

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Diciembre 1948

Núm. 247

Donación a personas futuras

(Conferencia de Díez Pastor en la Academia Matritense
del Notariado)

El día 27 de febrero de 1948, en que D. José Luis Díez Pastor leyó su bellísima conferencia sobre *Donaciones en favor de personas futuras*, fué de máximo alborozo en la Academia Matritense del Notariado. Y lo fué más aún que en otras ocasiones perecidas, porque no se trataba tan sólo de la calidad de la persona, sino de la muy justificada impaciencia con que durante tanto tiempo se le había estado esperando en aquella tribuna. La tardanza de Díez Pastor en incorporarse a las tareas académicas ha sido precisamente, dicho sea en homenaje a la verdad, una de las dos únicas cosas que ha habido que lamentar en el brillante desarrollo de los cursos inaugurados hace cinco años. (La otra es el vacío causado por la desaparición de D. Manuel González Rodríguez, alma y mentor de la Academia en esta última etapa de su vida, que lanzó la flecha al aire con esperanzado corazón, sin que le fuese permitido verla dar en el blanco.)

Huelga todo intento de presentación para quien de ningún modo la necesita por sus preclaros y conocidos méritos. No incurriré en la ingenuidad de catalogarlos. Pero sí quiero hacer constar que la característica más sobresaliente de este admirado compañero, con serlo mucho su inagotable capacidad de asimilación, su tenacidad en el esfuerzo y su cultura tan bien cimentada, es esa pasmosa sencillez con que sabe abordar los más complicados problemas, llevándonos como de la mano, sin la más pequeña sensación de agobio ni de fatiga, hasta dar, cuando esto es posible, con la solución de las dificultades y conducirnos, cuan-

do no lo es, al punto preciso y exacto en que ya es forzoso detenerse. Pero muy pocas son las incógnitas capaces de desafiar a una inteligencia tan penetrante y tan ducha en esta clase de aventuras. Allí donde la mayoría sólo acierta a descubrir una senda escarpada y poco accesible, él encuentra, como por arte de magia, el auténtico camino real en que podemos seguir sus pasos plenamente asegurados contra cualquier tropiezo.

Claro está que no serían fáciles de conseguir tan halagüeños resultados si a la robustez de pensamiento no fuese unido en Díez Pastor un absoluto dominio de los medios de expresión y una maestría singular en el manejo del idioma, dócil instrumento de sus necesidades dialécticas cuya finalidad no le ha fallado nunca. En la parca retórica de este gran civilista, directamente montada sobre la rigurosa trabazón de las ideas, no hay cabida para lo superfluo; menos aún para lo que pueda ofender bajo cualquier forma que sea la limpieza y claridad del discurso. Cada palabra rinde su genuina significación, cumple su específico cometido y acude solicita a ocupar su puesto como si obedeciese a un toque de clarín. (No existen palabras intercambiables, ha dicho Melchor F. Almagro, y toda sinonimia responde necesariamente a una diferencia de matiz que, más tarde o más temprano, acaba por hacerse visible.)

La obra de Díez Pastor como publicista es muy reducida. No guarda relación, desgraciadamente, con sus amplias posibilidades y con lo que de él se puede esperar. Para conocerla por completo hay que recurrir a sus notas inéditas y a sus apuntes de cátedra, en los que puso tal vez lo mejor de su afán al servicio de la juventud y de donde tanto provecho han sacado las últimas generaciones de Notarios a quienes cupo la gran suerte de hacer bajo su dirección el trabajo preparatorio. El ejercicio docente es ingrato y aleccionador a un mismo tiempo. Tarea difícil en que no siempre están los resultados a la altura del esfuerzo, pero que, a cambio de ello, supone para el buen maestro, consciente de su deber y preparado para cumplirlo, un indudable enriquecimiento espiritual que lo convierte, aunque ello pudiera parecer paradójico, en el primero y más aventajado de sus discípulos. Marchando en esta nueva dirección impensada es como Díez Pastor ha obtenido los éxitos que más le deben envanecer y que no podrá olvidar nunca...

Sabido es que nuestro Código civil mira con notoria prevención las atribuciones patrimoniales a favor de *concepturus* o no concebido. No ya las que pudieran estar basadas en un contrato sinalagmático, cuya perfección exigiría como ineludible requisito un cruce de consentimientos actuales imposible de lograr en tal caso, sino incluso las nacidas de una transmisión mortis causa o de una donación. Es también la actitud que adoptan en general todos los ordenamientos jurídicos vigentes, dominados por una tradición romanista que ha dejado honda huella, bien perceptible, sobre todo, en el Código francés y en el italiano de 1865.

El artículo 758 del Código español sienta en este punto la norma fundamental: la capacidad del heredero o legatario instituido ha de calificarse necesariamente con referencia al día en que se abre la sucesión; para ese día es, por lo tanto, necesario que haya nacido o, por lo menos, haya sido engendrado. Y el 781 contiene la única excepción expresa, permitiendo adquirir al *concepturus* los bienes relictos por el testador, pero mediante el rodeo de una sustitución indirecta o fideicomisaria.

Análogos obstáculos se ofrecen a la transmisión gratuita por acto *inter vivos* en favor de estos hipotéticos sujetos de derecho. El del artículo 641, que reduce su posibilidad a los casos de reversión en términos equivalentes a los del 781, mencionado en su propio texto, y el del 627 que, tratándose de la donación directa, sólo se refiere al donatario ya concebido, sin hablar para nada del que aún no estuviese en el claustro materno.

La impresión que se saca de estos preceptos no puede ser más adversa para la causa del *concepturus*. O la institución en concepto de fideicomisario o la donación revertible: he aquí los dos únicos conductos por donde pueden llegar a él los bienes del disponente. Nunca podrá adquirirlos sin previa interposición; siempre los tendrá que recibir a través de otra persona.

¿Admite alguna rectificación esta rígida postura? Si pretendemos hallarla, como Díez Pastor en la zona del acto donatorio, tendremos que habérmolas, ante todo, con el arraigado perjuicio que atribuye a la donación la naturaleza jurídica de un contrato y consiguientemente la de un acuerdo de voluntades. En derecho hereditario el terreno está quizá más libre porque no se tropieza con ninguna clase de elementos contractuales ni hay posibilidad de insertarlos en su técnica,

pero otros estorbos de no menor entidad están acechando el paso del *concepturus*.

De todas formas, se hace preciso concretar el papel que desempeña la aceptación en materia de donaciones, y si éstas se encuentran bajo dicho aspecto, más cerca de lo contractual o de lo sucesorio, es decir, si hay un verdadero contrato de donación, o si la donación es un *modus acquirendi* del mismo tipo que la herencia, o si se le debe reservar un lugar propio y separado. (La cuestión parece haber sido prejuzgada por el Código napoleónico, que agrupa bajo una misma rúbrica *les donations entre vifs et les testaments*, y en sentido distinto por el nuestro, que también las sitúa por su parte fuera del área de los contratos. Pero no hay que fiarse de las apariencias.)

El conferenciante insiste, sin embargo, lo menos posible en las concomitancias que pudieran ligar a la donación con el legado y procura ceñirse de una manera estricta, sin fáciles comodines, al estudio de su propio tema. El derecho histórico de Castilla, examinado concienzudamente y puesto a contribución con singular oportunidad y pericia, le presta los mejores auxilios robusteciendo su tesis, y con ayuda suya y la de un arsenal bien provisto de los más finos conceptos logra poner a flote lo que tal vez pudo creerse perdido.

* * *

El antecedente más remoto de la tendencia que dejamos apuntada encuéntrase, a juicio de Díez Pastor, en un precepto de la Ley de las XII tablas, citado por el jurisconsulto Juliano, el cual excluye, en un supuesto de sucesión intestada, a los que a la muerte del causante *in rerum natura non sunt*. Esta preocupación teórica puede superarse sin gran dificultad en el Derecho sucesorio, puesto que el testamento es un acto unilateral en cuya formación no interviene la voluntad del heredero, pero es más difícil de eludir cuando se trata de una donación intervivos, negocio de tipo bilateral en que colaboran, por lo menos, dos sujetos actuales. Como dice Pothier, no se contrata con los muertos ni con los no nacidos: *le nèant est incapable a rien*.

Según nuestro Código civil, que en este punto sigue los pasos de las Ordenanzas francesas de 1539 y 1731, desviándose de la tradicional doctrina castellana, la donación se perfecciona por el consentimiento de donante y donatario; y no sólo es exigida la oferta del primero

y la aceptación del segundo, sino también, en algunos casos, el conocimiento de la aceptación por parte del donante. Cuando es imposible que exista la voluntad del donatario (como en el caso del *conceptus*), no puede por lo tanto tener vida la donación. Pues no cabe concluirla con los herederos del donante, ni con los del donatario, ni con persona alguna que pretendiese actuar en representación de un posible *concepturus*.

Pero ¿es cierto que la aceptación del donatario constituye un elemento esencial para la perfección del acto? Si en realidad fuese así, no sólo resultaría imposible la donación a personas futuras, sino incluso la reversión que hiciera recaer en ellas los bienes donados y que siempre tendría que ser considerada como una segunda donación a su favor.

Examina a continuación el disertante, en uno de los más notables pasajes de su conferencia, cuál es la verdadera función que a la voluntad individual corresponde en la génesis del negocio jurídico, subraya la decisiva importancia que reviste el momento de la declaración, cuya eficacia no siempre depende de la fidelidad con que en ella se reproduce el auténtico querer subjetivo, y pone de relieve los dos diferentes sentidos en que se puede tomar la palabra "aceptación" según se aplique a los contratos sinalamágicos (con efecto recíproco para ambas partes interesadas) o a los de índole lucrativa, en los que no existe promesa u oferta de prestación por parte del beneficiario, sin que, por lo tanto, la voluntad de este último añada nada a la perfección del negocio (en los sinalagmáticos, por el contrario, lo más valioso de la aceptación es lo que a su vez tiene de promesa). De aquí que la posición jurídica del donatario sea siempre más cercana a la del legatario que a la del comprador.

La donación se configuró siempre en el Derecho romano clásico como un acto de tipo bilateral con efectos transmisivos, de acuerdo con la conocida máxima *volenti non potest adquiri*. Pero el Derecho bizantino confiere acción a las donaciones meramente promisorias y las constituciones las sitúan entre los *contractus* cuya medula es el consentimiento. Nunca llega a ser, sin embargo, la donación un contrato nominado con figura independiente y su perfección depende de la forma que adopte en cada caso y que por regla general suele ser la de la *stipulatio*. Requisitos de la *stipulatio* (no de la donación) son la presencia y la interpretación del donatario. La doctrina medieval exige en la donación los requisitos de la *stipulatio* y ha de acudir a mil rodeos

para configurar la que se hace al que no esté presente, a los desconocidos y a los no nacidos.

Conforme a las Partidas, que la sitúan entre los contratos, sin exigir para ella la forma estipulatoria, la donación se perfecciona en principio por el consentimiento. Pero en la donación a "personas desconocidas" o al "que es en otra tierra" (ley 4.^a, tít. 4.^o, P. V.), la aceptación se esfuma. Una parte de la doctrina española acentúa el carácter consensual del acto donatario, de acuerdo con la actitud de Gregorio López (*exigitur consensus donantis et donatarii*) y la de Molina (*acceptatio donationis est ipsius substantia et perfectione*) basadas en el Derecho común, mientras otro grupo sostiene que, por aplicación de la ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá no sólo es válida la donación promisoria sólo *consensu, per pactum nudum*, sino que la que se hace al ausente es válida sin aceptación, por la eficacia que la Ley confiere a la *pollicitatio*.

Ahora bien: ¿cuál es el verdadero carácter de la *pollicitatio*? ¿Qué alcance tiene la citada Ley única del Ordenamiento de Alcalá? El concepto de *pollicitatio* como promesa unilateral obligatoria (*offerentis solius promissum*) se había formado ya en Derecho romano, si bien sólo se le reconocían efectos vinculatorios cuando se hacía en favor de una *res publica*. Y por una curiosa transposición de conceptos, llega un momento que en su específica función deja de comprenderse por la doctrina medieval, sus trazos quedan borrados y a partir de cierta época sólo se le encuentra referida a la donación, con la cual llega a confundirse. Los glosadores, cuyas vacilaciones influyen indudablemente en el comentario doctrinal de nuestras leyes reales, discuten por otra parte la validez de la donación a los pobres, la eficacia de la promesa de no revocar y la del juramento en los pactos.

El Ordenamiento de Alcalá proclamó la eficacia del pacto consensual en los términos más explícitos y anticipándose en siglos a las leyes del resto de Europa. Pero algunos creyeron que iba más allá y daba valor a la mera *pollicitatio*. Es, sin embargo, difícil determinar qué alcance atribuían a esta eficacia, porque no emplean el término *pollicitatio* en un sentido unívoco, sino que designan con él tan pronto la promesa irrevocable como la simple oferta contractual.

Era opinión difundida en la doctrina medieval que hay pacto "cuando uno promete algo a persona presente que acepta expresa o tácitamente". Pero nuestros autores no admiten el consentimiento tá-

cito más que en los negocios con causa lucrativa, no en los bilaterales onerosos, y ni aún así se atreven a mantener su tesis de un modo rotundo, sino que buscan un punto de apoyo para ella en la aceptación prestada por el Notario o por el Juez, supletoria al consentimiento del agraciado.

La aceptación prestada por el Notario está admitida por la glosa ordinaria y va íntimamente ligada al problema de la donación hecha al *concepturus*, porque, según una costumbre francesa muy arraigada en la práctica, *notarius potest pro absentibus et his qui nondum nati sunt stipulari*. La Ley 7.^a del tít. II P. V. autorizaba también a los Jueces y Escribanos del Concejo para "recibir donaciones en nome de otros" en los asuntos judiciales, facultad que la práctica hizo extensiva a los Escribanos públicos y reales. Queda, no obstante, la duda de si en tal caso podía el donante revocar la donación mientras la aceptación no hubiese sido ratificada. La práctica española puede conjeturarse que se inclinó a la irrevocabilidad (Covarrubias, Castillo, Salgado de Somoza), reforzada con una cláusula de estilo notarial en que el donante renunciaba las leyes concernientes al asunto. Notemos, sin embargo, que el negocio no es bilateral por el hecho de que el Notario estipule y acepte a nombre del *concepturus*. En los anotadores de Molina encontramos magistralmente definida su intervención: "Si bien la estipulación del Notario aprovecha al efecto de que aun sin aceptación no se pueda revocar, sin embargo, para el efecto de la adquisición, la aceptación es requerida." El Notario no actúa, por lo tanto, como parte en el negocio; no es estipulante en pro de tercero en el sentido actual ni representante del donatario. Es un elemento de mera simetría formal, que interviene *ad voluntantem donantis adstringendam*.

La vida de los pueblos y la sutileza de los juristas han marchado muy distanciadas en esta materia. El sentido vulgar niega importancia a la aceptación del donante y esta corriente vital ha puesto en las leyes y en la práctica muchas excepciones a la necesidad de la aceptación. Decía el Abad Palermitano que, cuando la *pollicitatio* tiene causa liberal, lleva en sí misma implícita la aceptación, la cual se presume por tratarse de *res favorabilis et concupiscibilis*.

La tesis de la bilateralidad, por otra parte, induce a la doctrina a construcciones arbitrarias. Todos reconocen que hay casos en que el desplazamiento patrimonial gratuito en que consiste la donación se efectúa sin que intervenga la voluntad del beneficiario, es decir, por

simples hechos del donante *inaedificatio*, condonación) o negocios jurídicos celebrados por éste con un tercero (asunción de deuda, etc.). Sin embargo, dice Sohm, nadie es donatario sin su consentimiento. Con ello volvemos a confundir el problema de la perfección con el del acto dispositivo o adquisición por parte del donatario, mediante la posterior declaración que querer hacer suya la cosa donada. E incluso se llega a decir que el donatario no aceptante tiene no sólo la obligación, sino incluso el derecho de devolver lo adquirido, que representa para él un enriquecimiento ilícito (Titze, Henle y Fischer), retorciéndose así la cuestión de tal modo, que parece que lo más urgente sería proteger al donatario contra el donante. Con razón dice Heck que, al menos de *lege ferenda*, la donación debería perfeccionarse por acto unilateral.

Apreciada así la aceptación en su verdadero valor, podemos revisar la doctrina vigente respecto de la representación del no concebido. Suele admitirse que, por interpretación *a contrario sensu* del artículo 627 de nuestro Código, los padres no pueden aceptar la donación a sus hijos nacerlos. Pero se olvida que la regla *inclusio unius exclusio alterius* no es racionalmente aplicable a las normas de carácter dispositivo, sujetas más bien a la de que donde hay la misma razón, la misma debe ser la consecuencia. Por otra parte, las dificultades técnicas de la representación del *concepturus* han sido superadas, por ejemplo, en el nuevo Código civil italiano, que la atribuye al futuro padre sin limitación alguna, y también podrían serlo en nuestro ordenamiento legal.

