

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Julio 1948

Núm. 242

## Materiales para el análisis crítico del valor de la inscripción en la vida de los Derechos reales <sup>(1)</sup>

### SUMARIO:

- A) *Propósito de los trabajos.*
- B) *Cinco periodos de la valoración de la inscripción en su evolución histórica.*
- C) *El valor de la inscripción en general, según el sentir de los legisladores y el de los autores.*
  - a) Palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861.
  - b) El pensamiento de los autores:
    - a') Lo que se escribió en el proyecto de Código civil de 1836.
    - b') Autores anteriores a 1861: Domingo Ruiz de la Vega, Antón de Luzurriaga y García Goyena, Permanyer y Cárdenas.
    - c') Del 1861 al 1909, especialmente los contemporáneos del 61: José Hernández de Ariza, Telesforo Gómez, Manuel Fernández Martín, Hermenegildo María Ruiz, Pedro Gómez de la Serna, D. Bienvenido Oliver, D. Eduardo Pérez Pujol.
    - d') De 1909 hasta la fecha: D. Pablo Martínez Pardo, D. Jerónimo, Roca Sastre, Jiménez Arnáu, Alfonso de Cossío y Corral, Ignacio de Casso y Romero, Rafael Núñez Lagos; los autores que han escrito sobre el valor de la inscripción en esta REVISTA; Pelayo Hore y Angel Sanz.
  - c') Resumen.

### PROPÓSITO DE LOS TRABAJOS

En la parte ya publicada decíamos que nuestro lema era que la inscripción española no crea, sino que protege jurídicamente lo creado, porque ella es la auténtica apoteosis o *finis coronat opus* del derecho real. Pero no se alegren los civilistas ni se preocupen los hipotecaristas, porque mi propósito es dejar bien esclarecida la verdad, aportando la

(1) Véase el núm. 241 de esta REVISTA.

síntesis de aquellas lecturas con las que formé mi convicción del nacionalismo y tipicidad de nuestro sistema, y sobre todo aquellas por las que he entronizado la idea de que nuestra inscripción, tal como se concibió en el 61, y sin excepción para ningún derecho, cumplía admirablemente su finalidad jurídica.

#### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA VALORACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

Prescindiendo de la inscripción puramente publicitaria, declarativa, y de fines de simple oponibilidad, de nuestras antiguas Contadurías u Oficios de Hipotecas, para concretarnos a la génesis, nacimiento y reformas de nuestro sistema hipotecario actual, pudiera muy bien señalarse cinco periodos de valoración de la inscripción.

El primero abarcaría el periodo de la Codificación, con sus reflejos de fuerte influencia germánica y constitutiva, mostradas ya en el proyecto de Código civil de 1836, ya en la proposición concreta de Ruiz de la Vega en el año 1843, ora en las argumentaciones de Luzurriaga, o bien en las agudísimas de Permanyer. Pero esta tendencia o inclinación constitutiva, aunque referida singularmente a la hipoteca, no llegó a cuajar legislativamente.

El segundo periodo comprendería desde la promulgación, mejor aún, desde la puesta en vigor de la ley de 1861, hasta la del Código civil. Lاپso de tiempo todo éste en que, a pesar de las unánimes apreciaciones de un valor declarativo en la inscripción, hallamos nosotros valores bastantes para opinar que durante tal tiempo la inscripción ni fué constitutiva ni tampoco declarativa, sino algo más, a cuyo valor llamaremos nosotros confirmatorio.

El tercero comprendería desde 1889 hasta la reforma hipotecaria de 1909, periodo que por la influencia más o menos reflexiva y buscada por los redactores del articulado del Código civil, la inscripción de la hipoteca escapa a la regla general del sistema para convertirse en una excepción representativa del valor constitutivo, al estilo del Código suizo.

El cuarto periodo se referiría a la reforma hipotecaria de 1909, con su complemento del Real decreto de 13 de junio de 1927, en el que la doctrina comienza a desenvolver el principio legitimador contenido en los artículos 24 y 41 de aquella reforma, y con ocasión del cual, al reconocer cierta trascendencia a la inscripción para las mismas partes,

comienza también a esfumarse en cierto modo aquella clásica separación de partes y de terceros.

