el Juzgado competente para el conocimiento del juicio, por deducirse de la demanda la acción ejercitada; mucho más si se tiene en cuenta que, con arreglo a lo sentado en las sentencias de 2 de diciembre de 1942 y 23 de noviembre de 1944, el acudir el vendedor al reconocimiento y nombrar perito no implicaría, por lo antes manifestado, la sumisión al Juzgado del comprador y quedaría a salvo su derecho para promover, llegado el caso, la competencia que ahora ha promovido extemporáneamente.

SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1949.—*Proceso de incapacidad.*

A) La llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en mera constatación de actos *inter volentes*, sino que implica ejercicio en su resolución del *jus dicere* como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas, que entra de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional estricto *sensu*, según se infiere de los términos en que están concebidos los artículos 481, 483, núm. 3.º; 1.811 y 1.873 de la Ley de Enjuiciamiento civil

B) Las normas de esta Ley sobre nombramiento de curador ejemplar, encuadradas en su libro III, que gobierna los actos de jurisdicción voluntaria, han sido modificadas por los artículos 213 y 218 del Código civil, carentes aún del adecuado trámite procesal; pero aunque mantuvieran pleno vigor aquellas normas, claramente se apreciaría que las contenidas en los artículos 1.847 y 1.848 regulan el procedimiento para nombrar curador—hoy tutor—, sólo aplicable si existe una previa declaración de incapacidad por sentencia firme, y para el caso de que aun no esté declarada en tal forma la incapacidad será preciso obtenerla sumariamente en un antejuicio, que habrá de ser de naturaleza contenciosa por la índole de la resolución que requiere, definidora de la situación jurídica de capacidad o incapacidad sometida a decisión judicial, máxime en casos, como el de autos, en que anunciada la oposición a la solicitud de incapacidad se esfuma el contenido propio de la jurisdicción voluntaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento.

SENTENCIAS DE 16 DE MAYO DE 1949.—*Renta declarada.*

A) Aun en los arrendamientos cuyo precio se puede fijar libremente por convenio entre los interesados, la falta de la oportuna declaración de la renta, a efectos fiscales, lleva como consecuencia ineludible, tanto en la legislación anterior (artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1940 y complementarias de la misma) como en la nueva Ley de Arrendamientos urbanos (artículo 133), la facultad del inquilino a limitar el pago de sus alquileres a las cantidades declaradas oportunamente a la Hacienda por el propietario.

B) La Ley de 7 de mayo de 1942 no derogó el artículo 12 de la citada de 1940, puesto que la libertad de fijación de rentas que reconoció aquélla respecto a las fincas construidas posteriormente a 1.º de enero de 1942, a las que atribuyó la condición de tales, es compatible con el derecho de limitación de renta concedido por la de 1940 al inquilino, por falta de declaración de la verdadera renta a fines contributivos, es decir, que la libertad de fijación de renta continuó condicionada a su oportuna declaración a la Hacienda.

LA REDACCIÓN.

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Presidente
del Tribunal Supremo.

Precio de la obra: 175 pesetas.

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de febrero de 1948.

EL HECHO DE QUE ESTÉN INCAUTADOS LOS BIENES POR LA JURISDICCIÓN CORRESPONDIENTE EN ACTUACIONES SOBRE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS NO INTERRUMPE NI SUSPENDE LOS PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE LA HERENCIA A LIQUIDACIÓN.

Antecedentes.—Presentada una relación de bienes referente a cierta herencia en la Oficina liquidadora, ésta giró las oportunas liquidaciones con la correspondiente multa por presentación fuera de plazo. El fallecimiento del causante había tenido lugar en 5 de julio de 1940 y la presentación se efectuó en 30 de enero de 1946.