En todo caso la interpretación de los preceptos relativos a esta materia no puede cerrarse en un criterio dogmático intransigente, sino que se ha de buscar mediante la coordinación equitativa de los intereses en juego.

La forma más típica de la liberalidad a favor del no concebido es la que el Código civil, en su artículo 641, llama con manifiesta impropiedad "reversión de donaciones". El citado artículo nos remite a las normas del derecho sucesorio para la determinación del ámbito en que las donaciones pueden revertir, aunque parece dejar sujeta la perfección de estas disposiciones a los preceptos generales de la donación y a las normas que rigen para la estipulación en pro de tercero. Mas ni unas ni otras son adecuadas a la disposición en favor del no concebido, y la alusión del artículo 641 va racionalmente mucho más allá

de un mero prevenirse contra la vinculación revelándonos el verdadero entronque histórico y conceptual de la reversión con las sustituciones fideicomisarias.

Tropezamos otra vez con el viejo prejuicio que rechaza la donación directa al no concebido, lo mismo que en derecho sucesorio se opone a la institución directa en favor suyo, admitiendo, en cambio, que el beneficio de una y otra puede alcanzarle con sólo que pase antes por otra persona. Es, sin embargo, evidente que la sustitución no es más que una institución sujeta a modalidades de condición y plazo corrientes en derecho, y cierto también que el beneficiario de una reversión no recibe su derecho del donatario sino del donante, igual que acontece con el sustituto. Mas el derecho positivo sufre una desviación que en el área de las sucesiones dimana quizá de la supervivencia alcanzada por los grandes principios del Derecho romano, y en la reversión de donaciones se produce por mero influjo de las instituciones hereditarias.

Hay una tendencia de tipo vulgar, pero difundida entre los juristas, a creer que el fiduciario y el primer donatario son elementos indispensables de la transmisión al sustituto, a cuyo derecho sirven de *arcaduz*, como decía nuestro Solórzano Pereira, o de *canal*, como dijo Pothier. Pero lo cierto es que la adquisición de la herencia por el fiduciario o de la donación por el primer llamado no condicionan el derecho del sustituto, aunque ni la jurisprudencia ni la doctrina actual lo expresen formalmente.

El artículo 1.257 del Código civil, que proclama la licitud de la estipulación en pro de tercero, resulta inadecuado a la reversión de donaciones, puesto que en una aplicación estricta impediría que se perfeccionase la disposición antes de que el no concebido naciera y aceptase en vida del donante. De aquí resultaría inoperante contra toda lógica el artículo 641, que claramente autoriza la reversión a los no concebidos, siempre que estén dentro del segundo grado y aunque no vivan a la muerte del disponente. Es decir, que el artículo 641 arrastra el régimen de la reversión fuera del ámbito de las estipulaciones en pro de tercero.

El problema de la aceptación de la cláusula reversional dió lugar en nuestra doctrina a muy dispares criterios según se tratase de una donación de derecho común o de la constitución contractual de mayorazgos. El mayorazgo constituido por contrato se hacía irrevocable en ciertos casos sólo por la aceptación del primeramente llamado (Ley 44

de Toro) y contenía una serie indefinida de reversiones a favor de personas futuras. Pero, en cuanto a la donación de derecho común, mientras unos (Palacios Rubios y Pedro de Dueñas) opinan que basta la aceptación del primer llamado, otros (como Molina y Covarrubias) exigen la del segundo donatario, sin establecer diferencia entre la primera y la segunda donación. Al razonar estos últimos su dictamen apelan a expedientes arbitrarios, y así dice Molina que la donación perfecta en el mayorazgo se hace no a la persona, sino a la familia, por lo cual se entiende que el primer instituido acepta en nombre de ella y sería "*absurdissimum... requiri acceptationem infantium et nasciturorum*".

De este modo queda sentado que en todo caso, lo mismo en el mayorazgo que en la donación, la aceptación de los ulteriores beneficiarios funciona, como en el caso de la herencia, independientemente del acto dispositivo, sin ser, por tanto, un elemento de perfección y si la mera admisión de un enriquecimiento.

En el mecanismo de la estipulación en pro de tercero correspondería al primer donatario el papel de promitente, debiendo exigírsele, por lo tanto, la capacidad normal para contratar. Como donatario, en cambio, sólo necesita la capacidad natural para consentir del artículo 625, pues el 626 sólo exige la de contratar en las donaciones condicionales u onerosas. Ahora bien; la cláusula de reversión no hace que la donación sea condicional ni onerosa, porque, como dice la resolución de 17 de diciembre de 1925, "no impone ninguna obligación propiamente dicha a los adquirentes, siendo más bien *deducción* de la cosa donada", y el término "condición" se toma en el artículo 626 en el sentido de condición voluntaria que implica una prestación del donatario. En otros términos: donación y reversión son dos disposiciones distintas, aunque conexas, y suponen dos causas diferentes. La disposición reversional no puede revocarse por disenso del donante y del primer donatario, el cual no representa al segundo, y la independencia de ambas resulta más patente referida a las causas culposas de revocación.

Problema antiguo es también el de si la adquisición del primer donatario actúa como *condictio juris* para el nacimiento de los derechos del segundo. En la confusa terminología existente en que se barajan sin discriminar la estipulación en pro de tercero, la donación modal, la donación condicional y la reversión, predomina la tendencia

que identifica la reversión con la donación *sub modo*. Una y otra encajan genéricamente en la estipulación en pro de tercero, y no hay duda de que a favor del beneficiario de la carga modal existe una liberalidad.

Pero la estructura interna de ambas situaciones es distinta. La donación *sub modo* crea una obligación personal del donatario y un derecho correlativo del sujeto beneficiado, que por sí solos no ligan los bienes y cuyo incumplimiento no actúa resolutoriamente (artículo 797). El donatario no está obligado a prestación alguna mientras no haya recibido lo donado y el donante no responde del saneamiento.

En la reversión, por el contrario, no dice el Código que el donatario se obligue a transmitir los bienes, sino que se puede "establecer la reversión", cuya eficacia es automática. Cumplida la condición o llegado el plazo no se produce ninguna "obligación" de entrega, sino un cambio de dominio porque el del primer donatario se resuelve. Los efectos de esta resolución actúan *ex tunc* y arrastran cualquier acto de disposición intermedio realizado por aquél.

La adquisición del primer donatario no es, pues, indispensable para que nazca el derecho del segundo, y la máxima que aquí debe aplicarse es la misma que rige en el Derecho sucesorio de que la "sustitución fideicomisaria comprende la vulgar".

Consecuencia de todo lo dicho es que el régimen de la reversión ha de buscarse en la sustitución indirecta (con la que tiene una profunda afinidad, según pone de manifiesto la antigua doctrina de los mayorazgos) sin que nunca puedan entrar en juego respecto de ella las normas propias del derecho contractual.

Podemos llegar así a ciertas conclusiones de incalculable trascendencia, en las que cabe basar una nueva consideración de los preceptos jurídicos en vigor. La aceptación de la donación es una exigencia del Derecho positivo, pero no constituye un elemento sustancial de su propia estructura ni por lo general responde a una necesidad práctica evidente. Ningún obstáculo teórico se opone a la donación directa al no concebido que una interpretación racional del artículo 627 permitirá aceptar al futuro padre, aunque este caso se dé en la práctica con muy poca frecuencia.

Con estos datos estamos en situación de formular una doctrina práctica completa sobre la donación en favor del *concepturus*. En líneas generales cabe que las donaciones de este tipo se otorguen por los futu-

ros padres (dentro o fuera de una capitulación matrimonial) o por otras personas antes o después del matrimonio de aquéllos.

1. *Padres donantes.*—La donación anterior al enlace conyugal va normalmente contenida en las capitulaciones matrimoniales. El artículo 1.330 sólo libera de la necesidad de aceptación a las donaciones en favor de los futuros esposos o de uno de ellos. La donación a los hijos nacerlos no está literalmente comprendida en el precepto, pero, por lo antes expuesto, se ve que es de la misma naturaleza y debe gozar del mismo favor de la Ley. Mas aunque así no sea, podemos entender: o que acepta el futuro padre, si la que dona es la mujer, o que acepta la madre si el donante es el prometido, ya que la posibilidad de aceptar por el hijo futuro no nace de una patria potestad imposible o, finalmente, que acepta el mismo padre donante, puesto que la autocontratación en este caso no ofrece reparo alguno.

Si la donación se verifica después del enlace, su misma naturaleza impide individualizarla, porque los padres procuran por todos los medios la igualdad entre sus hijos y el número de los no concebidos se desconoce, es decir, que se donan unos mismos bienes para todos. El supuesto de donación conjunta a los hijos nacidos y nacerlos lo intentó resolver D. Manuel González Gordillo en un caso sometido a su autorización mediante un juego de condiciones; el supuesto es clásico y ya de antiguo se admitía que comporta una serie tácita de sustituciones parciales sucesivas.

Es; por lo tanto, un negocio mixto de donación y reversión que se perfecciona por la aceptación de los donatarios ya nacidos (pudiendo aceptar por ellos si son menores el mismo padre donante) sin que sea necesario igual requisito respecto de los nacerlos a quienes la reversión aprovecha.

La donación exclusivamente otorgada a los *concepturus* no parece viable por lo que tiene de autolimitación en vacío de la responsabilidad patrimonial.

2. *Donantes extraños.*—Aquí se presentan muchas menos dificultades que en las donaciones del grupo anterior. La donación directa se aceptará por los contrayentes, si es en capitulaciones matrimoniales, por cualquiera de ellos antes del matrimonio o por el futuro padre si se hace después. Si la donación fuese revertible habría de ser aceptada por el primer donatario o por quien lo representase. En el supuesto mixto de donación a los hijos nacidos con reversión parcial a los na-

cederos podrán aceptar los primeros si son púberes o el padre por ellos.

Parece ocioso advertir que, aun cuando todos los supuestos previstos son posibles, no todos tienen en la práctica la misma importancia ni la misma frecuencia. Un buen recetario es siempre útil si se maneja con la debida discreción. Por otra parte bueno es recordar que, según Oberneck, el Notario, en las cuestiones debatidas, debe atenerse a la opinión dominante antes que a la suya personal. Claro es que entre nosotros no siempre cuenta el Notario con una opinión dominante, ni siquiera con una opinión.

FLORENCIO PORPETA.

Notario de Madrid.

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

Derechos reales y pactos de trascendencia real

Aunque unos y otros tienen de común el referirse directamente a una cosa y poder hacerse efectivos *erga omnes*, se diferencian en que los primeros constituyen figuras tipificadas y, por consiguiente, limitadas, mientras que los pactos con trascendencia real no se hallan sometidos a ningún proceso de configuración y surgen espontáneamente de la voluntad para constituir las más variadas modalidades de los negocios jurídicos.

El derecho real ha constituido siempre el área de actuación de la técnica registral, y se fué el pensamiento de los autores de la primera Ley Hipotecaria y de los nuevos textos que sucesivamente rigieron.

Las últimas reformas insisten con energía en el mantenimiento de este principio. Así, el artículo 98 del texto refundido de la Ley recalca que los derechos personales no tendrán la consideración de gravámenes y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Y los redactores del nuevo Reglamento, en el artículo 9.º, no se han limitado a reproducir el texto del artículo 18 del anterior, sino que han considerado conveniente añadir a éste unas pocas palabras para dejar bien sentado que en el Registro no pueden tener acceso las obligaciones o derechos personales.

Se trata, con estos nuevos preceptos, que no son más que una machacona insistencia sobre principios harto conocidos de nuestro ordenamiento inmobiliario, de reafirmar la pureza de la función registral, cuyo prestigio no se aviene con la viciosa práctica seguida hasta ahora en muchas de nuestras oficinas de consignar en los asientos toda clase de estipulaciones.

Una mala entendida prudencia ha sido la principal causa de que muchos asientos obrantes en los libros de nuestros Registros sean ver-

daderas transcripciones. En la duda, y por aquello de que "lo que abunda no daña", se ha venido optando por la consignación de las cláusulas, sin considerar que ha sido mucho mayor el daño infligido a la propiedad con esa profusión de pactos, reservas y menciones, que el favor atribuido a los supuestos beneficiarios, ya que éstos raramente se han lucrado con la reserva o mención, a la que pocas veces alcanza la protección de la fe pública del Registro.

I

DERECHOS REALES

¿Numerus apertus o numerus clausus?

El enunciado se refiere a los derechos reales, nominados o no, susceptibles de constituir el contenido de un negocio jurídico independiente.

No hay problema en cuanto a la naturaleza y características del derecho real. Al no estar predeterminadas por el Derecho positivo, hay que atenerse a la doctrina de los autores, y éstos coinciden en lo fundamental. Por consiguiente, cuando el Código civil o la Ley Hipotecaria o cualquier otro texto legal hablan de derechos reales en general hemos de entender que aceptan el concepto que de los mismos dan los autores, por lo menos en lo que se admite sin discrepancia (atribuir al sujeto una facultad directa sobre las cosas, eficacia *erga omnes*, etc.).

La primera dificultad se ofrece al pretender averiguar si nuestro ordenamiento inmobiliario, siguiendo las huellas del Derecho romano, que sólo concedía a un número limitadísimo de derechos (servidumbres, superficie, enfiteusis y derechos de garantía) la categoría de derechos reales, y de acuerdo con los Códigos de la mayor parte de los países europeos (Alemania, Suiza, Austria, Hungría, Suecia, Finlandia, Holanda, Portugal), acepta un número limitado de tipos fijos de derechos reales, o por el contrario, sigue el sistema del *numerus apertus*, concediendo la posibilidad de dar efecto real a cualquiera relación jurídica referida a una cosa determinada.

Es inútil buscar un texto categórico que aleje toda duda sobre el sistema adoptado por nuestro Derecho positivo. Sólo el artículo 7.º del Reglamento hipotecario permite conjeturar que el sistema preferido es el del *numerus apertus*, al decir que "conforme a lo dispuesto

en el artículo 2.º de la ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio de los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de *trascendencia real* que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales". En este artículo, reproducción del 14 anterior, salvo las tres palabras subrayadas, ha encontrado la jurisprudencia de la Dirección de los Registros base para afirmar que nuestro ordenamiento inmobiliario sigue el régimen del *numerus apertus* (Resoluciones de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1.º de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943, 27 de marzo de 1947 y 27 de octubre de 1947).

Pero el precepto reglamentario, sobre todo en su redacción anterior, nos parece más claro que la jurisprudencia que lo interpreta. Decimos en su redacción anterior, porque el retoque introducido en el nuevo texto plantea otra vez la dificultad de tener que decidir en cada caso si el acto o contrato modificador de las facultades del dominio sobre inmuebles o derechos reales tiene o no trascendencia real, pues, como ya queda dicho, la ley se desentiende de dar el concepto de los derechos reales y no hay en todo nuestro Derecho positivo norma alguna que permita distinguirlos con un criterio de fijeza.

El artículo 14 del Reglamento hipotecario anterior al vigente, al permitir su inscripción, consagraba, en efecto, como derechos reales a los que, contenidos en un acto o contrato, modificaran las facultades dominicales, sin necesidad de que el ordenamiento jurídico los haya catalogado o incluido en la lista de los ya admitidos.

Así entendida la idea del *numerus apertus*, no parece que pudiera dar lugar a grandes dudas. Lo que sí puede discutirse es la oportunidad o conveniencia de sancionar este régimen que muy pocos países admiten. Si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía a este respecto, ¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario? ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?

Sin duda alguna, todos estos temores determinaron a nuestra Dirección General a oscurecer el sentido del *numerus apertus*, reconociendo sí que está sancionado por el Reglamento hipotecario, pero condicionando o limitando de tal modo su admisión que el artículo del Reglamento ha quedado reducido poco menos que a una declaración especulativa.

Así la Resolución de 11 de abril de 1930 declara que "la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble". Poco más o menos, las mismas palabras se leen en un considerando de la de 23 de noviembre de 1934.

En términos todavía más expresivos, la Resolución de 13 de mayo de 1936 dice que "los derechos reales conceden una relación inmediata con las cosas, con protección *erga omnes*, sin necesidad de intermediario, y están sometidos en algunas legislaciones al régimen de *numerus clausus*, criterio contradicho por el artículo 14 del Reglamento hipotecario, si bien tiene reiterado la jurisprudencia de este Centro directivo, que ello no puede autorizar la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble".