El cuarto período comprendería desde 1927 hasta la reforma de diciembre de 1944 y texto refundido de 8 de febrero de 1946, tiempo durante el cual, a pesar del sentido contradictorio que se observa en la Exposición de Motivos, se llega al convencimiento de un positivo avance en la sustantividad de la inscripción con efectos ya definidos en el aspecto procesal.

Y el último, naturalmente, comprende el brevisimo plazo que va desde la actual Ley de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947; período éste en que queda perfilado el principio legitimador con los artículos 313 y 586 de uno y otro textos.

De propósito transcribiremos muchos párrafos de autores o de textos, para que el lector de ciencia propia pueda formar juicio y elaborar una convicción; pues para nosotros, a pesar de las diferencias que singularizan los cinco períodos referidos, existe en todos ellos como nota característica la de una valoración singular en la inscripción española que la separa de las de tipo constitutivo del derecho real y de las simplemente declarativas, característica que constituye la tipicidad de nuestro sistema.

#### EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN GENERAL SEGÚN EL SENTIR DE LOS LEGISLADORES Y EL DE LOS AUTORES

La Exposición de Motivos de la primitiva Ley parece que daba a entender que de la inscripción derivaban derechos cuando con ocasión de referirse a la nulidad de la inscripción practicada en días feriados aludía a la "grayísima pena de nulidad de derechos". Parece que estos derechos derivaban, incluso para las partes, de la inscripción (1).

Pero no es admisible tal suposición, ya que reiteradamente y con machaconería insistieron en que la nueva Ley en nada modificaba el Derecho civil, salvo en sus consecuencias respecto de los terceros; de tal modo, que para las partes seguiría rigiendo aquel derecho y el nuevo sólo sería aplicable frente a terceros. Y se estampó en la Exposición aquella frase, un tanto dubitativa en apariencia, de que "el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran *constituídos o tras-*

(1) *Exposición de motivos de la Ley de 1861*, epígrafe «Modo de llevar el Registro», párrafo 4.º

pasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro (1); pero seguidamente se añadía que para los contrayentes, mientras no se haga la inscripción, quedaba subsistente el derecho antiguo, idea repetida al referirse a la cancelación al decir que la de las "inscripciones y anotaciones preventivas *no extinguen* por su propia virtud, en cuanto a *las partes*, los derechos inscritos a que afecten, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho" (2); y por si lo transcrito fuera poco, también dijeron que "a los terceros sólo puede perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más *que realmente existan* y tengan fuerza entre los contratantes".

De este sentir del legislador del 61 se desprende en seguida una consecuencia: si para las partes existe el derecho sin necesidad de inscripción, ello ha de ser debido a que la inscripción no es una formalidad inherente a la existencia del derecho *per se*, sino un requisito robustecedor de su potencialidad real para lograr la plena eficacia *erga omnes*.

Respecto de la reforma que para la inscripción de hipoteca introdujo el Código civil nos limitamos por ahora a anticipar que D. Augusto Comas sospechó que aunque del artículo 1.875 se infiere el valor *natio* de la inscripción para la hipoteca, sin embargo, no es eso lo que los redactores del Código quisieron decir.

El preámbulo del Real decreto de 13 de junio de 1927 nos decía que "la inscripción, como investidura solemne, declara frente a todos quién se halla legitimado como propietario o titular".

Ya quedó dicho también la eficacia del valor legitimador según la reforma de 1944 y artículos 313 y 586 de la nueva Ley y Reglamento Hipotecarios.

En esa evolución histórica, y también dentro de la vigente Ley, existen motivos bastantes para asignar a la inscripción española, unas veces el valor constitutivo, otras el declarativo y, por fin, otras, el confirmatorio o convalidante. Pero es que repasando algunos pasajes de la Exposición de Motivos de la primitiva ley, y en ella también se encuentran párrafos y disposiciones que hagan pensar en las tres valoraciones de la inscripción expresadas, sobre todo después de tener los

(1) Idem, parte general, párrafos 35 y 36.

(2) Idem, epígrafe «Extinción de la inscripción y anotación preventiva», párrafo 1.º

conocimientos que actualmente se poseen y aplicarlos retroactivamente en virtud de aquella regla de Paulo, según la que "no es nuevo que las leyes anteriores se interpreten por las posteriores" (1).