La interesada las recurrió diciendo que al ocurrir la defunción estaba en curso un expediente de responsabilidades políticas y todos los bienes del causante intervenidos, por lo que no fué posible hacer inventario ni declaración de los mismos a efectos fiscales, puesto que se ignoraba su último destino, pudiendo recaer sentencia condenatoria con pérdida total de ellos a tenor de las leyes de 9 de julio de 1939 y 19 de igual mes de 1942. Por ello, recaída sentencia absolutoria en 15 de diciembre de 1945, se presentó la relación de bienes el 30 de enero siguiente, estimando que en aquella fecha había empezado a correr el plazo de presentación conforme al artículo 113 del Reglamento del Impuesto. Esto, aparte de que de tal expediente se derivaba una condición suspensiva por aplicación del artículo 57 del mismo, ya que al no poderse determinar quién era el adquirente, la liquidación debe aplazarse.

Se estimaba, además, que debía haberse aplicado la tarifa de 1937, y la capitalización del 5 por 100 en vez de la tarifa de 1941 y de la capitalización del 4 por 100, y, por fin, que se debía haber concedido la bonificación del 3 por 100 de las cuotas.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, diciendo que el artículo 113 no era aplicable al caso, porque en el supuesto discutido no había verdadero litigio, sino que, simplemente, se ignoraba la cuantía exacta de los bienes, por lo cual debió declararse como tal en el plazo legal sin perjuicio de solicitar la suspensión de la liquidación como autoriza el artículo 55 del mencionado Reglamento.

Esos razonamientos fueron ampliados por el Tribunal Central de la siguiente manera: el aplazamiento no es aplicable conforme al artículo 113 porque éste exige que se promueva litigio y que éste nazca formulando la demanda correspondiente, quedando con ella interrumpidos los plazos desde su presentación; y si de procedimiento de orden penal se trata, que éstos versen sobre la falsedad del testamento o del documento determinante de la transmisión, cuyas circunstancias obvias es que no concurren en el asunto debatido, aparte de que las medidas precautorias y de embargo por responsabilidades políticas no privan del dominio de los bienes afectos al fallo que pueda dictarse.

Por lo que a la supuesta condición suspensiva respecta, dice la Resolución que, puesto que los expedientes de ese orden político no privan, desde luego, del dominio de los bienes, sino que suponen la posibilidad de privar de ellos a los expedientados, es cosa clara que la transmisión no está sujeta a condición suspensiva, y si a la resolutoria de que el dominio se pierda si recae un fallo condenatorio; de todo lo cual deduce el Tribunal que está bien aplicada la tarifa de 1941 y bien aplicada la capitalización del 4 por 100 dada la presentación fuera de plazo, así como bien denegada la pretendida bonificación del 3 por 100 de las cuotas, cuyo beneficio no es extensivo a los casos de liquidaciones practicadas después de haber estado en suspenso los plazos de presentación o pendientes de condición, puesto que ese beneficio se otorga exclusivamente cuando la presentación se hace dentro de los tres meses, contados desde el fallecimiento del causante, y por tratarse de un privilegio fiscal el precepto ha de interpretarse restrictivamente.

Comentarios.—No los necesita realmente la cuestión debatida porque la tesis que se mantenía en el recurso era por demás endeble,

así por lo que hace al supuesto litigio como por lo que respecta a la condición suspensiva invocada. Especialmente en cuanto a ésta no hay ni remota posibilidad de calificarla de suspensiva en relación con los herederos, puesto que la herencia la adquieren evidentemente en el momento de fallecer el causante, si bien amenazados de que al resolver el expediente sobre la responsabilidad política de aquél se les prive de toda o parte de ella, lo cual significa el suceso futuro e incierto resolutorio del derecho, que es precisamente lo que hace que la condición sea resolutoria y no suspensiva.

Esto no quiere decir que la existencia del aludido expediente no guarde gran analogía en el caso de litigio sobre los bienes heredados y que en derecho constituyente no pueda decirse que en uno y otro supuesto no hay los mismos motivos para aplicar la suspensión de plazos que el artículo 113 prevé, pero en materia tributaria no son de fácil aplicación cuando llevan a conclusiones contrarias a las conveniencias del Fisco.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de marzo de 1948.