Muy significativa es también la de 21 de diciembre de 1943, contraria a la configuración del contrato de renta vitalicia con carácter real y, por tanto, a la aplicación del *numerus apertus* en este caso, porque "a pesar de su indudable influencia en el derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a su deber de calificación, favorecer los cálculos de terceros adquirentes y evitar la creación de derechos innominados y ambiguos".

Y en la de 27 de marzo de 1947, dictada ya bajo la vigencia del Reglamento de 14 de febrero del mismo año, decidiendo sobre una solicitud de cancelación de un pacto que figuraba en determinada inscripción, se afirma que "aunque no es posible desconocer las dificultades que entraña, en un sistema contrario al *numerus clausus* de los derechos reales, el criterio de selección para separar lo relativo al derecho

obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas, es indudable, que la nueva ley Hipotecaria reafirma el tradicional criterio de exclusión del ámbito registral de los derechos personales, y al prudente arbitrio y competencia del funcionario calificador queda reservada tan importante misión, para centrar así el verdadero contenido de la institución registral, desnaturalizado muchas veces cuando se recogen pactos, cláusulas y condiciones desprovistos de verdadera sustancia inmobiliaria".

Pero, entonces, cabe preguntar: ¿cuál de los dos sistemas rige en definitiva?

Nosotros creemos en un sistema de *numerus clausus* como regla, pero quedando un portillo abierto para admitir excepcionalmente derechos reales de los no catalogados, reteniendo el Centro directivo la facultad de sancionar jurisprudencialmente su admisión, interim y mientras una reforma legislativa no los consagre y configure de un modo definitivo.

En efecto; si, a tenor de la jurisprudencia hipotecaria, la voluntad no puede constituir relaciones jurídicas inmobiliarias con el carácter y efectos de un derecho real, es evidente que, en principio, el ordenamiento no reconoce más derechos reales que los que han logrado la investidura legal. Según la interpretación dada por la jurisprudencia hipotecaria al artículo 7.º del Reglamento, no es exhaustiva la relación de los derechos reales mencionados, en el artículo 2.º de la ley y en cualquier otro texto legal, sino que es posible adicionar otros a la lista admitida, pero que la voluntad humana no es suficiente por sí sola para crearlos, a propósito de un acto o contrato.

Siendo así, forzoso es admitir que toda nueva figura de derecho real que pretenda beneficiarse de la protección del Registro necesita una consagración que, mientras la ley no decida, sólo puede otorgarle la jurisprudencia de la Dirección de los Registros, por ser ésta el órgano a quien está encomendado asegurar en los Registros de la Propiedad la observancia de la ley Hipotecaria y de su Reglamento y decidir sobre su interpretación en las resoluciones de los recursos gubernativos que se interpongan contra la calificación de los títulos por los Registradores.

Puede, pues, afirmarse que sólo gozan *a priori* de la protección de la fe pública y de todas las ventajas del sistema los derechos reales reconocidos, catalogados y regulados por el Derecho positivo.

Un examen más o menos minucioso del Código civil y de la legislación hipotecaria permite formar el siguiente inventario de los dere-

chos reales, inscribibles o no, y de los derechos inscribibles, tengan o no naturaleza real, relación seguramente incompleta, pero bastante aproximada a la realidad:

- 1.º El dominio (artículos 348 Código civil y 2.º ley Hipotecaria).
- 2.º El usufructo, uso y habitación (artículos 467 y 524 Código civil y 2.º ley Hipotecaria).
- 3.º La posesión civil (artículo 446 Código civil).
- 4.º El derecho de accesión en sus diversas formas (artículos 358 a 374 Código civil).
- 5.º El derecho de cerrar las fincas rústicas (artículo 388 Código civil).
- 6.º Las servidumbres reales y personales (artículos 530 y 531 Código civil y 2.º ley Hipotecaria).
- 7.º El derecho de arrendamiento con los requisitos del núm. 5.º, artículo 2.º ley Hipotecaria.
- 8.º Los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos con las condiciones del núm. 5.º, artículo 2.º de la ley (artículo 13 Reglamento hipotecario).
- 9.º Las retrocesiones de arrendamientos inscritos (artículo 13 Reglamento hipotecario).
10. El derecho hereditario (artículos 657, 659, 661 y otros del Código civil).
11. Los derechos del legitimario de parte alicuota (artículo 15 ley Hipotecaria).
12. La condición resolutoria explícita caso de impago del precio aplazado en ventas, permutas y adjudicaciones (artículo 11 ley Hipotecaria).
13. Los derechos protegidos por acciones rescisorias y resolutorias dimanantes de causas que consten explícitamente en el Registro (artículo 37 ley Hipotecaria).
14. El derecho de obtener la revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones inscritas (artículo 37 ley Hipotecaria).
15. El derecho de obtener la rescisión de enajenaciones fraudulentas con los requisitos del núm. 3.º del artículo 37 de la ley Hipotecaria.
16. El derecho reconocido a los acreedores en adjudicaciones para pago de deudas cuando se estipule garantía real a favor de aquéllos sobre los bienes adjudicados (artículo 45 ley Hipotecaria).

17. El retracto legal (artículos 1.521 y siguientes Código civil).
18. El retracto convencional (artículos 1.510 Código civil y 107, número 8.º ley Hipotecaria).
19. Los créditos refaccionarios anotados (artículo 59 ley Hipotecaria).
20. Los derechos de superficie, pastos, leñas y análogos (artículo 107, núm. 5.º, ley Hipotecaria).
21. Los censos en sus distintas variedades (artículo 1.623 Código civil).
22. La hipoteca (artículos 1.876 Código civil y 2.º y 104 ley Hipotecaria).
23. La subhipoteca (artículo 107, núm. 4.º, ley Hipotecaria).
24. La anticresis (artículo 1.881 Código civil).
25. Los derechos de deslinde y amojonamiento (artículo 12 Reglamento hipotecario).
26. El contrato de opción (artículo 14 Reglamento hipotecario).
27. Las roturaciones legitimadas y concesiones administrativas de fincas para su colonización u otros fines de carácter social (artículo 30 Reglamento hipotecario).
28. El derecho a obtener la nulidad de los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital, constando en la inscripción la falta de esta licencia (artículo 94 Reglamento hipotecario, en relación con el 1.301 Código civil).
29. El derecho de retención (artículos 453 y 502 Código civil).

Por su condición de inscribibles se incluyen en la lista derechos que, según la mayoría de los autores, no son de naturaleza real (los números 7.º, 8.º, 9.º, 12 y 16), así como figuran en ella otros que, no siendo inscribibles, tienen la categoría de derechos reales (los números 3.º, 10.º y 17). Como fácilmente se observa también, figuran en la relación todos los derechos reales tipificados y aptos para ser inscritos por sí solos por constituir relaciones jurídicas independientes (los números 1.º, 2.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 18—en el caso de su enajenación o gravamen—, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 26); los que constituyen pactos o condiciones anejas a un acto o contrato inscrito eficaces contra tercero (los números 12, 13, 14 y 16); otros que representan la mera adición de elementos nuevos a un inmueble inscrito y cuya constatación en el Registro se obtiene por la simple voluntad del titular sin requerir acto o contrato alguno (el número 4.º); otros que tienen por

objeto proteger legalmente las facultades de goce o disfrute, cuya constatación registral puede ser útil y es permitida (número 25); y otros, en fin, que por ser de ineludible mención gozan del beneficio de la fe pública registral para que no se perjudiquen intereses que el legislador quiere proteger (números 15 y 28).

Los Reglamentos hipotecarios anteriores al vigente, al permitir la inscripción de los derechos reales que con diferentes nombres se conocen en los territorios de Derecho foral, citaban, por vía de ejemplo, algunos de ellos, como el usufructo conocido en Aragón con el nombre de Viudedad y el Heredamiento universal propio de Cataluña. El Reglamento vigente ha mantenido, como es natural, la inscribibilidad de los derechos reales peculiares del Derecho foral, pero omite la referencia a las dos instituciones citadas, que propiamente no constituyen tipos de derechos reales, sino simples modos de adquirir el dominio, el usufructo u otros derechos reales ya conocidos, propios o exclusivos de ciertas regiones en que rige Derecho foral.

En realidad, creemos que a los derechos reales de Derecho común antes enumerados son muy pocos los que se pueden añadir procedentes del Derecho foral. Más que tipos nuevos de derechos reales, algunos territorios ofrecen variedades de nombre y regulación de los ya conocidos. Así en Cataluña, el llamado derecho de *lluir y quitar* no es en esencia más que el retracto convencional del Derecho común, que en Cataluña presenta características variantes con respecto a las normas del Código civil. Los llamados Censales, Violaños y Vitalicios son derechos personales, a no ser que se garanticen con hipoteca. El *revessejat* y la *rabassa morta* son modalidades de enfiteusis. La *opción dotal* se reduce a un derecho de retención. La *tenuta* es una combinación de los derechos de usufructo y retención. Y así podrían repetirse los ejemplos. Más como curiosidad que por la importancia que pueda tener, acaso el único tipo de derecho real como distintivo de los relacionados anteriormente y que por cierto guarda analogía con el derecho de asiento en la Iglesia incluido entre los derechos reales que reconoce el Código civil alemán, es el derecho a ocupar una localidad, palco o butaca, que algunas personas tienen en ciertos teatros, como el Liceo, de Barcelona, derecho susceptible de transmisión temporal o perpetua y que indudablemente podría ser inscrito, si es que no lo está ya, a favor de alguno de dichos titulares.

Ni en Aragón los derechos de leñas, pastos y abrevadero, verdade-

ras servidumbres, o el derecho de saca o abolorio, modalidad del derecho de retracto, de los cuales se ocupa el Apéndice; ni en Navarra la donación *propter nuptias*, que es un modo de adquirir, o los pastos de faceria, que son también servidumbres, consituyen tipos de derechos reales que no estén ya reconocidos en el Código civil o la legislación hipotecaria, ni sabemos de novedad alguna a este respecto en los demás territorios de Derecho foral.

Nuestra interpretación del numerus apertus

Si nos es permitido jugar con el vocablo, diremos que la idea del *numerus clausus* en los derechos reales implica acotamiento, pero no agotamiento. Los derechos reales comprendidos en la lista gozan plenamente y *a priori* de los beneficios del ordenamiento hipotecario. Pero la lista es susceptible de ser ampliada. El Derecho evoluciona al compás de la vida y de las nuevas concepciones económicas y sociales. Unas instituciones perviven; otras caen en desuso; otras evolucionan para adaptarse a las nuevas necesidades; otras, en fin, surgen a la vida jurídica por imperio de la voluntad humana que, a necesidades nuevas, provee con fórmulas nuevas que el Derecho positivo no tiene más remedio que recoger y sancionar. Así, por ejemplo, en los antiguos derechos reales de garantía inmobiliaria se ha evolucionado hasta que, gracias a la creación del Registro, apareció la hipoteca, con lo que tales derechos pudieron constituirse sin desplazamiento de la garantía o sin necesidad de arbitrar formularias y peligrosas transmisiones. Así, la enfiteusis se arbitró en su tiempo como la fórmula jurídica más apropiada para obtener la repoblación y cultivo de las tierras, así como la edificación de las poblaciones.

Por lo tanto, la voluntad humana puede seguir y seguirá elaborando nuevos tipos de derechos reales como fórmulas jurídicas las más adecuadas para las nuevas necesidades que vayan surgiendo.

Indudablemente, así lo entiende y permite el Derecho positivo, como resulta con claridad del artículo 7.º, ya citado, del Reglamento hipotecario y también de la alusión general que a los derechos reales hacen el artículo 2.º de la ley Hipotecaria y el número 1.º del artículo 1.280 del Código civil. Como dicen Pérez y Alguer (en sus Comentarios al párrafo primero del *Derecho de Cosas*, por Martín Wolff), en estos artículos "se declara que la voluntad de los particulares (la

autonomía privada) puede engendrar, modificar o extinguir tales derechos". "Pero—continúan dichos autores—no se prejuzga la libertad de configuración, es decir, la facultad de producir tipos de derechos reales no regulados especialmente por la ley. Falta en el orden de los derechos reales un precepto como el del artículo 1.255 (libertad de configuración del contenido) con relación a los contratos o como los de los artículos 688, apartado primero, y 764 con referencia a los testamentos". Y termina el comentario: "Por tanto, las modificaciones que autoriza el artículo 14 del Reglamento hipotecario representan gravámenes, limitaciones reales del contenido de la propiedad de un derecho real. Pero siempre será impreciso el límite de la libertad de configuración que parece establecer dicho precepto."

En el proceso de formación de los derechos reales cabe, por consiguiente, distinguir dos fases: a) la de creación del derecho; y b) la de su configuración.

a) La voluntad humana crea el derecho cuando, para conseguir determinada finalidad, el propietario concede a otra persona la facultad de ejercitar sobre el objeto de su propiedad actividades que implican limitaciones correlativas en el derecho dominical. Por ejemplo: el dueño de un predio dedicado al cultivo de árboles frutales vende los frutos que el arbolado haya de producir en los cinco próximos años. Es negocio perfectamente lícito, que atribuye al comprador unos derechos de disfrute y limita en el equivalente las facultades dominicales del vendedor. No puede confundirse con ninguno de los derechos de goce o disfrute tipificados (arrendamiento, usufructo, etc.) en el Código civil. Podría ser uno de los negocios aludidos en el artículo 7.º del Reglamento hipotecario.

El derecho está creado. Presentada en el Registro, la escritura en que se contiene, toca al Registrador calificar sobre su naturaleza. Si se opone a su inscripción por considerar que se trata de un derecho personal, el Centro directivo resolverá en el oportuno recurso y si decide que es derecho real procederá su inscripción, de acuerdo con el artículo 2.º de la ley y el 7.º del Reglamento hipotecario. En tal caso, la inscripción que se practique gozará de todos los beneficios del sistema.

Si el Registrador inscribe de plano por calificar de real el derecho creado, entendemos que su calificación puede ser hasta cierto punto neutralizada. Imaginémos, en efecto, que después de practicada tal inscripción, se presenta un título contradictorio con el inscrito, por

ejemplo, una escritura de arrendamiento inscribible del predio otorgada con anterioridad a la de la venta de frutos ya inscrita. Si, como es de suponer, el Registrador denegare la inscripción del título por contradictorio, interpuesto recurso, la Dirección tendría que decidir sobre la naturaleza del derecho inscrito supuesto incompatible con el nuevo título, que es lo que en esencia se plantearía en el recurso, y si el Centro directivo calificaba de personal el derecho inscrito, aunque su competencia no se extendiera a resolver sobre la improcedencia de la inscripción ya practicada, que conforme a los preceptos legales está bajo la salvaguardia de los Tribunales de justicia, sí tendría que pronunciarse sobre el objeto del debate y por lo tanto declarar inscribible el presunto título contradictorio, ya que el artículo 17 de la ley sólo prohíbe la inscripción de títulos que sean incompatibles con otros inscritos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Es visto, pues, cómo en nuestra hipótesis, que juzgamos correcta, inscriba o no inscriba el Registrador un acto o contrato de dudosa trascendencia real, la calificación definitiva queda prácticamente reservada al Centro directivo, el cual puede, dentro de una estricta competencia, privar a la inscripción indebidamente practicada del beneficio de prioridad registral, uno de los más destacados de nuestro sistema hipotecario.

b) En la fase de creación el derecho real tiene una vida precaria, así en el aspecto hipotecario, según es visto, como en el estrictamente civil, puesto que, no habiéndolo estructurado todavía el Derecho positivo, pueden los Tribunales inclusive desconocer su condición de derecho real y negarle, por tanto, las características que la ley atribuye a los derechos de esta categoría. Un derecho real no puede aspirar al pleno reconocimiento de sus ventajas, así civiles, como hipotecarias y procesales, hasta que la ley lo haya sancionado como tal derecho y operado su configuración.

Como ya se ha indicado, la autonomía de la voluntad, si puede crear un derecho real, carece de facultades para estructurarlo, es decir, moldearlo, tipificarlo, darle un nombre y linearlo en sus más acusadas características, señalando así las condiciones precisas para su nacimiento como las normas reguladoras de su ejercicio y extinción.

Se comprende que esto no pueda dejarse al libre arbitrio de la voluntad, al revés de lo que ocurre en los contratos, que las partes pue-

den estructurar libremente según sus medios y necesidades, mientras no contravengan las leyes, la moral o el orden público. Así como el contenido de los contratos es un complejo de facultades y deberes cuyo ejercicio o cumplimiento no interesa ni trasciende más allá de las partes y sus herederos, en el derecho real las facultades se ejercen sobre objetos del mundo exterior, que si son bienes inmuebles, constituyen apreciables elementos de riqueza de la nación, que no pueden dejar indiferente al poder público en cuanto a las normas que hayan de limitar su uso o disfrute y disposición. Por otra parte, si el derecho real obliga a toda la colectividad, es lógico que solamente los órganos del Estado puedan regular el ejercicio de las facultades que confiere a su titular y los deberes de respeto que impone a todas las personas.