Así, si se escoge aquel párrafo de la Exposición de Motivos en que se dice que los derechos reales se entienden *constituídos o traspasados por la inscripción*, parece que se quiso decir que de ella depende el nacimiento del derecho real; si se medita sobre aquel otro en que se dice que venta que ni se consume por la tradición ni se inscriba, no traspasa al comprador el dominio, pero si se inscribe ya se lo traspasa respecto a todos, parece que se pensaba en que la inscripción venía a desempeñar el papel de la tradición; cuando se escribía que los títulos inscritos perjudican a tercero y los no inscritos no perjudican, parece que sólo se le daba un valor de oponibilidad o declarativo; y, en cambio, cuando se medita que en los países de abolengo romanista la regulación de los derechos civiles es patrimonio exclusivo del Código civil, pero que, sin embargo, si de tales regulaciones derivan derechos reales, es preciso legitimarlos y protegerlos públicamente por la institución registral, a fin de que los no inscritos ni se opongan ni perjudiquen a aquéllos, entonces parece que la inscripción es el elemento convalidante, robustecedor o confirmatorio de nuestra tesis.

El mismo artículo 126 de la primitiva Ley tenía un saborcillo constitutivo que no debía agradar a los autores según la explicación que hemos leído en algún comentarista. Establecía dicho artículo que "la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla según *el Registro*, no convalecerá aunque el constituyente adquiera después dicho derecho".

La literalidad del artículo daba pie a pensar que sólo podía constituir hipoteca quien previamente tuviera inscrito el dominio; pero lo que el legislador quiso decir es que la hipoteca constituida por dueño no podía inscribirse sin la previa inscripción del dominio, con lo que ya se reformaba el antiguo derecho que permitía que quien no fuera dueño hipotecase bienes, siempre que aprobase la hipoteca el verdadero dueño o adquiriese el hipotecante con posterioridad los bienes hipotecados.

Pasando a analizar el pensamiento de los autores y siguiendo más bien un orden cronológico que de método, comenzaremos por la exé-

(1) Ley 62, título III, libro 1.º, Digesto.

genesis de los pensamientos anteriores al 61, de que tenemos noticia, aunque todo lo que a esta época se refiere más bien se dijo pensando en la hipoteca que en el dominio y demás derechos reales.

Tanto en los trabajos de codificación como en los legislativos del pasado siglo, si bien existen momentos en que resplandece la tendencia de fuerte influjo germánico bajo la sugestionante teoría de Sajonia, Lubeck, Baviera, etc., sin embargo no llega a cuajar la teoría constitutiva de la inscripción.

Entre los antecedentes de la codificación que conocemos figura el artículo 1.873 del Proyecto de Código civil de 1836, que dice: "Si se omitiere la toma de razón perderá el acreedor el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal." El espíritu de este artículo resume el valor constitutivo, a pesar de que en el 1.696 se había sentado el criterio de que la hipoteca se podía *constituir* "por la voluntad del dueño de la cosa, manifestándose aquélla bien sea por convenio o en disposición testamentaria" (1).

Don Bienvenido Oliver refiere que Domingo Ruiz de la Vega, vocal de la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos, en la sesión celebrada el 20 de octubre de 1843, hizo varias proposiciones relacionadas exclusivamente con el régimen de hipotecas, que fueron sintetizadas en los siguientes términos: "Para adquirir la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no basta el título adquisitivo, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro público, desde cuya fecha data en todo caso el derecho real de hipoteca misma. De esta regla no habrá más excepciones que las que se expresan en el Código."

De esta propuesta partió D. Olaudio Antón de Luzuriaga para proponer a su vez que los efectos constitutivos de la inscripción no debieran limitarse sólo a las hipotecas, sino extenderse a todos los derechos reales, y con tal mira fueron redactadas las Bases 50, 51 y 52, relativas respectivamente a las hipotecas, derechos reales en cosa ajena y transmisión de la propiedad. La primera de ellas era del siguiente contenido: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro público."

(1) Bienvenido Oliver y Esteller: *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892-1896; Apéndice 2.º del tomo I.