EN LA DECLARACIÓN JURADA QUE ANUALMENTE HAN DE PRESENTAR LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA. A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, HABRÁN DE COMPRENDERSE LAS QUE, POR REALIZARSE DIRECTAMENTE PARA USOS DOMÉSTICOS, ESTÁN EXENTAS, Y TAMBIÉN, COMO SUJETOS, TODOS LOS DEMÁS, INCLUSO LOS CELEBRADOS EN FORMA VERBAL.

LOS CONTRATOS VERBALES DE CUANTÍA SUPERIOR A 1.500 PESETAS, ESTÁN SUJETOS AL IMPUESTO.

Antecedentes.—Tal es la interesante doctrina que el Tribunal sienta acerca de los puntos indicados con motivo del caso que sucintamente vamos a exponer.

Inspeccionada cierta Empresa suministradora de energía eléctrica se observó que había declarado una cantidad considerablemente inferior a la realmente recaudada, por lo cual la Oficina liquidadora giró las liquidaciones complementarias correspondientes con la multa del 50 por 100 de las cuotas.

Contra la liquidación la Sociedad recurrió diciendo que la no inclusión de la cifra indicada obedecía a que se refería a contratos verbales con los abonados y, por lo tanto, exentos del Impuesto, tanto según la Ley del Impuesto de 1947 como la de 17 de marzo de 1945.

El Tribunal Provincial, invocando precisamente esa Ley de 1947, desestimó el recurso, diciendo que en virtud de ella quedó modificado el número 5.º del artículo 6.º del Reglamento en el sentido de que los contratos verbales no están exentos cuando su cumplimiento requiere que conste por escrito a tenor del artículo 1.280 del Código civil, o sea, cuando su cuantía exceda de 1.500 pesetas.

La recurrente alegó ante el Tribunal Central que la cantidad sometida a tributación era la suma de numerosos contratos verbales inferiores a 1.500 pesetas y que el alcance del artículo 1.280 citado era, según la jurisprudencia, el poder compelerse los contratantes, recíprocamente, al otorgamiento de documento escrito.

El Tribunal Central dijo, reiterando la desestimación, que por imposición del artículo 74 del Reglamento de Verificaciones eléctricas de 5 de diciembre de 1943, los aludidos contratos entre abonados y distribuidores o productores han de adaptarse a las condiciones de la póliza de modelo oficial y, por lo tanto, no son verbales propiamente dichos, ya que se ajustan a esas condiciones preestablecidas por escrito, esto es, que lo verbal puede ser la petición de suministro, pero no el contrato.

Sobre el otro aspecto del asunto, o sea, sobre la modificación de la exención por la Ley del 45, dice literalmente como sigue: "Considerando que, según el artículo 1.280 del Código civil, deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas ..., y que si bien, conforme a los artículos 1.278 y 1.279 y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los contratos en que intervengan el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez serán obligatorios entre las partes contratantes, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado y que las formalidades extrínsecas establecidas para que los documentos públicos y privados en el mencionado artículo 1.280 del citado Cuerpo legal implican una facultad y no una obligación para ambas partes interesadas, es lo cierto que al quedar excluidos de la exención los contratos verbales cuyo cumplimiento deba constar por escrito y exigir el Código civil en su

o artículo 1.280, en relación con el 1.279, un documento, aunque sea privado, para hacer efectivas las obligaciones propias de los contratos de cuantía superior a 1.500 pesetas debe estarse a esa declaración legal en defecto de preceptos declaratorios o complementarios de la reforma escueta del artículo 3.º, número 5.º, de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1941 hecha por la de 17 de marzo de 1945 y recogida, sin otro aditamento, en el número 5.º del artículo 6.º del Reglamento de 7 de noviembre de 1947, y teniendo asimismo en cuenta para ello el carácter restrictivo que debe darse a las exenciones de contribuciones e impuestos, según doctrina constante de este Tribunal."

Comentarios.—Ante el claro pronunciamiento que se desprende del Considerando transcrito, sólo resta decir que, al fin, puesta en la balanza la indiscutible autoridad del Tribunal Central queda conocido el sentido del discutido y no claro texto del número 5.º del artículo 6.º: los contratos verbales exentos son aquellos cuya cuantía no sea superior a 1.500 pesetas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de abril de 1948.