El momento y ocasión de dar estructura a los derechos reales que el tráfico jurídico ha creado, es el de las reformas legislativas a que periódicamente se someten los cuerpos legales pertinentes. Casi siempre ha precedido a este momento una larga etapa en que la práctica jurídica, la exposición doctrinal y la jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse sobre el nuevo derecho, su naturaleza, características y trascendencia social y económica, formándose esa conciencia jurídica que suele estar presente en la elaboración de toda novedad legislativa.

Como ejemplo típico, podemos referirnos al derecho de opción, incorporado a la lista de los derechos inscribibles, y en consecuencia reales, por el nuevo Reglamento hipotecario. Este derecho, que ya desde antiguo venía figurando como un pacto anejo a muchas escrituras de arrendamiento de minas y que se consignaba, ¿cómo no?, en las inscripciones correspondientes, surgió como negocio jurídico independiente cuando el auge industrial que siguió a la primera guerra europea hizo pensar en la explotación de las grandes reservas de energía contenidas en los ríos y lagos de nuestras regiones montañosas. Mientras se planeaban las futuras instalaciones y se tramitaban los expedientes de concesión de los aprovechamientos, gentes interesadas en estos negocios recorrían las tierras de montaña y allí donde veían un campo con algún manantial, o un molino o un elemento cualquiera utilizable para los fines de la explotación hidroeléctrica planeada se aseguraban su adquisición mediante contratos de opción que, por el escaso valor intrínseco de aquellos objetos y porque lo aleatorio de la venta no obligaba de momento a los propietarios a desprenderse de nada, se conseguían a cambio de primas reducidísimas.

Los Registradores se vieron en la precisión de calificar a menudo estos contratos de opción y, justo es confesarlo, las más de las veces los rechazaban; ya porque se negaran a admitir que la opción fuera un derecho real, ya porque, aun teniendo un criterio personal favorable a su admisión, creyeran oportuno extremar la cautela en asunto tan delicado como la inscripción de un tipo nuevo de contrato, de consecuencias trascendentales en la facultad dispositiva de los inmuebles afectados.

El señor Ossorio y Gallardo que, por su condición de Abogado asesor de una Sociedad concesionaria de importantes saltos en el Pirineo leridano, tuvo necesidad de estudiar estos contratos, atraído por la novedad del tema, publicó un estudio, acaso el primero en España, sobre el contrato de opción. Hemos de confesar que el opúsculo del señor Ossorio y Gallardo, si acusa una pluma correcta y ágil, no demuestra profundos conocimientos de la especialidad jurídica inmobiliaria.

A este estudio siguieron otros dedicados a la opción (Gayoso, Saldaña, Jerónimo González, Mengual, etc.), hasta formar una bibliografía muy apreciable; tanto por la cantidad como por la calidad.

Sin duda por considerar que el problema había adquirido ya el grado de madurez suficiente y que el Cuerpo de Registradores tendría opinión formada, el Centro directivo eligió para el año 1932 el contrato de opción como tema de la Memoria que por precepto reglamentario había que desarrollar todos los años. Sobre la específica finalidad que movía a la Dirección a señalar dicho tema, vamos a transcribir las últimas palabras del resumen de las Memorias publicado en el Anuario de dicho año: "En realidad, el singular interés que presenta la cuestión relativa a la inscripción o a la concesión de los beneficios del régimen registral al derecho de opción ha de venir condicionado por la naturaleza jurídica real o personal del mismo derecho. La Dirección ha indicado la necesidad de perfilar el criterio del *numerus apertus* que inspira el sistema español, y este punto de vista ha de estimarse certero no obstante las críticas que la novísima doctrina germánica ha dirigido contra el principio del número limitado de derechos reales establecido por el Código civil alemán

Tal ha sido el proceso formativo del derecho de opción, incorporado a la lista de los derechos inscribibles por el nuevo Reglamento hipotecario mediante los requisitos de su artículo 14, en los que ha plasmado su configuración hipotecaria, quedando reservado a las leyes

civiles el estructurar el mismo derecho en el aspecto contractual, para lo que no faltarán tampoco en su día calificados precedentes doctrinales y una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II

PACTOS DE TRASCENDENCIA REAL

Tanto como en la calificación de los títulos presentados a inscripción, la técnica registral se aplica al estudio de los pactos o modalidades más o menos accesorios anejos a los actos o contratos que han de inscribirse, para decidir sobre su naturaleza real o personal al efecto de que se consignen o no en la inscripción. Es esta una labor oscura y monótona, pero cuya importancia no cede a la de calificación propiamente dicha, tanto por lo que interesa que el contenido de los asientos se limite a lo estrictamente real, como por las dificultades que frecuentemente comporta esta labor depuradora del título:

Estas dificultades, puestas de relieve por la jurisprudencia hipotecaria, radican no sólo en la carencia de normas legales que permitan distinguir con seguridad lo que tiene trascendencia real de lo que atañe solamente al derecho de obligaciones, sino también en los escollos que a menudo se presentan para discriminar lo que es un pacto personal accesorio del negocio jurídico, cuyo ingreso en el Registro debe rechazarse de plano, de lo que constituye extensión y condiciones del derecho a inscribir, de obligatoria constatación, según el apartado 2.º del artículo 9.º de la ley y regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento.

Tales dificultades se agravan con la mayor complicación de los negocios jurídicos modernos y por otras causas, como las exigencias urbanísticas de estos tiempos, que obligan a consignar en las ventas de solares edificables multitud de prohibiciones y limitaciones.

El problema de discernir la naturaleza real o personal de cada uno de dichos pactos o estipulaciones no es de interpretación de normas, como el que se le plantea al juez, el cual en todo caso cuenta con reglas de interpretación. El Registrador tiene que decidir según su "prudente arbitrio y competencia"—son palabras de la Resolución de 27 de marzo de 1947—y las reglas tiene que construirlas él mismo, de acuerdo, claro está, con el espíritu de nuestras leyes civiles e inmobiliarias y nuestra siempre valiosa jurisprudencia hipotecaria, la cual no

sólo orienta al Registrador en casos análogos o semejantes de naturaleza dudosa, sino que le permite deducir del estudio de las Resoluciones dictadas un sistema de principios o reglas que faciliten con más garantía de acierto la tarea de eliminar de las inscripciones los pactos o cláusulas cuya consignación fuere improcedente.

Un examen más o menos cuidadoso de la jurisprudencia nos permite ofrecer los siguientes casos resueltos por el Centro directivo:

Es personal la obligación impuesta al heredero para que venda una finca y con el precio pague los legados no satisfechos, debiendo distribuirse el resto en la forma que el testador indica; por lo tanto, dicha obligación no impide la inscripción de la venta de dicha finca otorgada por el heredero y en la que el comprador se reserva el precio para pagar a un acreedor del que le vende. (Res. 21-6-1888.)

—La obligación de entregar a determinada persona un tanto por ciento de la cantidad que se obtenga en la redención de un censo es de naturaleza personal y no es, por consiguiente, necesario el consentimiento de esta tercera persona para cancelar el censo. (Res. 4-12-1897.)

—Es inscribible la hipoteca con el pacto de que si en determinado plazo no paga el deudor, promete éste otorgar la venta de las fincas hipotecadas a favor del acreedor por precio cierto; pero esta promesa, que no está sujeta a inscripción, no debe hacerse constar en la inscripción de la hipoteca. (Res. 16-11-1902.)

—La condición impuesta al legatario de no enajenar la finca y conservarla durante su vida como recuerdo del cariño del testador afecta sólo al legatario y es, por tanto, de carácter personal y no obliga a los herederos del causante, los cuales, por repudiación del legatario, pueden inscribirla a su nombre. (Res. 7-1-1904.)

—En cambio, la limitación que el causante impuso y que el titular aceptó de que no podría enajenar durante un lapso de tiempo, impide la inscripción de la escritura de venta otorgada por el heredero sin haber transcurrido el plazo señalado. (Res. 28-8-1907.)

—La obligación impuesta y aceptada por un hijo donatario de pagar la legítima materna a otros hijos del donante y mencionada en el Registro implica la constitución de un derecho real. (Res. 20-8-1906.)

—La obligación impuesta al heredero de pagar ciertas prestaciones, sin afectar bienes a su pago, debe considerarse personal. (Resolución 6-2-1909.)

—La obligación impuesta al adjudicatario de finca en una suce-

sión para proceder a su venta y repartir el precio entre varios de los coherederos es personal. (Res. 25-6-1909)

—No constituyen carga o derecho real obligaciones impuestas a los donatarios de distribuir los bienes entre ellos y otras personas más. (Res. 4-1-1910.)

—No es derecho real la obligación de no utilizar la energía eléctrica de un salto de agua para alumbrado de determinada ciudad ni el compromiso de no arrendar aquella energía con dicho fin. (Resolución 23-5-1910.)

—A pesar de la prohibición de enajenar, gravar y permutar impuesta por el causante a los herederos, si se adjudican a alguno de ellos bienes libremente en comisión para pago de legados, gastos de funeral, protocolización de operaciones particionales y gastos de un pleito, es inscribible esta adjudicación libre. Lo cual quiere decir que en tal supuesto hay que hacer caso omiso de la prohibición. (Res. 16-9-1910.)

—La obligación de dar aviso a persona determinada antes de vender o gravar una finca no reviste los caracteres de derecho real ni impide la inscripción de la escritura de venta otorgada sin tal notificación después de la muerte de aquélla. (Res. 20-3-1911.)

—No es inscribible el pacto estipulado en una escritura de préstamo con hipoteca en el que el deudor se obliga a no hacer contrato inscribible mientras no esté completamente pagado el acreedor, y si así lo hiciere, desde aquel momento se consideraría vencido el plazo de duración del préstamo. (Res. 9-6-1914.)

—El pacto de no arrendar estipulado en una escritura de préstamo hipotecario se equipara al pacto de no volver a hipotecar; y si las obligaciones personales no tienen acceso al Registro, tampoco deben tenerlo aquéllas de igual naturaleza, pero negativas, con personas indeterminadas, de ventajas dudosas y que entorpecen el crédito territorial. (Resoluciones de 28-7-1928, 6-7-1927 y 9-3-1918.)

—Con referencia a una cláusula testamentaria en la que se obliga al legatario que en el caso de vender la finca legada sean preferidas las dos personas que se nombran, la Resolución de 4 de enero de 1927 sienta la doctrina de que "contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia militan gravísimas razones que imponen una interpretación restrictiva".

—Es personal el pacto convenido en una venta a retro de que, una vez puesta la nota de consumación, el adquirente venderá las fincas en

subasta por el precio de su valoración y con el importe del remate se pagará a la compradora el precio abonado, rentas que se le adeudasen, gastos y pagos legítimos, entregándose el exceso que resulte a los vendedores. (Res. 29-9-1927.)

—La prohibición de enajenar y gravar una finca mientras no se pague el precio aplazado al adquirirla debe ser excluida del Registro y estimarse sin trascendencia real. (Res. 14-4-1921.)

—La obligación impuesta a los compradores de destinar parte del edificio a usos industriales es de dudoso carácter real. (Resolución 23-11-1934.)

—Es personal el pacto inserto en escritura de venta con precio aplazado por el que, si transcurriese el plazo de un año sin que la deudora haga efectivo dicho precio, se entenderá prorrogado indefinidamente hasta que el acreedor requiera notarialmente a la deudora, en cuyo caso deberá concederle un plazo mínimo de tres meses, y transcurridos éstos, se entenderán adjudicadas en pago las fincas descritas. (Res. 13-4-1936.)

—Es de carácter obligacional el pacto contenido en una escritura de venta por el que, si los vendedores tuviesen que vender una determinada casa de su propiedad y el presunto o presuntos compradores exigieren la adquisición de la finca que se vende en la escritura antes aludida, el comprador de ésta viene obligado a cederla de nuevo a los vendedores o a sus herederos con un aumento en el precio, que no podrá exceder del 160 por 100. (Res. 27-3-1947.)

—El pacto por el que se faculta a una señora, dueña del predio dominante, para abrir en la pared que separa su parcela de un pasaje o corredor "huecos, ventanas, balcones y, en una palabra, establecer toda clase de servidumbre de luces y vistas de la forma y dimensiones que estime procedentes", se halla amparado por el artículo 594 del Código civil y puede hacerse constar en el Registro. (Res. 27-10-1947.)

El estudio de estas Resoluciones y el resultado de la experiencia diaria permiten clasificar los pactos, cláusulas y estipulaciones inherentes a los actos o contratos inscribibles en los siguientes grupos: 1.º Reservas. 2.º Modalidades. 3.º Limitaciones; y 4.º Obligaciones.

1.º *Reservas*.—Los derechos reservados a favor del transmitente del inmueble o constituyente del derecho real deben mencionarse en la inscripción. No hay en esto la menor duda. La transferencia no es total y hay que restar al adquirente lo que el transmitente se reser-

va, ya consista en facultades de goce o disfrute, como el usufructo o un derecho de habitación, ya que en una parte del valor de la cosa transmitida, como la reserva de una cantidad para testar frecuente en los heredamientos universales de Cataluña. Otra cosa sería si el derecho reservado fuera incompatible con el negocio jurídico convenido, como parece serlo el pacto de reserva de dominio en una compraventa de inmuebles.

2.º *Modalidades*.—Las condiciones que determinan la producción o extinción de los efectos del acto o contrato han de constar, pues a ellas se refiere el número segundo del artículo 9.º de la Ley y regla sexta del artículo 51 del Reglamento. Y el artículo 23 de la Ley y 56 del Reglamento expresan la manera de hacer constar en el Registro su cumplimiento. Si no obligaren a denegar la inscripción del título, debe, por lo menos, hacerse caso omiso de las condiciones ineficaces, como las imposibles, las potestativas del deudor, las contrarias a la Ley o a la moral, etc.

Al igual que las condiciones debe hacerse constar la existencia del término. En cuanto al modo, en la mayoría de los casos se resolverá en una obligación, perteneciendo, por lo tanto, a la esfera del derecho personal.

3.º *Limitaciones*.—Las que se refieren a la facultad dispositiva de los bienes o derechos se traducen en prohibiciones de disponer y, por consiguiente, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

Los pactos que limiten los derechos del adquirente al goce y disfrute del inmueble dan lugar a las servidumbres reales o personales. Las reales no serán objeto de mención, sino de inscripción cuando se establezcan con los pertinentes requisitos de fondo y forma. En otro caso, se tratará de un pacto limitativo amparado por el criterio de libertad, sancionado por el artículo 594 del Código civil y que puede hacerse constar en la inscripción, como así lo decide la Resolución de 27 de octubre último.

Las estipulaciones que implican constitución de servidumbres personales a favor del transmitente o de otra persona individual o colectiva que se halle presente o representada en el acto del otorgamiento del negocio y acepte el derecho creado a su favor no hay duda que han de consignarse en la inscripción. En caso contrario, es decir, en el de imponerse al adquirente limitaciones en el disfrute del predio que be-

neficien a persona no presente ni representada en la celebración del contrato, debe hacerse caso omiso de la estipulación por constituir su constancia una mención, desprovista del beneficio de la fe pública registral a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la ley Hipotecaria. Este es el caso de muchos pactos dirigidos a imponer a los compradores de solares edificaciones al estilo de ciudad jardín o de otros planes urbanísticos.

Hay limitaciones que, aparte su objetivo intrascendente, no conocen beneficiario determinado, como la prohibición de edificar hasta transcurrido determinado plazo, la de destinar el inmueble a ciertos usos que no envuelven perjuicios o molestias que justifiquen tal prohibición, etc. Parece que estas limitaciones habrían de tener el mismo trato que las prohibiciones de disponer.

Existen pactos que son el reverso de las limitaciones, facultades de simple tolerancia. Así, el dueño de un predio segrega y vende una porción del mismo, facultando al comprador para que pueda edificar a menor distancia de la legal y abrir huecos sobre el resto, que se describe para que se inscriba de nuevo a favor del vendedor y se consigne dicho pacto en la inscripción. Interesa esto porque, si el comprador edifica en estas condiciones, habría un signo aparente de servidumbre que podría desvalorizar el resto que queda del vendedor. Entendemos que tratándose de una facultad de simple tolerancia y no de un derecho, tal estipulación no debe constar ni en la inscripción del resto ni en la de la parcela vendida como una cualidad de la misma.