Pero disuelta esta Comisión y nombrada la de 1846, bajo la presidencia de Bravo Murillo, de la que formaron parte Luzuriaga y García Goyena, se suscitó la histórica discusión sobre la manera de entender transmitida la propiedad, si por el título, como el Código francés, o con éste y la tradición, o sólo por la inscripción, de cuya discusión salió mal parada la tendencia constitutiva al darse a la Base 52 una nueva redacción, que comenzaba con la hipotecaria frase de "para que produzca efecto en cuanto a tercero...". Desde este momento pudiera decirse que comienza la clásica distinción entre partes y terceros.

En la legislatura de 1858, con ligeras modificaciones se presentó de nuevo la ley de Bases para la reforma hipotecaria. La Base primera del artículo primero decía: "Será obligatoria la inscripción en los Registros públicos de todos los derechos de cualquiera especie que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan, sobre bienes inmuebles o derechos reales."

El catedrático y diputado catalán Sr. Permanyer, refiriéndose a esta primera Base, pedía al Gobierno que aclarase el sentido de la misma, porque podía dársele dos sentidos diferentes. Decía que "puede ser obligatoria la inscripción, en el sentido de que sin ella todo derecho real será ineficaz contra terceros poseedores, y que sin ella no pueda ejercitarse la acción hipotecaria ni reclamación en juicio sin hacer esa inscripción; y puede también ser obligatoria en el sentido de que sin ella no haya siquiera hipoteca ni haya podido constituirse o empezado a existir el derecho." Para este jurisconsulto, la doctrina debiera inclinarse por el valor constitutivo.

Le contestó en nombre de la Comisión D. Francisco de Cárdenas. Ya en el año 1849, en un trabajo aparecido en la *Revista de Derecho Moderno*, de que era director, había expuesto una teoría acerca de la función de la inscripción en la hipoteca (1), basada en la doctrina romana y española, relativa al nacimiento de la misma.

Bajo la influencia de aquella teoría seguramente, y con el recuerdo de que en las Contadurías, la toma de razón era un simple requisito de oponibilidad, ya que los efectos se producían, no desde la fecha de inscripción, sino desde la del contrato, al contestar al señor Permanyer dijo lo siguiente: "Entre el sistema que declara que no

(1) Una parte de esta teoría la exponemos a continuación, y otra parte al referirnos a la hipoteca.

debe haber absolutamente ni hipoteca ni contrato, ni para los interesados ni para terceros, sino desde el momento de la inscripción, y el sistema que establece que hay no solamente contrato desde la inscripción sino desde la fecha en que él se celebra, existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura. Y la razón es obvia. Si hemos de atender a la equidad me parece indudable que desde el momento en que dos personas se obligan, quedan ambas obligadas, pero no sucede lo mismo respecto al tercero, que pueda tener algún interés en esa obligación, porque no le consta sino desde el momento en que se inscribe. Este es el sentido en que yo creo debería resolverse esta cuestión" (1).

En el trabajo que este autor publicó en el año 1849, a que antes aludíamos, con ocasión del principio de publicidad de los Registros, se expresaba en los siguientes términos: "La primera consecuencia que deducimos de este principio es que la toma de razón en el Registro hipotecario debe considerarse como una circunstancia tan esencial para que la hipoteca *obligue al tercero, que sin ella sea nula esta obligación*. De donde se infiere que así como las leyes no obligan sino desde el momento en que se publican, así también las obligaciones hipotecarias no tienen *fuera ninguna respecto de tercero* sino desde la fecha en que se registran, y que desde ella deben contarse los plazos que tengan relación con la misma, tales como la prescripción y otros. Respecto a los contrayentes que prestan su consentimiento, subsiste en buen hora la obligación desde el momento en que la estipularon, o siendo legal la aceptaron; pero respecto al tercero, que nada puede saber hasta que la obligación esté registrada, no pueda ésta tener valor antes en buenas reglas de justicia" (2).

Desde luego, el resultado de la discusión entre Permanyer y Cárdenas fué que tomó estado legislativo el parecer de Cárdenas, pasando a la primitiva ley, en términos generales, en los artículos 23 y 25. con el sonsonete de que los títulos no inscritos no perjudicaran a terceros, y los inscritos perjudicaran desde la fecha de su inscripción; y para la hipoteca, en el artículo 146, bajo la redacción de "Para que

(1) Del *Diario de Sesiones del Congreso*.