EL DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE CIERTOS INMUEBLES OTORGADO POR EL CAUSANTE A FAVOR DE LOS HEREDEROS, AUNQUE HAYA SIDO LIQUIDADO ANTES DE LA MUERTE DEL CAUSANTE VENDEDOR, NO ES BASTANTE PARA EXCLUIR AQUÉLLOS DE LA HERENCIA SI, POR OTRA PARTE, SIGUEN AMILLARADOS A NOMBRE DEL VENDEDOR.

Antecedentes.—En febrero de 1942 doña Petra M. vendió en documento privado unos inmuebles a dos de sus sobrinos, siendo presentado a liquidación el mismo mes y liquidado el siguiente, y en abril de 1943 la vendedora falleció con testamento en que instituía herederos a aquéllos.

El liquidador adicionó a la herencia el valor de dichos bienes y los herederos y compradores reclamaron contra la adición por entender que la transmisión estaba plenamente acreditada con más de un mes de antelación al fallecimiento del causante, por lo que era inaplicable el artículo 75 del Reglamento, aun cuando los bienes siguiesen amillarados a nombre del mismo, cuya tesis rechazó el Tribunal Provincial di-

ciendo que la única prueba admisible contra la presunción reglamentaria era la de un documento público que en el caso no existía.

Los recurrentes sostuvieron ante el Tribunal Central que la frase "documento público" que emplea el artículo 75 es equivalente a documento auténtico, cuya cualidad era incuestionable en el discutido, so pena de estimar que el Reglamento deroga el artículo 1.227 del Código civil.

El Tribunal Central dice que, dándose las presunciones del artículo 75, no son desvirtuables más que con la demostración fundada exclusivamente en documento público, y el discutido no lo es a tenor del artículo 1.216 del Código civil, aunque en cuanto a su fecha produzca efecto contra tercero, de acuerdo con el 1.227 del mismo texto legal.

El único comentario que lo expuesto merece es que la dureza de la interpretación del precepto reglamentario es innegable, y que, no lo es menos, que ni la letra ni el sentido del mismo permitan otra cosa; contra la presunción establecida dice: "Sólo podrá prevalecer la demostración fundada en documento público."

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de marzo de 1948.

LA LEGISLACIÓN DE CASAS BARATAS CONTENIDA EN EL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1924, SEGÚN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY DE 29 DE ENERO DE 1932, NO CONCEDE LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO A LAS DONACIONES INTERVIVOS

Antecedentes.—Una Cooperativa de Casas baratas vendió una de éstas a doña América C. con la traba de que durante cincuenta años no podría transmitirse por otro título que el de herencia o donación a favor de la persona a quien correspondía el derecho de sucesión, y al poco tiempo aquella señora donó la casa a dos sobrinos haciendo constar en la escritura que en el testamento y ante el mismo Notario había nombrado herederos a los mismos donatarios, demostrándolo con copia auténtica del testamento.

La escritura fué liquidada por el concepto de herencias y recurrida la liquidación alegando que la transmisión estaba autorizada por la legislación de Casas baratas y exenta, conforme al número 35 del artícu-

lo 6.º del Reglamento, fué desestimada, porque el testamento por sí no concede la condición de heredero en tanto no fallezca el testador.

El Tribunal Central dice que la legislación sobre la materia, o sea el Real Decreto de 10 de octubre de 1924, según la redacción dada por la Ley de 29 de enero de 1932, estableció la exención en las transmisiones *mortis causa* de casas baratas habitadas exclusivamente por sus dueños, cuando se trate de sucesión directa o de la del cónyuge sobreviviente, y pagando la cuarta parte cuando se trate de colaterales y no haya otros inmuebles en la herencia; de donde se infiere que no hay exención genérica en relación con las donaciones intervivos. En todo caso, y por ser esencialmente revocable el testamento, la institución de heredero no da tal condición mientras viva el instituyente.