4.º *Obligaciones.*—Huelga decir que no nos referimos a aquellas obligaciones fundamentales que afectan a la causa del negocio jurídico, como, por ejemplo, la obligación de devolver la suma prestada en una escritura de préstamo hipotecario. En nuestro sistema, que sólo en contadísimos casos parece admitir el negocio de disposición, con abstracción de la causa obligacional, tales obligaciones han de figurar en la inscripción como parte integrante de la misma.

Aludimos solamente a aquellas obligaciones accesorias del acto o contrato, afecten o no a las facultades de disposición, goce o disfrute del inmueble o derecho real objeto del negocio jurídico. De unas y otras pueden citarse innumerables ejemplos: Impongo al legatario B. la obligación de pagar las 1.000 pesetas legadas a C.; el vendedor se obliga a facilitar al comprador para el riego de la parcela segregada tantos litros diarios de agua procedente de la mina del resto de la finca que

queda de dicho vendedor; el comprador se compromete a edificar sobre el terreno comprado, en el plazo máximo de dos años, una casa de tales o cuales características, de acuerdo con los planos de urbanización que rigen en las edificaciones de la zona a que corresponde el terreno que se transmite; el comprador se obliga a no vender todo o parte del terreno que compra en parcelas inferiores a los cien metros cuadrados.

Estas obligaciones deben eliminarse de la inscripción como comprendidas en el artículo 9.º del Reglamento hipotecario. Pero si se condiciona el incumplimiento de las mismas con la facultad de resolver el contrato, lo cual puede hacerse al amparo de la libertad de pactos, cláusulas y condiciones que permite el artículo 1.255 del Código civil, entonces tales obligaciones han de constar en la inscripción en acatamiento a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 9.º de la ley Hipotecaria y sexto del artículo 51 de su Reglamento, y estas obligaciones surtirán efecto contra tercero, según la primera de las excepciones al párrafo primero del artículo 37 de la ley. Es la misma fórmula del precio aplazado contenida en el artículo 11, que indudablemente puede utilizarse para asegurar contra tercero toda clase de obligaciones. Por suerte es poco frecuente en los contratos la reserva expresa de esta facultad, pero hemos de reconocer que es muy lamentable que, mediante este sencillo expediente de las condiciones resolutorias explícitas, la libre voluntad de los contratantes pueda ser suficiente para dar trascendencia real a todos los pactos o estipulaciones que se contengan en un negocio jurídico inscribible. Es una verdadera lástima que las últimas reformas hipotecarias no hayan puesto freno a esta omnímoda libertad en cuanto pudiera malograr los nuevos preceptos dictados para que los derechos personales no tengan acceso al Registro.

JOSÉ SERVAT ADUÁ.

Registrador de la Propiedad.

Comprensión de la fe pública registral

Hasta hace poco no se había puesto a discusión que toda segunda inscripción gozaba de los beneficios de la fe pública, aun cuando la primera, la de inmatriculación, llevase fecha posterior al contrato entre los respectivos titulares de aquéllas. El silencio sobre el particular parecía indicar un asentimiento de Notarios, Registradores, profesionales e interesados.

Concretamente sobre este punto no había más que una nota en los *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, año 1945, del Sr. Sanz, cuando explicaba la fe pública registral, nota que decía en su segunda parte: "Mas si A. tampoco tuviera inscrito su derecho, aunque lo hiciera después por vía de inmatriculación practicándose las demás inscripciones, no se aplicaría el artículo 34 en tanto no transcurrieran los dos años del artículo 347." Y en la primera parte de la nota decía: "Si A., titular inscrito, vende a B., quien antes de inscribir su derecho vende a C., hipotecando éste a favor de X., es evidente que si con fecha posterior se practican las inscripciones de B., C. y X., entra en juego la fe pública registral."

Pero el segundo párrafo de la nota ha desaparecido en las *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1947, del citado autor, supresión muy significativa, máxime porque el texto a que se refiere aquella nota, aunque está sosteniendo es indiferente, se haga la inscripción del transmitente antes o después del contrato en virtud del cual enajena a su vez, más bien parece referirse al caso de que hubiera una inscripción vigente con la que pudieran enlazarse las que faltaban por hacer.

También en el año 1947 el Sr. Villares Picó daba como cosa cier-

ta y segura la no protección de la fe pública en aquel supuesto en un trabajo publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número de julio-agosto, donde dice: "Sucede, y con frecuencia, que el transferente en una venta o permuta se presenta con el adquirente en la Notaría con su título pendiente de inscripción; razón por la que no podrá el adquirente acogerse a la eficacia de la fe pública registral propiamente dicha porque el transferente no figuraba en el Registro con facultad de disponer en el momento de la perfección del contrato y proceden a otorgar la escritura, no obstante, y luego se llevan las dos al Registro para inscribir a nombre del transferente y luego a favor del adquirente. En este caso el adquirente no es tercero comprendido en el artículo 34..." La frecuencia del suceso, según reconoce el propio Villares, es prueba de que existía aquella opinión común, especialmente entre los Notarios, que decíamos al principio, favorable a la aplicación del citado artículo de la Ley.

Pocos meses después, en la *Revista de Derecho Privado*, de diciembre de 1947, el Sr. Vallet de Goytisolo se ocupa de la opinión del señor Villares, y distingue entre el caso de que la finca se hallase ya inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el caso en que el título del transferente es inmatriculado después de la adquisición de un tercero; en el primer caso entiende que la adquisición será protegida por la fe pública si el tercero ha comprado en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, mientras que en el segundo caso cree nunca protegerá la fe pública al adquirente.

Con la supresión de la segunda parte de la nota-ejemplo del señor Sanz la opinión emitida por el Sr. Villares en términos generales y la del Sr. Vallet, tan categórica y clara, es un hecho que el problema está planteado, y frente a caso tan importante y de cada día conviene poner las cosas en su punto si, como creemos, es falsa aquella posición adversa y acertada la que vamos a defender tratando del supuesto de que no exista registro especial de la finca, pues al resolverlo de modo positivo queda resuelto igualmente el supuesto de que existiera una inscripción de titular anterior al transferente.

No creemos que aquel criterio contrario sea correcto, que esté conforme con los principios hipotecarios y con la urdimbre de la Ley. Acaso el artículo 34, leído aisladamente y desarraigado del sistema inmobiliario, olvidando para ello que no hay más verdad que la insita,

en un sistema, pudiera entenderse de aquel modo; y todavía para ello habría que pasar por alto la discrepancia entre las palabras que emplea el precepto y las que emplea el Sr. Villares como si fueran las del precepto. El artículo 34 atiende a la adquisición, al momento en que el tercero adquiere un derecho real y no a la perfección del contrato, que es el momento contemplado por el articulista aquél; y puesto que en derecho inmobiliario se adquiere el derecho real cuando se inscribe, a este momento es al que hay que atender para saber si el adquirente es tercero o no, es decir, si existe entonces el derecho a nombre del enajenante o si el adquirente ingresa con su derecho en el Registro sin derivarlo de otro titular inscrito.

La explicación que hemos dado nos parece más de acuerdo con la propia expresión del precepto desde su primitiva aparición hasta hoy, sin que sea óbice la explicación de los expositores en general, quienes, por las frases que emplean, nos representan demasiado a lo vivo un adquirente yendo a la oficina a ver el asiento ya extendido a favor del enajenante para que el adquirente se fiara de dicho asiento por haberlo visto y leído y hasta estudiado, idea que hace decir a Gayoso que el derecho del transferente ha de estar inscrito, sin que baste la presentación, donde faltarían los detalles necesarios para juzgar del acto.

No sólo los autores españoles, también los de fuera, hablan del adquirente que se fía del Registro, del que se confía en el Registro; éstas son las locuciones corrientes; pero no creemos que tales expresiones lleven consigo las consecuencias manifestadas por aquellos tres autores mencionados.

La Ley crea un dispositivo en virtud del cual el asiento derivado de otro anterior otorga a su titular ciertas protecciones. Se trata en realidad de una ficción, basada en determinadas presunciones desde luego; concretamente: en la de que el adquirente habrá actuado con cautela sobre quién sea el propietario para el tráfico de inmuebles garantizado por el Registro.

Como exactamente dice el profesor D. Alfonso de Cossío, se sustituye la facultad material de disposición por el contenido del Registro. En Derecho civil el comprador adquiere a pesar de que creyera no era propietario el vendedor. Pues de igual manera, aunque se probara que el adquirente no había consultado el Registro, que había prescindido por completo de sus libros, incluso que estaba en el error de

que era titular inscrito distinta persona del transmitente; no por ello el adquirente dejaría de ser el tercero del artículo 34 en su caso. Tal es la fuerza de aquella ficción legal.

Ocorre, después de todo, en Derecho inmobiliario lo mismo que en Derecho civil, donde, repetimos, el que adquiere del verdadero propietario, adquiere bien, aunque obrara negligentemente, con ignorancia de si el transmitente era en verdad el propietario y aunque creyera que no lo era. El Digesto, en el fragmento de Paulo, parte IV, libro XXII, título VI, número 9, párrafo 4.º, abarca los dos supuestos: ignorancia y error respecto del propietario por el comprador, y en ambos se reconoce se hace dueño (*dominus officitur*) el comprador si recibe del dueño (*si a domino ei tradatur*), porque hay más en la realidad que en la apreciación de la mente (*plus in re est, quam in estimatione mentis*). Es decir, vence la realidad, las relaciones externas, a la creencia individual, al estado psicológico. Pues bien; para el Derecho inmobiliario, el propietario es el titular inscrito, y siendo esto así, aparece evidente que el Registro opera por sí solo y, por lo tanto, es indiferente para el mecanismo registral que las inscripciones guarden o no el orden de los contratos que las producen y haya o no sincronismo entre unas y otros.

El precepto contenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria contribuye, rectamente entendido, como desde su aparición lo fué en la práctica, a la interpretación que damos del 34. El artículo 20, como estrictamente hipotecario que es, no limita la facultad de disponer en el sentido de que únicamente pueda tener tal derecho el titular inscrito, sino que exige para la inscripción normal del adquirente la previa del transmitente y, por lo tanto, aunque el título de éste sea de fecha posterior al de aquél, se inscribe y después el del adquirente, aplicándose así el artículo 20 con su poder de convalidación, modernamente tan puesto de realce por la doctrina, cosa que ya estaba implícita en la primera Ley, la de 1861, cuando permitía en el segundo párrafo de dicho artículo 20 la subsanación, en cualquier tiempo, de la falta de la previa inscripción omitida. Pues bien; nunca hemos leído ni oído, ni nos ha pasado por las mientes, que las inscripciones practicadas con aplicación del artículo 20, según acabamos de decir, tengan limitados sus efectos que no gocen de la plenitud de la eficacia concedida en general a la segunda inscripción y, por tanto, la que le atribuye el artículo 34 de la repetida Ley.

También aquí prosigue el paralelismo entre el Derecho civil y el Derecho inmobiliario. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la validez de la venta de cosa ajena, la doctrina unánimemente admite que se confirma o convalence la venta de cosa ajena si el vendedor adquiere posteriormente la propiedad. Al consolidarse la propiedad en el vendedor quedó purgado *ipso facto* el vicio originario de la venta, dice, por ejemplo, Troplong, citado por Gasca. Trasladándonos ahora al Derecho inmobiliario, la venta de cosa hipotecariamente ajena (no inscrita) se convalida si más tarde el vendedor la adquiere hipotecariamente (la inscribe).

Otro argumento en nuestro favor lo proporciona el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, manifestación también de la fe pública registral, pues en su texto, de redacción más apropiada, no se alude a inscripción alguna del Registro por el que inscribe, sino que claramente se expresa es la inscripción por sí sola la que le protege.

El expediente ideado para asegurar el tráfico de inmuebles lo está a base de una presunción, según ya hemos dicho, la cual es que quien contrata es conocedor del estado registral de los mismos, pero esto no pasa a ser un requisito o exigencia, como lo demuestra el que no se admita prueba en contrario de tal conocimiento o información presunta. Si no deja de ser un arbitrio que el asiento en un libro supla al dominio, no se acentúa lo arbitrario al no precisarse el verdadero examen del Registro, y con ello no se agrava la condición de los extraños, que queda igual aunque la inscripción del transferente se obtenga con posterioridad a la enajenación. En realidad, el fundamento de la fe pública lo pone la Ley en la inscripción reiterada con doble aplicación, por lo tanto, de los principios de legalidad y autoridad y de la calificación técnica de los títulos sin que, por otra parte, la fe pública concedida al segundo asiento apoyado por otro anterior, pero posterior a la adquisición por el titular de aquél, ocasione más perjuicios a los extraños al Registro que si fuera indispensable para enajenar la inscripción previa a nombre del transmitente.

Es cierto, y lo hemos recordado, que los autores, en general, explican el principio de la fe pública registral basándola en la confianza inspirada al adquirente, por la inscripción del tradens; pero, consciente Wolff de que el precepto se independiza de la presunción al decirnos que la fe pública del Registro garantiza la validez de las disposiciones sobre un derecho inscrito y presupone un negocio de disposición sobre

el mismo, nos advierte no hace falta que el derecho esté ya inscrito en el momento de la declaración de disposición.

La opinión sustentada por nosotros encaja perfectamente con la síntesis contenida en el preámbulo de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que dice que a los efectos de la fe pública no se entenderá por tercero más que al causahabiente de un titular registral por vía onerosa.

ENRIQUE MOLINA Y RAVELLO.

Notario.

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, Alcalá, 157.—Madrid.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO DE FINCAS. — LAS OPERACIONES DE ESTA CLASE LLEVADAS A CABO CON ARREGLO A LO PRECEPTUADO EN EL TÍTULO XV DEL LIBRO III DE LA LEY PROCESAL, NO DAN NI QUITAN DERECHOS, NI SIRVEN PARA DESPOJAR DE TODO O PARTE DE TERRENOS LÍMITROFES MIENTRAS NO RECAIGA SENTENCIA EN EL JUICIO DECLARATIVO QUE PROCEDA CONFORME A LA CUANTÍA LITIGIOSA.

Resolución de 15 de diciembre de 1947 ("B. O." de 6 de octubre de 1948.)

"Doña Josefa Durán Decap y doña Leonor Dolz Sanjuán promovieron el año 1935, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Valencia, actuaciones para la práctica del deslinde y, en su caso, amojonamiento de dos fincas de su propiedad, sitas en Godella, partida de la Ermita del Salvador. Constituídos el 23 de febrero de dicho año en la citada partida el Juez de Primera Instancia don Francisco de P. Carrión y Carretero, asistido del Secretario y del alguacil del servicio, comparecieron en el mismo lugar el Abogado, el Procurador y el Perito designados por la parte actora, y se procedió a efectuar el deslinde y colocar unos mojones provisionales. Cuando se acababa de llevar a cabo el deslinde se presentaron el Padre Laureano Ferrer, en representación del Superior de la Comunidad de Terciarios Capuchinos, y don José Bagues Ferrando, que habían sido citados para intervenir en las diligencias, como propietarios de predios colindantes. El señor Bagues manifestó su conformidad con el deslinde practicado; y en cuanto al otro colindante, en el acta judicial se consigna lo siguiente: "Por el

Padre Laureano Ferrer se manifiesta, previa la venia del señor Juez, que concurre a este acto, no para formular una oposición, pero sí quiere que se haga constar, cumpliendo mandatos de sus superiores, que la finca de la propiedad de la Comunidad que dirige está delimitada, por unos lindes consistentes en unas zanjas y en unos mojones que han quedado incluidos dentro de las fincas deslindadas al practicar esta diligencia". El 16 de marzo de igual año se constituyó de nuevo el Juzgado, con asistencia de los señores Bargues y Padre Laureano Ferrer, y se sustituyeron los mojones provisionales por otros definitivos; y por providencia de 8 de abril siguiente, se acordó la protocolización de las actas de deslinde y amojonamiento en la Notaría de don Enrique Taulet, quien llevó a efecto lo acordado mediante acta extendida el 11 del mismo mes de abril.

Según afirma el recurrente, sin acreditarlo en forma auténtica, copia de esta acta fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Moncada, sin que pueda presentarla, porque se perdió, y en el Registro no pueden expedir certificación de las inscripciones por haber sido destruido durante la pasada guerra; y en su consecuencia, se obtuvo otra copia del acta de protocolización, expedida por el mismo Notario señor Taulet, para reinscribirla en el Registro, con el fin de facilitar la inscripción de la segregación de una parcela correspondiente a una de las fincas deslindadas, enajenada por escritura, autorizada por el repetido Notario el 17 de julio de 1940.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Moncada copia del acta de protocolización de las actuaciones de deslinde y amojonamiento, se puso a continuación de la misma la siguiente nota: "Inscrito el deslinde y el amojonamiento de las dos fincas en cuanto a los linderos que tienen comunes con don José Bargues Ferrando, donde dicen los cajetines puestos al margen de la descripción de ambas fincas deslindadas. No se admite la inscripción del deslinde y amojonamiento con los terrenos de la Comunidad de Terciarios Franciscanos por defecto de no haber habido la avenencia que exige el artículo 2.070 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indispensable en un acto de jurisdicción voluntaria, pues si bien el Superior dice que no formula oposición, lo cierto es que se opone de hecho, pues hace constar su disconformidad con los linderos y mojones trazados entre la finca de la Comunidad y las deslindadas. Este defecto es insubsanable; no permite tomar anotación preventiva."