(2) Francisco de Cárdenas: *Revista de Derecho Moderno*, año 1849, tomo VI.



las hipotecas voluntarias *puedan perjudicar a tercero se requiere..* " la escritura pública y la inscripción.

Una vez promulgada la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, las más acaloradas discusiones debió originar la apreciación del valor jurídico de la inscripción, a juzgar por la literatura de la época, tanto en libros como en Revistas. Los que atacaron la inscripción lo hacían por considerarla una formalidad o una traba a la libertad de contratación de la propiedad, que chocaba con el espíritu independiente que había remozado el Código napoleónico. Pero también tuvo numerosos y elocuentes defensores.

Entre ellos merece recordarse a D. José Hernández de Ariza, que en su libro *Ley Hipotecaria* expuso con gran exactitud e insuperable elocuencia los más acertados símiles de la inscripción. Hacía ver cómo los derechos políticos, la propiedad científica, fabril o comercial, la invención, la obra literaria, la razón mercantil, la marca de fábrica; cómo también la Deuda pública, los libros del Erario, Bancos, Cajas de Ahorro, Sociedades de Crédito, de Seguros, de Socorros, etc., tienen su virtualidad en los registros de carácter administrativo, y todos ellos desde la fecha de la inscripción producen efectos.

Sin gran esfuerzo, por el gran peso de sus razonamientos, hacía ver también cómo todo lo que afecta a la personalidad depende de los Registros, de tal modo que no podría concebirse la supresión de los mismos sin que la Humanidad se convirtiera en un caos, e hizo ver cómo los tres momentos más trascendentes de la vida del hombre tenían su apoyo y transcendencia jurídica en los Registros al decir: "El nacimiento, el matrimonio, la defunción, los tres grandes sucesos de la vida del hombre no se apoyan en otro testimonio ni han menester de otra justificación que la de los Registros parroquiales."

Pero todavía hizo otras consideraciones de mayor agudeza de ingenio, que pusieron de manifiesto la gran distancia que existe entre un documento y un asiento registral, y al mismo tiempo la verdadera importancia y valor de la inscripción.

Para el Sr. Hernández Ariza, la inscripción es el único medio posible de acreditar la subsistencia de los derechos reales en el patrimonio de quien muestre un título adquisitivo del mismo; para este autor, la inscripción viene a ser la fe de vida de los derechos reales. Y, en efecto, tal papel desempeña, porque el título adquisitivo o documento que contenga el derecho, por muy irrefutable que sea, sólo

sirve para justificar que se adquirió un derecho, pero no sirve para justificar que lo conserva. Tan elocuente defensor de la inscripción registral decía así: "entre el título adquisitivo y el que necesita para transmitir o hipotecar la propiedad, hay la misma diferencia que entre la fe de bautismo y la fe de vida; no basta que naciese el derecho; es indispensable hacer constar que subsiste íntegro, o las modificaciones que haya sufrido" (1).

En aquella época, entre otras Revistas había la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, y la *Revista Hipotecaria*, a las que nos hemos de referir, porque en ellas consta una fuerte polémica acerca del valor de la inscripción entre Telesforo Gómez, que escribía en la *Revista General*, y Manuel Fernández Martín, que era director de la *Revista Hipotecaria*, en cuya polémica terció Hermenegildo María Ruiz.

Telesforo Gómez decía (2) que la inscripción es "la causa creadora del derecho real", y que "no es solamente el asiento en el Registro, sino una *parte integrante del derecho real, o más bien su esencia constitutiva*, puesto que es el alma que da vida y nombre, y sin la que no subsistiría", y la llamó "savia vivificadora del árbol de los derechos reales", si bien en otro pasaje afirma que "la inscripción es una *formalidad* en favor del adquirente, independientemente del que transmite o grava."

Como se observa, la tesis de Telesforo Gómez es una reproducción de la que expuso Luzurriaga en sus primeros años de legislador, si bien en el último párrafo transcrito admite el nacimiento extrarregistral de los derechos reales. Pero a pesar de ello, se alzó en contra Manuel Fernández Martín, que decía: "La inscripción sólo tiene por objeto hacer público el estado civil de la propiedad; pero de esto a que es la esencia constitutiva del derecho real, y sin la que no subsistiría, hay una diferencia inmensa, que se salva con un conocimiento exacto de lo que es el derecho real, de las fuentes de donde nace, de su naturaleza esencial." y añadía, que el derecho real debe "su existencia al acto de la tradición".