Como se ve, la doctrina de esta Resolución es sumamente restrictiva en relación con la letra del número 35 del artículo 6.º del Reglamento, pues lo que su texto dice es que la exención alcanza a "los actos y contratos referentes a casas baratas, económicas y para funcionarios".

Resolución de 4 de mayo de 1948.

PARA QUE LOS VALORES ASIGNADOS A LOS SOLARES A LOS EFECTOS DEL ARBITRIO DE PLUSVALÍA SIRVA DE MEDIO ORDINARIO DE COMPROBACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 80 DEL REGLAMENTO EN EL RESPECTIVO TÉRMINO MUNICIPAL ES INDISPENSABLE QUE LO TRANSMITIDO SEAN SOLARES PROPIAMENTE DICHOS.

Antecedentes.—En el caso se trataba de una finca urbana que comprendía edificaciones, huerta, jardín, etc., y se discutió si al terreno no edificado le era aplicable el aludido medio comprobatorio. El Tribunal Central dijo que no por no constar inscrito el terreno en el Registro municipal de solares, porque no basta que se trate de terrenos urbanos, sino que es indispensable que lo transmitido sean solares en su concepto específico.

La Resolución restringe, acertadamente, la aplicación del sentido literal del texto reglamentario, teniendo sin duda presente, no sólo que realmente no todos los terrenos urbanos son solares propiamente dichos, sino también lo elevados que suelen ser los índices de valoración que los Ayuntamientos forman para el cobro del aludido arbitrio de Plusvalía.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1948.

EL HECHO DE QUE, CON ARREGLO A LAS CLÁUSULAS FUNDACIONALES EN UNA INSTITUCIÓN DE BENEFICENCIA, LOS PATRONOS DE LA MISMA ESTÉN RELEVADOS DE RENDIR CUENTAS AL PROTECTORADO NO LE PRIVA DEL BENEFICIO DE LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS A PRETEXTO DE QUE ELLO PUEDE IMPLICAR LA EXISTENCIA DE "PERSONA INTERPUESTA".

Esta sentencia reitera la doctrina de otras anteriores, entre ellas la de 6 de junio de 1945, diciendo que el inducir que existe "persona interpuesta" del hecho de no estar obligados los patronos a formar presupuesto y rendir cuentas "sería introducir un nuevo requisito para la exención, que la Ley se abstuvo de establecer, y la Administración carece de facultades para establecerlo".

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

OBRA NUEVA
LEGISLACION DEL IMPUESTO DE DERECHOS
REALES Y SOBRE TRANSMISION DE BIENES

COMENTADA Y CONCORDADA (2.^a edición)

POR

JOSE MARIA RODRIGUEZ VILLAMIL

Se ha puesto a la venta la segunda edición, y comprende en un tomo de 720 páginas la nueva Ley y el nuevo Reglamento, con los correspondientes comentarios y la jurisprudencia al día.

Precio en rústica, 120 pesetas, en pasta española, 150, y en la corriente, 135.

Pedidos al autor, Alcatá, 157.—Madrid.

V A R I A

Derecho Procesal, adaptado al programa de Jueces Comarcales. Madrid, 1949, por Carlos Viada, Juez de Primera Instancia excedente y Secretario del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid, y Pedro Aragonceses, Juez Comarcal.

Siempre es difícil escribir un libro aun cuando sea una de las cosas que deben hacerse para quedar bien en la vida; pero más dificultades presenta el escribirle con ánimo de que sirva a los opositores a ingreso en Cuerpos del Estado. Entonces se necesita ciencia y paciencia, pericia, ideas muy claras y conceptos sencillos.

El opositor, salvo casos excepcionales, asimila con prisa y engulle lo que le dan, aceptándolo generalmente por bueno. No puede perder tiempo. El ritmo de la vida le arrolla y su afán es aprender para decir, para ingresar, más bien que para saber. Las ideas hay que servírselas en comprimidos, con instrucciones detalladas para su uso y sistematizadas u ordenadas, con esquemas de fácil recordación, por muy intrincada que la materia sea. Es inútil emplear páginas y páginas si el tema hay que decirle en un corto espacio de tiempo y en éste debe decirse todo lo que tenga más relieve, mayor importancia o deba decirse. No en discos, ni intentando desarrollar memoria fotográfica, sino en cuadros que se vean y se puedan dibujar en el aire con la mano. Los temas no se improvisan ni se concretan en la silla. Quienes intentan *estructurarlos* en el momento del ejercicio, van al fracaso.