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el auto apelado y la nota del Registrador, aunque estimando subsanable el defecto por éste calificado de insubsanable, mediante la correcta doctrina siguiente:

Que con arreglo a los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, la *actio finium regundorum* y consiguiente fijación de la línea divisoria de los predios contiguos, aparte de su ejercicio en el correspondiente juicios declarativo, puede tener plena eficacia práctica por voluntad de los interesados manifestada extrajudicialmente o también si los concurrentes a las diligencias sustanciadas por los trámites de jurisdicción voluntaria llegaren al acuerdo que requiere el párrafo segundo del artículo 2.070 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que cuando se utilizare el procedimiento de la jurisdicción denominada voluntaria por tradición combatida por varios tratadistas, la doctrina española, coincidente con la extranjera, sostiene que las operaciones de deslinde son por su naturaleza más propias de la actuación notarial que de la judicial, equipara la concurrencia de los dueños de las fincas contiguas a la de los otorgantes en los contratos, estima que las causas que pueden invalidar éstos son aplicables a ambos casos, y llega a la conclusión de que sólo con la conformidad explícita o implícita de los interesados es procedente el deslinde.

Que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que las operaciones de deslinde y amojonamiento llevadas a cabo con arreglo a lo preceptuado en el Título XV del Libro III de la citada Ley Procesal, no dan ni quitan derechos, ni sirven para despojar de todo o parte de terrenos limítrofes mientras no recaiga sentencia en el juicio declarativo que proceda conforme a la cuantía litigiosa.

Que, en concordancia con lo anterior, un conocido procesalista español, opina que la fuerza y valor de tales operaciones realizadas en la vía de la jurisdicción voluntaria, *inter volentes*, dependen del consentimiento de los interesados; que si interviene la autoridad judicial no es como requisito esencial, sino para dar más solemnidad al acto o para salvar los inconvenientes que pudieran surgir de la dificultad de reunirse todos los dueños de predios contiguos, a la simple instancia del más interesado, o de la resistencia pasiva de alguno de ellos; y que, por tales motivos, si se reúnen todos espontáneamente, efectúan de común acuerdo el deslinde y lo consignan en escritura pública, tendrá lo convenido la misma eficacia que si se hubiera hecho ante la autoridad judicial.

Que en la diligencia del deslinde a que se refiere el recurso, el Padre Laureano Ferrer, en representación de la Comunidad religiosa propietaria de uno de los inmuebles que se pretendían deslindar, manifestó: "que concurre a este acto no para formular oposición; pero sí quiere que se haga constar, cumpliendo mandatos de sus Superiores, que la finca propiedad de la Comunidad que dirige, está delimitada por unos lindes consistentes en unas zanjas y en unos mojones que han quedado incluidos dentro de las fincas deslindadas", y estas frases lógicas y sistemáticamente interpretadas ponen de relieve que al practicar el deslinde se invadió la finca de la referida Comunidad, se privó de hecho a ésta de parte de su prejo y, sobre todo, que no hubo la avenencia prevenida en el mencionado artículo 2.070.

En cuanto a la clase del defecto impugnado, que en casos como el debatido es indudable que los defectos pueden ser subsanados por voluntad de los interesados, bien en escritura pública, bien en el amplio cauce del artículo 1.818 de la Ley rrituaria, conforme al cual el Juez, excepto en los supuestos del último párrafo del mismo artículo, "podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción a los términos y formas establecidos para las de la jurisdicción contenciosa".

EXPEDIENTE DE DOMINIO. SU NATURALEZA JURÍDICA Y VIRTUD CANCELATORIA.

Resolución de 25 de mayo de 1948 ("B. O." de 16 de octubre).

Presentado en el Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro un testimonio de expediente de dominio instado por la R. E. N. F. E., terminado por auto firme, en el cual se declaró su derecho de propiedad sobre un solar sito en la Avenida del Generalísimo, de dicha ciudad, que consta inscrito en el mencionado Registro a favor de la Compañía de Tudela-Bilbao, fué denegada su inscripción por aparecer la extendida a nombre de la expresada Compañía Tudela-Bilbao, "como excedente que resulta después de cubiertas las necesidades de la construcción y por lo tanto pasar al dominio particular de la Compañía, estando por ello exenta del rescate por el Estado a virtud de lo dispuesto en el apartado c) de la base segunda de la Ley de 24 de enero de 1941, cuyo precepto se alega como título de adquisición en el expediente de referencia.

Entablado recurso, la Dirección ratifica el auto presidencial, que revocó la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que en el referido expediente de dominio se advierten, entre otras, las siguientes particularidades: a) fué iniciado para reanudar el tracto sucesivo del solar, interrumpido desde el 14 de mayo de 1867, fecha de la primera y única inscripción, con la finalidad de proporcionar a la R. E. N. F. E. un título que le permitiese inscribir a su favor el terreno sobre el cual, de acuerdo con los Institutos Nacionales de la Vivienda y de Previsión, tiene proyectada la construcción de casas para empleados y obreros ferroviarios; b) la representación de la extinguida Compañía de Tudela-Bilbao, la del Ferrocarril del Norte, así como todas las personas que podrían ser perjudicadas por la declaración de dominio, fueron citadas, en forma legal, personalmente o por edictos fijados en los respectivos tableros de anuncios y publicados en la Prensa oficial y particular, sin que hayan comparecido a formular oposición, excepto el Presidente del Club Deportivo Mirandés; c) resultan cumplidos los requisitos y trámites ordenados en los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, reformada por Ley de 30 de diciembre de 1944, porque la antigüedad de la única inscripción contradictoria es de más de ochenta años, muy superior, por lo tanto, a la de treinta señalada por esta Ley, y d) propuestas y practicadas las pruebas de reconocimiento e inspección ocular, testifical y de documentos entre los cuales figura el contrato de arrendamiento formalizado en 1942 entre la R. E. N. F. E. y el Club Deportivo Mirandés, el Juez consignó expresamente en el auto "que, a juicio del proveyente, el solar es de la propiedad y dominio de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles".

Que las facultades calificadoras del Registrador respecto de los documentos judiciales no le autorizan para examinar el fondo de los asuntos ni los fundamentos de las resoluciones, porque con ello invadiría las atribuciones judiciales y realizaría una revisión de los expedientes, cuya decisión es de la privativa incumbencia y responsabilidad del Juez, quien calificará las pruebas por la crítica racional, según expresamente preceptúa el artículo 201 de la repetida Ley, y al resolver declarará, justificados o no, los extremos comprendidos en el escrito inicial, por auto que será, en su caso, título bastante para la inscripción solicitada.

Por último, que la protección dispensada por nuestra legislación

inmobiliaria a quienes pudieron inscribir sus títulos y dejaron de hacerlo durante mucho tiempo no ha de servir para que tal desidia impida a quienes demostraron en el procedimiento adecuado, y a juicio de la autoridad competente, ser dueños de la finca, proveerse de la necesaria titulación, a fin de reanudar el tracto sucesivo, y concordar los libros de Registro con la realidad jurídica, sin que el auto dictado obste para que se pueda incoar juicio contradictorio por cualquier persona que estime lesionado su derecho, conforme a lo preceptuado en el artículo 284 del Reglamento Hipotecario.

* * *

En el primer Considerando, que hemos omitido, dice el Centro Directivo "que la significación y valor del título en nuestro sistema hipotecario han motivado que la Ley Hipotecaria de 1869 regulase las informaciones de dominio de tan *discutida naturaleza jurídica*." En efecto, para Aragonés y Gayoso Arias es un verdadero juicio; Morell entiende, por el contrario, que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, por lo que acaso, Lezón y Beránd, conciliadores, estiman que viene a ser un expediente especial.

¿Es también este el criterio de la Dirección? No nos atrevemos a afirmarlo y hubiéramos visto con agrado que se hubiera pronunciado sobre el particular con la diafanidad que, como por ejemplo, respecto al Deslinde y Amojonamiento de Fincas lo hizo en la brillante Resolución de 15 de diciembre de 1947.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1948.—*Disolución de sociedad de responsabilidad limitada mediante denuncia.*

La sociedad mercantil de responsabilidad limitada a que se contrae este litigio ha sido acertadamente catalogada por la Sala sentenciadora entre las de duración indefinida, ya que, de acuerdo con la cláusula tercera de la escritura de su constitución, el plazo de diez años de vida inicialmente pactado habría de prorrogarse por sucesivos decenios indefinidamente mientras alguno de los socios no manifestase a los demás su voluntad en contrario con tres meses de antelación, por lo menos, al último día del plazo de cada decenio mediante acta notarial o acto conciliatorio.

Comenzando el primer decenio de vida social en 1.º de enero de 1930 y notificada notarialmente a los socios demandados con fecha 23 de septiembre de 1939 la decisión del socio demandante de que no se prorrogase el contrato al llegar el 1.º de enero de 1940, en cuya fecha habría de ser disuelta y liquidada la sociedad, se celebró junta el 28 de dicho mes de septiembre y en ella se acordó por mayoría, con el voto en contra del demandante, no acceder a la disolución solicitada por éste, el cual no acudió a la vía judicial, insistiendo en la misma solicitud hasta el 4 de octubre de 1943, realizando antes de esta fecha, a partir de enero de 1940, actos como los de concurrir personalmente o por medio de apoderado a varias juntas, en algunas de las cuales se acordó por unanimidad aprobar los balances correspondientes a los años 1941 y 1942 y repartir entre los socios 10.000 pesetas mensuales para gastos domésticos — concepto por el que percibió el demandante 18.737 pesetas en el año 1941—, concurriendo también a otra junta el 4 de junio de 1943, en la que retiró la instancia de disolución y liquidación de la sociedad que en la junta iba a ser objeto de deliberación, reservándose el derecho de reproducirla si lo juzgaba oportuno; hechos sustancialmente aceptados como ciertos en la sentencia recurrida.

Con estos antecedentes se discutió fundamentalmente en el pleito y se debate ahora en el recurso: primero, si la denuncia del contrato efectuada el 28 de septiembre de 1939 es por sí sola suficiente para producir la disolución de la sociedad en 1.º de enero de 1940, y segundo, si de dicha denun-

cia ha desistido expresa o tácitamente la parte actora con anterioridad a la demanda formulada en estos autos.

Ante la falta de reglamentación específica en el Código mercantil, de la sociedad de responsabilidad limitada, se le asimila en términos generales el régimen de las sociedades personalistas, colectiva y comanditaria, al amparo del criterio de autonomía de la voluntad que se infiere en los artículos 117 y 122 del Código en relación con el 108 del reglamento del Registro mercantil, salvo esencialmente lo previsto en los artículos 127 y 148 respecto de la ilimitada responsabilidad de los socios colectivos, y a estas sociedades, cuando nacen, como nació la de autos, con término final incierto, no son de aplicación los artículos 221 y 223 del Código que rigen la cesación *ope legis* de las de duración limitada, sino que entra en juego preferente, según dispone el artículo 121, la estipulación por la que los interesados han previsto el momento y forma en que podrá terminar la vida social, siendo sólo de aplicación supletoria el artículo 224, por lo que en el caso debatido será preciso atenerse al pacto originario, que no autoriza la disolución por razón del término final en cualquier tiempo, sino al expirar el primero o sucesivos decenios de la vida.

El hecho de haberse pedido la disolución en el tiempo y forma previstos en el contrato no opera por sí solo el efecto jurídico de disolución querido, pues para conseguir esta finalidad es necesario que concurra la conformidad de todos los interesados o que sea vencida su oposición mediante la correspondiente interpretación judicial, sin que exista posibilidad de prescindir de este elemento complementario para la eficacia de la denuncia, ya que no se trata propiamente de una condición resolutoria que por sí misma determina la cesación de la sociedad en el momento de ser cumplido el evento de la denuncia, y menos con el efecto retroactivo que en la fuente romana se asigna a la condición resolutoria, sino que se está en presencia de una estipulación o supuesto de hecho, *ex voluntate*, que actúa únicamente con la concurrencia del referido elemento complementario, el cual no se da en el presente pleito, porque a la denuncia en tiempo siguió su desestimación en junta de socios y el denunciante no reaccionó en vía judicial antes del 1.º de enero de 1940, en que la sociedad entró en su segundo decenio de vida interna y externa, con imperiosa necesidad de respetarla, en mérito sobre todo de la seguridad jurídica de terceros que con posterioridad hayan contratado con ella al amparo del Registro mercantil, en el que proclamaban la vigencia de la sociedad durante el segundo decenio por no constar en él ninguna modificación del contrato primitivo, como sería preciso con relación a terceros, en virtud de lo dispuesto en el artículo 119 del Código y 111 del reglamento del Registro mercantil.

Por lo expuesto, no es eficaz la demanda formulada en octubre de 1943 para producir la disolución de la sociedad por terminación del plazo de vigencia a partir del 1.º de enero de 1940, y menos apoyada la interpelación judicial en la denuncia hecha en el año 1939, porque valorados judicialmente los hechos expresados en el considerando segundo aceptados en la sentencia recurrida se aprecia claramente que el actor no solamente se

abstuvo de remover por vía adecuada el obstáculo que a la disolución opuso la mayoría de los socios, sino que cooperó en la gestión social después del 1.º de enero de 1940 y se aprovechó de los beneficios de la empresa, prestando así su asentimiento a la vigencia del contrato en términos totalmente inconciliables con la denuncia hecha en el año 1939, y no es lícito contradecir la anterior conducta, objetivamente interpretada, pretendiendo en la demanda inicial de este pleito hacer revivir un derecho de disolución con efecto al 1.º de enero de 1940, del que tácitamente, pero de modo indudable, se había desistido.

En consecuencia, que la Sala sentenciadora ha infringido por aplicación indebida los artículos 221, 223 y 224 del Código de Comercio y el 1.113 del Código civil, y por falta de aplicación el artículo 121 de aquel Código y el principio de Derecho que prohíbe obrar en contradicción con los propios actos, jurídicamente eficaces, según se denuncia en los motivos primeros, segundo, tercero y sexto del recurso, por lo que procede casar la sentencia recurrida.

SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1948.—*Cesión de arrendamiento.*

La sustitución total de los socios cuyos nombres figuran en la firma o razón social, bajo las cuales gira la compañía, impide identificar ambas en sus relaciones con terceros, pues cualesquiera que sean las combinaciones o restricciones con que los socios procuren limitar su responsabilidad personal por las operaciones sociales, en el sistema del Código de Comercio sólo se distinguen esencialmente dos grandes grupos de compañías: Aquellas cuya entidad la constituye la comunidad de las personas naturales de los socios, y aquellas otras cuya entidad está constituida esencialmente por el capital social, cuyo valor o bases para determinarlo han de constar en la escritura, sin necesidad de expresar el nombre de los socios, que tampoco debe figurar en la denominación de la compañía, que debe ser objetiva (artículos 151 y 152).

En nada contradice lo expuesto el artículo 143 del Código de Comercio, cuya disposición regula relaciones de los socios entre sí, pero no de la compañía con terceros, sin cuyo consentimiento, según prohibición del artículo 1.205 del Código civil, no puede hacerse la sustitución del deudor, esté o no limitada su responsabilidad, respecto a la obligación, puesto que el precepto no acepta la distinción, y claro es que en el contrato de arrendamiento, de obligaciones recíprocas entre arrendador y arrendatario, la sustitución de éste supone la del deudor, en cuanto a las obligaciones que el contrato le impone.

Los fundamentos legales anteriores conducen a la conclusión de que la transmisión del goce y uso del local arrendado por la compañía de De Diego y Sánchez Parra a la Tejada y Sánchez Parra, y de ésta a la de Tejada e Hijo, es una cesión no autorizada legalmente y que no obliga al arrendador, según el artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936, cuya infracción en la sentencia recurrida, al estimar lo contrario, da lugar al recurso por su único motivo.

SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1948.—*Traspaso.*

El artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936 establece que todo comerciante o industrial, así como sus causahabientes, tendrán derecho a las ventajas que pueda proporcionarles el traspaso de sus establecimientos, si se justificare que el comerciante o industrial, al comenzar a ejercer su actividad en aquellos locales, pagó cantidades por traspaso hecho con el consentimiento del dueño de la finca, aunque ésta hubiera cambiado de propietario, pero consistiendo el traslado de un establecimiento o local de negocio arrendado, en la cesión de tal local, hecha por el arrendatario a un tercero, quien, por virtud de la cesión, queda subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento, es necesario para que el traspaso exista y para que, como consecuencia del mismo, surja respecto al cesionario el derecho a traspasar nuevamente, y respecto al dueño de la finca, la obligación de reconocer tal derecho, que el cesionario haya adquirido en traspaso el local arrendado del único que tiene derecho a transmitir en tal forma, es decir, del arrendatario de la finca, y cuando esta condición fundamental falta, no existe el traspaso definido y regulado por la disposición citada y caen por su base los derechos y obligaciones que del mismo quieran hacerse surgir.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1948.—*Donaciones intervivos.*

El matiz diferencial de las donaciones intervivos y mortis causa lo fijan los artículos 620 y 621 del Código civil en atención a que los efectos del acto de liberalidad se produzcan, respectivamente, en vida o después de la muerte del donante, y si en este pleito no se ha puesto en duda que el dueño de los valores en litigio dispuso de ellos depositándolos en el Banco de España a nombre del hermano de la actora, y la sentencia recurrida estima cierto, sin impugnación adecuada en el recurso, que tal disposición fué hecha a título gratuito y con expresa declaración de transferencia inmediata del dominio, sin reserva siquiera, por parte del donante, del derecho a percibir los frutos, aunque con la limitación de que el donatario no pudiese cancelar el depósito hasta el año 1950, no hay duda de que se está en presencia de una donación «intervivos» condicionada, a la que no son aplicables las normas materiales y formales de la sucesión testamentaria, sino las disposiciones que regulan los contratos, en cuanto no estén modificadas por las reglas «ex lege» de la donación, según resulta de los citados artículos 620 y 621 del Código civil; por lo que es acertado el calificativo jurídico de «intervivos» asignado a la de autos por la Sala de instancia, procediendo, en consecuencia, la desestimación de los motivos 1.º y 4.º del recurso.

En la sentencia de instancia se afirma que el donatario suscribió en vida y con conocimiento del donante las facturas de constitución a su nombre del depósito de los valores discutidos, y como estos hechos no han

sido impugnados en casación por la vía del número 7.º del artículo 1,692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es preciso tenerlos por ciertos para deducir de ellos la indudable apreciación jurídica de que ha concurrido en el caso de autos el requisito de la aceptación exigido para la validez de la donación por los artículos 623, 629 y 632 del Código civil, que erróneamente se citan como infringidas en el primer motivo del recurso.

SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1948.—*Arrendamiento urbano.*

Considerando que el Decreto de 21 de enero de 1936, aclaratorio del de 29 de diciembre de 1931, según estableció este Tribunal en su sentencia de 31 de diciembre de 1946, por lo que toca a los locales de negocio, si bien no se refiere expresamente al caso del derribo por el arrendador de la finca con propósito de construir otra nueva, sino más bien el de la ejecución por éste de obras de saneamiento previstas por las Ordenanzas municipales, a que se alude en el artículo 7.º, contiene a continuación otro artículo, el 8.º, el que regula el caso de que el propietario necesitase realizar en la finca—no precisa el origen de esta necesidad—obras que obliguen al cierre del establecimiento, en el cual, aparte de declararse el derecho del arrendatario a ocupar nuevamente el local, una vez realizadas dichas obras, sin obligación de satisfacer el alquiler, se establece que ese derecho «se entenderá a la ocupación de los locales resultantes» en caso de que al reconstruir hubiere sufrido modificación la alineación de la finca, teniendo en cuenta para fijar el nuevo alquiler la regla sentada en el artículo 6.º, apartado a) del aludido Decreto (interés legal del capital invertido en la obra).

No puede menos de reconocerse que esta disposición es plenamente aplicable al caso en que la reconstrucción se produzca por el derribo de la finca llevado a cabo por el propietario con ánimo de reconstruirla, porque en uno y otro caso se trata de demolición del inmueble y porque no hay ninguna razón para reconocer al arrendatario el derecho a recuperar el local arrendado cuando el derribo se verifica como consecuencia de las obras a que se refiere el artículo 7.º, realizadas en cumplimiento de las Ordenanzas municipales, y negando cuando la demolición nace de la voluntad del propietario de derribar para construir otro inmueble, y es claro que a demolición se refiere el artículo 8.º, ya que habla de «reconstrucción» y de «nuevos locales resultantes» y de «cambio de alineación», que alejan la idea de nuevas obras de consolidación o saneamiento.

Es evidente la imposibilidad de aplicar las normas de la nueva Ley a los casos de desalojo de la finca para derribarla, por partir de una legislación totalmente diversa a la anterior en la que no cabe encajar hechos generadores de derechos verificados bajo otro régimen, y por ello hay que descartar la aplicación al caso de los artículos 103 y 113 de la nueva Ley, lo que no obsta a que el Tribunal pueda tener en cuenta lo que estima deben regir las reclamaciones jurídicas entre las partes, aunque no se citaran en la demanda, máxime cuando la acción ejercitada se da en ambas legislaciones.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 21 de enero de 1947.

NO ES DEDUCIBLE LA DEUDA CONTRAÍDA POR EL CAUSANTE A FAVOR DE UNA CASA DE BANCA RECONOCIDA POR ÉL EN SU TESTAMENTO SI NO CONSTA EN PÓLIZA INTERVENIDA POR AGENTE O CORREDOR DE COMERCIO.

EN LAS ADJUDICACIONES EN PAGO DE DEUDAS, ES EXIGIBLE EL IMPUESTO, AUNQUE ELLAS NO SEAN REGLAMENTARIAMENTE DEDUCIBLES.

Antecedentes.—En una sucesión había dispuesto el causante en su testamento un legado de 1.000 pesetas e instituido como heredera universal a una sirviente, manifestando que en la cuenta que tenía abierta en determinada Casa de Banca había un cargo a favor de ésta y en contra de él de unos miles de pesetas, cuya cifra no podía precisar y que debía ser pagada por la heredera.

El inventario importó 81.639,12 pesetas, compuesto por una casa, valores y metálico, y en la escritura de partición se hizo constar que la deuda antes referida importaba 97.150 pesetas, por lo que el saldo deudor contra la herencia era de 15.510 pesetas con 88 céntimos. Por ello se adjudicaron íntegramente los bienes a la Casa de Banca en pago de su crédito, autorizándola para incautarse de ellos en plena propiedad.

La Oficina liquidadora comprobó un insignificante aumento en el valor de los bienes y formuló el proyecto de liquidación dando por buena la deuda fiscalmente y proponiendo la liquidación de la totalidad de la herencia en el concepto de adjudicación en pago a la entidad bancaria.

El proyecto no fué aceptado por la Abogacía del Estado por no

estimar deducible la deuda al no constar en póliza intervenida por agente o corredor como exige el apartado segundo del artículo 101 del Reglamento y no ser, por otra parte, utilizable la facultad discrecional del apartado 3) del mismo precepto, dadas las circunstancias del caso y la documentación presentada, ya que los pagos que se dicen hechos por la Casa bancaria lo serían en virtud de ingresos hechos por el causante en la misma cuenta con la misma o bien si esos ingresos fuesen menores, garantizando la diferencia con valores o realizando la correspondiente operación de crédito, como es de uso y costumbre en operaciones bancarias análogas.

En definitiva, y acatando el dictamen de la Abogacía del Estado, el liquidador giró, aparte la liquidación por caudal relicto y por legado de 1.000 pesetas, una por herencia sobre el caudal restante y otras dos a la Casa de Banca por los conceptos de adjudicación en pago de bienes muebles e inmuebles.

La heredera y la entidad bancaria produjeron sendas reclamaciones contra las aludidas liquidaciones en apoyo de la procedencia de la deducción de la deuda y en contra del criterio de la Abogacía del Estado, manifestando que todos los Bancos habían venido realizando operaciones de crédito personal por descubierto en cuenta, máxime donde no existían agentes de Comercio ni corredores de Comercio, como ocurría en la población de que se trataba: que tal sistema de operar era el usual hasta que la Ley de 15 de octubre de 1942 prohibió los descubiertos en cuenta que ascendieran a más de 1.000 pesetas si no están respaldados por pólizas de crédito, letras de cambio, etc.; que la existencia de la deuda estaba acreditada con el extracto de los asientos de los libros de contabilidad de la Banca reclamante y además se cumplían los requisitos exigidos en el apartado 3) del artículo 101 del Reglamento.

Se arguyó, por fin, que a mayor abundamiento, la liquidación se había girado como adjudicación en pago en vez de adjudicación para pago.

Practicada prueba a instancia de la Casa de Banca, se acreditó el débito a favor de ésta por pagos hechos por cuenta del causante.

La reclamación fué desestimada por el Tribunal provincial diciendo que las normas del párrafo tercero del artículo 101 son una excepción de las dos anteriores, y que las deudas comprendidas en el número segundo no son regulables por las normas del apartado 3).

Al apelar insistieron los recurrentes en sus puntos de vista y añadieron que aunque el apartado 3) es una excepción de los dos anteriores, lo es en el sentido de que pueden presentarse casos en que el rigor de lo dispuesto en ellos aconseje acudir a las normas del 3), y también que el requisito de póliza intervenida no podía cumplirse en la localidad por no existir en ella agente de Cambio ni corredores de Bolsa.

La Resolución del Tribunal Central confirma el criterio de no ser admisible la deducción de la deuda, y razona diciendo que el caso está claramente fuera del alcance de los párrafos 1) y 2) del artículo 101; del primero porque en él se exige que la deuda conste en documento que lleve aparejada ejecución, y del segundo porque la deducción de las deudas derivadas de préstamos personales otorgados por Bancos o banqueros requiere la existencia de póliza y demás circunstancias que ese apartado 2) menciona.

Por lo que hace a la posible aplicación al caso del repetido apartado 3) cuando amplía el campo para poder deducir deudas no comprendidas en los otros dos apartados, siempre que además se cumplan los requisitos que enumera, dice el Tribunal que del examen comparativo de dichos apartados se deduce que las normas del 3) constituyen una excepción de lo dispuesto en los otros dos, y, por tanto—sigue diciendo—, al ser objeto las deudas a favor de Bancos y banqueros de un precepto especial, cual es el del apartado 2), que fija concretamente los requisitos para que sean deducibles, a él hay que atenerse. O sea, que a las deudas reguladas en los apartados 1) y 2) no puede alcanzarse lo previsto en el apartado 3), cuya doctrina es reproducción, sigue diciendo el Tribunal Central, de la Resolución del mismo de fecha 12 de diciembre de 1944.

El Tribunal rechaza después los restantes alegatos del recurso, arguyendo, en cuanto a la imposibilidad de existir póliza a causa de no existir en la localidad los funcionarios llamados a autorizarla, que el precepto reglamentario es terminante y de rigurosa aplicación; en cuanto a la constancia de la deuda en los libros de Comercio, que tampoco es eficiente porque la fuerza probatoria de los mismos, concedida en el artículo 48 del Código de Comercio, afecta a las contiendas de los comerciantes entre sí, no al Fisco, y, por último, el reconocimiento de la deuda del causante en su testamento tampoco es trascendente, dado el terminante precepto del apartado 10) del mismo artículo 101 del Reglamento.

Comentarios.—La esencia del problema planteado está, como fácilmente se echa de ver, en dilucidar el alcance del tan repetido apartado 3) cuando dice que “serán también deducibles las deudas contra el causante de la sucesión, no comprendidas en los párrafos anteriores, cuya existencia se justifique a satisfacción de la Administración ”, con los demás requisitos que seguidamente detalla. Es decir, que el problema de exégesis es éste: ¿Una deuda cuya deducción no encaja en las previsiones de los apartados 1) y 2) por no constar en documento que lleve aparejada ejecución o por no acreditarse, tratándose de Bancos o banqueros acreedores en la forma prevista, podrá, no obstante, deducirse al amparo del apartado 3) supuesto que se llenen los requisitos que el mismo impone?

En otros términos, la pregunta puede articularse de esta otra manera más concreta: ¿Qué quiere decir el Reglamento en ese apartado 3) del artículo 101 cuando expresa que “serán también deducibles las deudas contra el causante de la sucesión *no comprendidas* en los dos párrafos anteriores, cuya existencia se justifique a satisfacción de la Administración ” y supuesto el cumplimiento de los restantes requisitos que el mismo precepto señala?

Más concretamente aún: ¿Qué quiere decir la locución deudas *no comprendidas* en los otros dos apartados?

Literalmente puede referirse a las que no llenen los requisitos de constancia y formalidad documental que esos párrafos señalan, cuales son el documento que lleve aparejada ejecución—apartado 1)—, póliza y certificaciones—apartado 2)—para los préstamos personales de Bancos y banqueros, o puede referirse también a toda otra deuda que no se derive de estos préstamos ni sea tampoco de aquellas que constan en documento sin fuerza ejecutiva.

Esta segunda hipótesis es la que acepta el Tribunal en la Resolución recurrida, de tal manera que, según ella, la deuda derivada de un préstamo personal hecho por un Banco, o la que conste en un simple documento privado del deudor no reconocido bajo juramento ante juez competente, *están comprendidas*, respectivamente, en el apartado 2) y en el 1) y *no pueden estarlo* en el 3), aunque sean justificables a satisfacción de la Administración y los herederos y acreedores las ratifiquen en documento público.

El comentarista, dejando a salvo toda la gran consideración que el Tribunal merece, no puede compartir semejante interpretación, porque

si al literalismo de la frase "*no comprendidas*" nos atenemos, más lógico es, y al mismo tiempo más literal, entenderla en el sentido de que las deudas no documentadas, como los dos apartados exigen, están fuera de su texto—"no comprendidos" en él—, que no decir que están comprendidas para sacar la consecuencia de que el beneficio que a tales deudas conceden no les es aplicable en ningún caso.

Para ello sería necesario que la redacción fuese otra, como, por ejemplo, si se dijese *sólo serán deducibles* las deudas tales o cuáles si se cumplen éstos o los otros requisitos.

Tal como los tres párrafos se suceden, su sentido está perfectamente claro y patente: son deducibles las deudas legitimadas con documento ejecutivo—apartado 1)—, lo son las personales a favor de Bancos—apartado 2)—concurriendo determinados requisitos, y lo son también las que no reúnan esas modalidades—apartado 3)—, o sea, las "no comprendidas en los dos apartados anteriores", siempre que se legitimen y documenten como el apartado prevé.

En definitiva, pues, ese tercer apartado no es más que una ampliación de los otros dos y quiere decir, y dice, que no solamente son deducibles las deudas en ellos previstas, sino cualquier otra que se documente en la forma que aquél detalla.

Mas es, si no se interpretan así estos dos apartados nos parece claro que el tan repetido apartado 3) carece de sentido y de aplicación a la vida real, porque si él no se refiere a las que por no constar en documento ejecutivo no son deducibles según el apartado 1) ni se refiere tampoco a las personales o pignoraticias a favor de Bancos o banqueros sin póliza intervenida. ¿a qué deudas puede referirse? Nos parece que, evidentemente, a ninguna, porque si unas y otras quedan al margen del apartado 3), quiere decirse que a su amparo no pueden quedar más que las que por toda justificación tengan una convención verbal, y éstas a nadie se le ha ocurrido pensar en que puedan ser deducibles.

Por fin, concretamos nuestro pensamiento diciendo que el espíritu e incluso la letra del manoseado párrafo quiere decir que las deudas contra el causante de una sucesión pueden alcanzar el concepto de deducibles aunque estén fuera del ámbito de los primeros párrafos del artículo 101 si su existencia se legitima en la forma que prevé el párrafo 3) del mismo artículo.

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 28 de enero de 1947.

LA BASE LIQUIDABLE EN LAS TRANSMISIONES MEDIANTE SUBASTA DE FINCAS HIPOTECADAS ES EL PRECIO DE ADJUDICACIÓN MÁS EL IMPORTE DE LAS HIPOTECAS QUE QUEDAN SUBSISTENTES.

Antecedentes: Seguido el procedimiento del artículo 31 de la Ley Hipotecaria, se adjudicó la finca hipotecada, previa subasta, en 202.500 pesetas, ordenando la cancelación de la hipoteca que originó el procedimiento, así como la de las inscripciones y anotaciones posteriores, haciéndose constar en el correspondiente auto que existían las cargas anteriores de dos hipotecas por un principal de 207.500 pesetas.