Es muy conveniente facilitar también a los opositores bibliografía, con notas para ampliar conocimientos, aclarar dudas o rehacer el tema, según una posible orientación personal. Y es muy meritoria y seguramente apreciada para la calificación esta labor personal, que destacará

como un mérito y sumará puntos. Pero esto hace referencia al opositor y al preparador, no a los autores de Contestaciones.

En su "Derecho Procesal". Aragonese (temas 36 al 73 del programa) trata de lo que pudiéramos llamar Parte general. Organización y Proceso civil, y Viada (temas 74 al 85), haciendo honor a su apellido, de abolengo en el Derecho penal español, estudia los Procesos penales y en materia de trabajo, y del Procedimiento contencioso administrativo.

Esta división del trabajo que han hecho ambos autores favorece la unidad de la obra e impide las discrepancias, fáciles de surgir en una labor conjunta sobre las mismas materias, sin perjuicio de que la misma orientación preside los temas redactados por uno u otro. Las referencias doctrinales de autores españoles y extranjeros abundan, y el articulado de las Leyes de Enjuiciamiento español se sistematiza y se expone huyendo de la copia literal.

La extensión de los temas, dentro de la desigualdad impuesta por el programa, ha sido objeto de preocupación por los autores. Ni largos, ni cortos; dicen lo esencial y lo dicen en buen castellano. Además no se limitan a refundir o a citar, sino que a veces la crítica, en dos palabras, es personalísima.

Sorprende la labor de síntesis, sin mengua de la claridad y de la profundidad doctrinal, cuyos problemas sustanciales no se rehuyen. A primera lectura ya se vislumbra la posibilidad de dos Profesores futuros de Derecho procesal en sus autores porque cuanto dicen no es para salir del paso, sino el reflejo de estudios más hondos en distinta dirección.

Poco acostumbrado a la terminología procesal moderna, confieso que me desorienta en muchos casos la nueva técnica. Por ejemplo, el *principio de preclusión elástica de las deducciones*, consignado por Calamandrei en su obra "Instituciones de Derecho procesal civil", me parece griego y de la época clásica, en vez de estar incrustado en el Código procesal italiano de 1940. De esto no tienen la culpa los autores, naturalmente, que han acreditado ser capaces: no sólo de esta obra difícil, sino de otras de mayor envergadura, respecto de las que se les augura por anticipado éxitos seguros.

PEDRO CABELLO.

WERNER GOLDSCHMIDT-HIGINIO BARTOLOMÉ: *Derecho penal*. Adaptado al programa de Jueces Comarcales. Un tomo de 450 páginas.

Los autores de este trabajo, sobre la base de un programa, no muy extenso en cuanto al número de temas, pero sí lo suficientemente amplio para comprender la casi totalidad de los problemas que plantea el Derecho penal, tanto en el terreno doctrinal como en el de su aplicación, han elaborado un magnífico texto destinado, por su rigor científico y su enfoque pragmático, a sobrepasar el fin primordial que sus autores se propusieron, el de contestar a un temario, y será obra de consulta indispensable para los que en nuestra Patria se dedican al estudio de esta importante rama del Derecho.

El libro es el natural producto de la feliz combinación de sus autores, que, provenientes de campos distintos, tienen cada uno la noble preocupación de su correspondencia con el aspecto inverso, y complementario, del medio en que se debaten.

La parte general, comprensiva de los temas 1 al 19, ha sido redactada por el Profesor Goldschmidt, que ha realizado la ingente tarea de reducir a un sistema perfecto la materia que ha estado a su cargo. Los restantes temas, del 20 al 35, ambos inclusive, han sido desarrollados por Higinio Bartolomé con empleo en primera línea de la doctrina jurisprudencial más moderna.