Al ser liquidado el testimonio del auto, se giró liquidación sobre la base de las dos mencionadas cantidades, y la liquidación fué recurrida con fundamento en que, de acuerdo con el artículo 5.º, regla 2.ª, de la Ley del Impuesto, en las transmisiones a título oneroso realizadas mediante subasta, la base liquidable será el precio de adjudicación al adquirente, salvo casos justificados en que, previo acuerdo del Centro directivo, podrá ejercitarse el derecho a la comprobación, y de acuerdo asimismo con el artículo 61 del Reglamento, que reproduce el precepto: y si bien ese precepto reglamentario añade que por aplicación del artículo 100 del mismo Reglamento formará parte del precio de subasta el importe de las cargas no deducibles que hayan de quedar subsistentes, hay que tener presente que esto encierra una contradicción entre el texto legal y el Reglamento y que por lo mismo debe prevalecer el texto legal, y en su consecuencia, en el caso discutido, liquidar sobre el precio de adjudicación de 202.500 pesetas.

El Tribunal provincial primero, y el Central, después, desestimaron el recurso, y desatan el argumento de que existe contradicción entre el párrafo 3) del artículo 61 del Reglamento y la regla 2.ª del artículo 5.º de la Ley, diciendo que si bien en ella se dispone, efectivamente, que en las transmisiones mediante subasta la base liquidable será el precio de adjudicación, no ha de olvidarse que el mismo artículo en su primer párrafo establece como regla general que el impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes tengan el día en que se celebra el contrato o se causa el acto, con deducción de las cargas que dis-

minuyan realmente su estimación; y en su consecuencia no es admisible que se rebaje el importe de las cargas que reglamentariamente se estima que no disminuyan tal valor, sino por el contrario adicionarse para fijarlo; esto sin contar con que dicho valor lo integra la cantidad en metálico que entrega el adquirente más la que tendrá que entregar en su día a los acreedores hipotecarios, cuyas dos partidas representan el verdadero coste de adquisición.

Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 4 de febrero de 1947.

LA DONACIÓN DE INMUEBLES EN DOCUMENTO PRIVADO ES LIQUIDABLE, PORQUE LOS DEFECTOS QUE PUEDAN AFECTAR A LA VALIDEZ DEL CONTRATO O A SU EFICACIA SON INOPERANTES A LOS EFECTOS DEL CONTRATO; Y SI BIEN LA DONACIÓN DE ESA CLASE DE BIENES ES NULA SI NO CONSTA EN ESCRITURA PÚBLICA, NO PUEDE POR ESO ESTIMARSE INEXISTENTE EL ACTO, NI SU REVOCACIÓN POR EL DONANTE, BASADA EN EL INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES POR EL DONATARIO. PUEDE DAR LUGAR A LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO.

EN EL CASO DE QUE, VIGENTE UNA MORATORIA, UNO DE LOS DOS INTERESADOS EN UN DOCUMENTO LO PRESENTA FUERA DE PLAZO, CONSTANDO EN ÉL TODOS LOS DATOS PRECISOS PARA GIRAR LIQUIDACIÓN Y SIN SER EL PRESENTADOR EL ADQUIRENTE OBLIGADO AL PAGO, NO ES EXIGIBLE MULTA POR FALTA DE PRESENTACIÓN EN PLAZO NI PROCEDE HACER REQUERIMIENTO AL EFECTO DE LA IMPOSICIÓN DE LA DEL 50 POR 100 AL OTRO CONTRATANTE, MÁXIME SI EL PRESENTADOR NO SOLICITA EXPRESAMENTE QUE SE GIRE SOLAMENTE LA LIQUIDACIÓN QUE A ÉL PUEDA CORRRESPONDERLE.

Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 4 de febrero de 1947.

LA CONDICIÓN PACTADA EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA RESERVÁNDOSE EL DOMINIO EL VENDEDOR HASTA QUE SE ENTREGUE EL TOTAL PRECIO Y SE OTORQUE ESCRITURA PÚBLICA NO PUEDE CALIFICARSE DE SUSPENSIVA SINO DE RESOLUTORIA Y NO PRODUCE

POR TANTO EL EFECTO DE SUSPENDER LA PRÁCTICA DE LA LIQUIDACIÓN.

Antecedentes: Se celebró un contrato de compraventa por varios millones de pesetas, entregando una parte de ellas y haciendo constar en el documento privado correspondiente, esto: "el dominio de cada una de las fincas objeto del presente contrato, sólo se entenderá transmitido al comprador el día en que, satisfecho su importe, se otorgue la escritura pública.

Hasta tanto, y sin perjuicio de la plena eficacia obligatoria de este contrato, quedará reservado el dominio a favor del vendedor, que podrá dar por resuelto definitivamente el contrato de venta de las fincas cuya escritura no haya sido aún formalizada, si llegado el 15 de mayo no ha percibido el resto del precio con los intereses pactados.

Girada la liquidación fué recurrida alegando que a efectos fiscales la condición resolutoria y reservativa del dominio establecida por los contratantes era una condición suspensiva y que por ello la liquidación debió aplazarse de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 57 del Reglamento, sin que obste la entrega de cantidades a cuenta del precio por estar exentas las de metálico que sean precio, conforme al número 6.º del artículo 6.º.

La reclamación fué desestimada en primera y segunda instancia, y el Tribunal central razona de la siguiente manera: empieza por invocar el artículo 1.º de la Ley y el 9.º del Reglamento para decir que las transmisiones de dominio de bienes inmuebles están sujetas al impuesto y tarifadas expresamente, a lo que añade que el 51 del propio Reglamento dice que aunque el precio haya de entregarse a plazos el impuesto se liquidará desde luego por su total importe.

A esto ha de añadirse, sigue diciendo el Central, que en el contrato en cuestión se dan los requisitos de los artículos 1.261, 1.445 y 1.450 del Código civil sobre existencia genérica de contrato y específica del de compraventa y sobre su perfeccionamiento.

Y no es eso solamente, sino que a tenor de los pactos que el documento contiene se han realizado actos que atañen a la consumación del contrato y entre ellos el de la entrega de parte del precio.

En cuanto al extremo de si nos encontramos ante una condición suspensiva o resolutoria, el Tribunal dice que está bien definida la segunda, puesto que aunque se diga que el dominio queda en el vende-

dor hasta que, entregado el precio, se otorgue la escritura, ello no afecta a la validez y perfección del contrato sino a la consumación, como lo prueba la cláusula en que expresamente consignan los contratantes que tal reserva es sin perjuicio de la plena eficacia obligatoria del contrato.

Dice la Resolución, por fin, que la reserva de dominio es lícita a tenor del artículo 1.255 del Código civil, pero el pacto que la establece afecta sólo a los contratantes y no a tercero, como lo es en este caso el Tesoro, y que si la condición puesta fuese incumplida el vendedor recuperaría las fincas y devolvería el precio recibido, lo cual prueba que la condición era resolutoria y no suspensiva, y corrobora lo dicho con las sentencias de 1.º de diciembre de 1907 y singularmente con la de 13 de diciembre de 1911, según la cual el aludido pacto estipulado en un contrato que quedó perfeccionado y en parte consumado no puede desnaturalizar éste y debe considerarse no como una limitación del dominio, sino más bien como una especial garantía para asegurar el cobro del precio.

Comentarios: Se ve a primera vista que el caso debatido es el del "pactum reservati dominii", admitido como válido jurídicamente no sólo en la doctrina, sino por la jurisprudencia, como lo acreditan las dos sentencias invocadas y otras que se podrían citar, y entre ellas muy especialmente la de 15 de marzo de 1934.

Como nuestro objeto no es dedicar las modestas apostillas que ponemos a las Resoluciones o sentencias que registramos, a comentar puntos de Derecho sustantivo civil, sino considerarlas desde el punto de vista del impuesto, diremos que los razonamientos empleados por el Tribunal Central sobre la exigibilidad del impuesto a las compraventas con el pacto "reservati dominii", consistentes en sustancia en que el contrato se perfeccionó y en que la ley sujeta al impuesto las transmisiones de dominio a título oneroso, no nos convencen del todo ni nos parecen aplastantes.

La razón de nuestras reservas es que, en puridad, no se trata de si el contrato se perfeccionó o no—cosa, por otra parte, indiscutible—, ni tampoco de si el dominio transmitido está sujeto al impuesto, ya que así lo dispone la ley, sino que lo que verdaderamente se debate es si un contrato de compraventa en que el dominio de la cosa queda provisionalmente en el patrimonio del vendedor y de momento no se transmite debe tributar como tal compraventa.

Siendo este, pues, el nervio del problema, la cita del primer artículo de la Ley no solamente no parece eficaz, sino que da pie para hacer el contrargumento: si ese artículo sujeta las transmisiones de dominio a título oneroso, a "sensu contrario", no estarán sujetas aquellas en que el dominio no se transmita de momento, aunque quede pendiente de una real transmisión futura, el día en que ciertas previsiones se cumplan.

Con lo dicho no queremos llegar a la conclusión de que el contrato discutido no deba tributar como compraventa, pero sí decimos que a la argumentación dada por la Resolución se la podría reforzar diciendo que en estos casos de reserva de dominio lo que se grava no es el dominio adquirido "in acto", sino el derecho a adquirirlo que positivamente entra en el patrimonio del comprador. Algo parecido, en una palabra, a lo que ocurre con la promesa de venta a título oneroso (de bienes inmuebles y también con la constitución o transmisión a título oneroso) del derecho de opción a la compra o arriendo de minas o de bienes inmuebles, en cuyos casos, como es sabido—artículo 11, apartados 11) y 13)—, se tributa como transmisión de bienes inmuebles sobre la base del precio convenido.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

V A R I A

Impuesto de Derechos reales (contestaciones al programa de oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad), por E. Giménez Arnáu, Registrador de la Propiedad y Notario, y José E. Torrente, Registrador de la Propiedad. Madrid, 1948.

Decididamente he entrado en la corporación de los opositores y comparto con ellos la preparación del programa. Vuelvo a saber cosas que había olvidado y a tragarme los temas por esa palabrita que se denomina *contingencia*. Por lo menos, respeto el Impuesto de Derechos reales, por obra y gracia de cuantos compañeros se han dedicado a escribir contestaciones, que tengo que leer, aun cuando no tenga que contestar más que en breve nota bibliográfica. Bueno, y aun eso de leer lo dejaremos un poco a un lado, ahora que nadie nos oye, ya que muchas referencias se aprecian con sólo un vistazo, dejando a la honorabilidad de los autores la exactitud en la copia de preceptos legales tan entretenidos como los que enumeran los actos sujetos y exentos o las facultades de los Organismos a quienes está encomendada la gestión de tal Impuesto.

Lo más curioso es que lo hago con alborozo. Algo así como la complacencia con que el Muecin advierte se congregan los creyentes al conjuro de su voz y de sus llamamientos desde el minarete, dicho sea con perdón de Marina Encabo y sin ánimo de invadir su acotado terreno. No es extraño dada la robusta personalidad de Giménez Arnáu y su actividad polifacética; Registrador, Notario, publicista, periodista. Es un valor consagrado y apreciado, que a sus merecimientos anteriores une el de incorporar a sus tareas científicas a otro valor de la extrema juventud, inédito, y de cuyo entusiasmo tenemos derecho a esperar nuevos esfuerzos. Entonces juzgaremos su labor, que en el presente libro no se puede apreciar porque ignoramos dónde empieza y dónde termina la colaboración de los autores. Atención a la futura obra de Torrente. Queda emplazado.

En estas contestaciones existe una evidente preocupación por ajustarlas al tiempo de que dispone el opositor, lo cual no impide una cierta nota doctrinal y a veces la referencia a las soluciones de la jurisprudencia. Se ha procurado, mediante adecuada sistematización, aliviar la memoria del estudiante y evitarle el ímprobo esfuerzo retentivo que requiere materia tan árida, sin perjuicio de que en cada pregunta se cite la disposición o disposiciones aplicables y el debido enlace entre el articulado. Ello significa para el porvenir la seguridad de que los triunfadores no han de desechar el libro como algo inútil y, por el contrario, han de conservarle como guía seguro en las dudas. Este mirar al porvenir es muy de tener en cuenta en libros de esta naturaleza, porque la costumbre y la facilidad en la busca es un ahorro de tiempo muy apreciable.

Por habérseme tasado el espacio disponible para esta nota, prescindiendo de alabar cuanto de bueno contiene el volumen. Baste decir que todo es bueno y aprovechable. Bien contemplado y bien expuesto. Los reparos que se pueden hacer nacen de omisiones, probablemente deliberadas, con el fin de no recargar los respectivos temas. Así, por ejemplo, en el tema XXIX se trata acertadamente de las actas de notoriedad para constancia en el Registro de la mayor cabida de las fincas inscritas, pero se evita toda referencia a si está sujeta o exenta el acta de notoriedad complementaria de títulos públicos, cuestión de indudable valor práctico; y en el tema XXXVIII no se ha enfocado debidamente la teoría de las bajas de la base liquidable, pues tan sólo existe una especial y acertada cita de la cuota liquidada por el Caudal relicto, cuando las verdaderas bajas suponen mermas en la base, que dejan de liquidarse, cual sucede con los gastos de entierro y funeral o los de carácter litigioso en ciertos casos y la cuota del Caudal relicto, siempre que no son deudas del causante, sino de los herederos y que se distinguen por varias particularidades de las deudas deducibles.

Estos pequeños reparos, más que como censura, salen a colación como medio de prueba de la sinceridad del elogio y como justificación de que se ha examinado el libro detenida y objetivamente. No menos merecen los autores por su acierto y por su gentileza al dedicar la obra con todo el afecto que tienen a esta Revista y al Cuerpo de Registradores mediante una dedicatoria manuscrita que se estima y agradece.

PEDRO CABELLO.

Registrador de la Propiedad

Diccionario de Derecho Romano, por Gutiérrez Alviz (D. Faustino).

El autor, catedrático de la Universidad de Sevilla, presta con esta obra una interesante aportación al campo de los conocimientos jurídicos en los numerosos países que tienen el idioma de Cervantes por lengua propia.

Con harta razón dice el docto profesor en la Introducción del libro dado ahora a la estampa que "en la selecta y abundante bibliografía romanística española moderna faltaba un *Diccionario de Derecho Romano* que a la misma sirviese de auxiliar y, en general, a los estudios jurídicos". La mera consulta de este trabajo dice bien claramente, al menos advertido de los lectores, que el laudable propósito del autor ha quedado perfectamente cumplido.

Apartándose de todo cuanto no sea práctico, el nuevo diccionario, lejos de acometer la labor irreal inherente a una traducción de términos jurídicos, la mayoría de los cuales son intraducibles, lo que intenta y logra poner al alcance del destinatario del libro es el sentido usual de cada término o expresión jurídica y sus distintas significaciones a través de la evolución histórica. Nos da, en suma, una serie de definiciones referidas siempre a los textos de las "Instituciones", "Digesto", "Codex" y "Novellae", de la Compilación justiniana y a las obras de los más famosos jurisconsultos clásicos.

En las páginas del nuevo diccionario se recoge, además, la terminología de la Ciencia del Derecho, se insertan las principales fuentes legales romanas y, en fin, se facilitan con las fórmulas procesales notas sucintas bibliográficas de extraordinaria utilidad.

Con independencia del Diccionario, pero con la mira de facilitar su manejo, acompañan a la obra cuatro apéndices: el primero, de los principales jurisconsultos romanos; el segundo, de las obras de los juristas, de las que se han conservado fragmentos fuera de la compilación justiniana; el tercero, de las principales fuentes legales romanas conservados en inscripciones y papiros, y el cuarto, conteniendo modelos de las fórmulas procesales.

Su experiencia pedagógica y la notoria pobreza de nuestra literatura jurídica en materia de vocabularios, tanto en la forma genérica del que ahora comentamos como en otros aspectos más concretos y especializados, han impulsado al docto maestro sevillano a acometer la

empresa de este Diccionario, pensando, principalmente, en los alumnos de las Facultades de Derecho y, al propio tiempo, con la preocupación de forjar un instrumento auxiliar para el conocimiento del Derecho romano.

El éxito en la tarea ha correspondido, sin disputa, al acierto en la intención. La utilidad corre parejas con la erudición. Cada día, y en todas las materias, se utiliza más el vocabulario técnico, y se deja sentir con mayor apremio el deseo de servirse de un lenguaje definidor y preciso, todavía más obligado en las pláticas entre juristas y profesionales del Derecho.

Constituye por lo mismo una contribución interesante la que, con su trabajo, el Sr. Gutiérrez Alviz hace al acervo cultural hispánico, enriqueciendo a la vez el lenguaje científico y el idioma patrio, pues este último no puede mantenerse limpio si en la adopción y manejo de nuevas o antiguas palabras se desafienden los imperativos de la etimología y significación exacta.—E. DE F.