Para hacer más fácilmente comprensible el éxito logrado en este no muy extenso, pero sí muy completo libro, que ha sido escrito en el increíble espacio de un mes, creemos necesario destacar algunos aspectos de la personalidad jurídica de sus autores:

El Doctor Werner Goldschmidt, nacido en Alemania, hijo de uno de los más grandes genios de la ciencia procesal, conocido universalmente, Profesor James Goldschmidt, realiza sus estudios en dicha nación, donde se doctora. Ya en nuestra Patria comienza a colaborar en diversas revistas jurídicas, y especialmente en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, donde pone de manifiesto la profundidad de sus conocimientos, especialmente en materia penal, internacional privado y filosofía jurídica, siendo asimismo muy notables sus estudios sobre el Derecho procesal. Publica diversos trabajos sobre la norma jurídica, hasta llegar a formular un sistema normológico perfecto en su "Sistema y filosofía del Derecho internacional privado, con especial

consideración del Derecho internacional privado español", libro que al publicarse el primer tomo (el segundo, según nuestras noticias, está próximo a aparecer) motivó una reunión especial del Instituto de Filosofía de Buenos Aires. Con anterioridad había publicado unas "Cuestiones varias de Derecho internacional privado", adaptadas al programa de Judicatura, que por su aceptación hicieron necesario una segunda reimpresión, y diversos trabajos monográficos, en los que puso de relieve su extraordinario conocimiento del Derecho comparado y su magnífica base jus-filosófica. La repercusión internacional de su obra se destaca con sólo señalar que ha sido nombrado miembro de los siguientes Institutos extranjeros y españoles: de los Institutos Internacionales de Filosofía Jurídica y Sociología de París y Buenos Aires; del Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero de Atenas, y del Instituto de Estudios Políticos de nuestra nación. Recientemente ha sido nombrado Profesor contratado de Derecho internacional privado de la Universidad Argentina de Tucumán.

El otro colaborador, don Higinio Bartelomé, realizó sus estudios en la Universidad Central, obteniendo el Premio de la Fundación Montalbán. En 1934 ingresó en la Judicatura y en el Secretariado. En 1937, militarizado, estuvo de Fiscal Jurídico Militar en Santander, donde asimismo fué Magistrado de Trabajo. En oposición entre Secretarios obtuvo en 1943 la Secretaría de Albacete y posteriormente, con el número 1, la de Madrid, que hoy desempeña.

Con estos antecedentes innecesario es destacar la valía de su obra, de la que el poco espacio de que disponemos nos impide realizar ni siquiera un somero examen. Baste con decir que es digna de sus autores

Catálogo de Derecho y materias afines. Librería Bosch, Barcelona, 1949.

Que un catálogo es un catálogo, nadie lo discute, pero que un catálogo de ahora tenga igual importancia que un catálogo de antes, bien puede entrar a debate. El importe del papel y de la imprenta, que antes no se tenía en cuenta, hoy es capítulo de grandes cavilaciones, muchas operaciones aritméticas y resúmenes estadísticos. Por eso es muy de agradecer a los editores y libreros que nos den a conocer los fondos de sus Casas.

Ellos pueden hacer negocio, pero nosotros podemos ahorrar tiempo

precioso para otros menesteres. No se trata tan sólo de estar al día en bibliografía, sino de conocer los libros de fácil adquisición, pues los otros... duermen el sueño en las librerías de viejo, esperando la mano, y no de nieve precisamente, que vaya a despertarlos.

Que no abrigue dudas José Bosch. Los juristas agradecen su esfuerzo y agotarán el catálogo, porque sería mucho pedir que agotaran las obras catalogadas.

Dichas obras son nada menos que 2.252, con sus precios y fecha de edición. Se recoge toda la producción española, con un índice de materias con más de 500 epígrafes y otro alfabético de 1.139 autores, en un tomo de 141 páginas, formato de bolsillo.

El que quiera saber más, ni siquiera necesita comprarlo, porque le remite la Editorial gratuitamente.

LA REDACCIÓN.