Ante este dualismo, Hermenegildo María Ruiz, terció para decir que no compartía ni uno ni otro criterio, exponiendo: "La adquisición

(1) José Hernández de Ariza: *Ley Hipotecaria*, 1861, tomo I.

(2) Telesforo Gómez: *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, año 1862, tomo XX.

del dominio y de los derechos reales, reconoce dos causas: el título y el modo; el primero, que es la causa remota, y el segundo, que es la causa próxima. Por el primero se obliga la persona y se constituye el derecho *ad rem*, y por el segundo se sujeta la cosa constituyéndose el derecho *in re*; pero este último no crea por sí sólo ese derecho, sino que depende del primero, viniendo a ser su complemento. De modo que el derecho existe desde que hay título, aunque sólo a la cosa, y sin el título no existe ni puede existir derecho a la cosa ni en la cosa. El título crea, y el modo realiza; sin éste puede haber derecho; sin aquél es imposible. Ahora bien; no siendo la inscripción uno de los modos que el derecho reconoce, y siéndolo menos, si cabe, la tradición, ni una ni otra pueden ser causa creadora del derecho real. La tradición es el modo de transmitir el derecho preexistente; la inscripción en el Registro es el medio de asegurarlo contra la usurpación; pero de esto a ser una u otra la causa generadora del derecho, hay una distancia inmensa."

Puso término a la polémica el mismo que la motivó empleando en defensa de su tesis ejemplos y consideraciones, que si bien no encajan dentro de un rigor científico, son, sin embargo, contundentes, pues reflejan el resultado práctico de la aplicación del derecho registral con tal realismo, que nos da la sensación de hallarnos en presencia de aquellos óleos, de deficiente técnica, pero tan llenos de vitalidad, que acaban por convencer, o al menos dejan en suspenso el ánimo para una inmediata resolución o fallo.

Telesforo Gómez, contestando al Director de la *Revista Hipotecaria* decía que cuando se ocupa de la Ley Hipotecaria, lo hace acomodando su lenguaje al objeto de la ley, o sea a los terceros, y expuso la siguiente teoría: "la inscripción sin el tercero es una causa sin efecto, puesto que aquélla es únicamente para éste, y sin él sería innecesaria. Hablar, pues, de la inscripción sin referencia a terceros es contrariar su significado y no usar con propiedad el lenguaje correspondiente". Y para demostrar que la inscripción es *causa generadora del derecho frente a terceros*, puso el siguiente ejemplo: A vende a B la finca X; B no inscribe su derecho; más tarde A vende a C, que inscribe. La solución del ejemplo, por aplicación del artículo 34 de la ley primitiva, es que B sólo tiene acción personal contra A, ya que los derechos inscritos no se pueden invalidar o contrarrestar en su choque con los no inscritos.

La argumentación del dicho autor fué como sigue: ¿De qué le ha servido a B su cacareado derecho real, o qué clase de derecho es ése tan limitado y tan impotente, que no sigue a la cosa donde quiera que se encuentre? Si la inscripción no fuera la causa creadora del derecho real del tercero C, B sería el dueño de la finca, puesto que había sido comprador anterior, y no hay otra diferencia entre ellos que la de que aquél inscribió su derecho y éste no. ¿Cuál es la causa de que C pueda perseguir la finca donde quiera que se encuentre y no sea despojado de ella por nadie? La inscripción, que es la circunstancia que posee C, y no tiene B. Y si aún esto no basta, cambiemos los papeles, y B es el comprador inscrito, y C un tercero sin inscribir, ¿podrá ahora C arrancar la finca a B? De ningún modo. ¿Cuál es, pues la razón o causa de que un caso C sea el dueño de la finca X y el otro no? La inscripción, puesto que es la única circunstancia que diferenciando a un caso de otro le diferencia también de *derechos*. Siendo, pues, la inscripción la que da facultad para reclamar la cosa de cualquier poseedor, que es uno de los principales atributos del dominio, es indudable que la inscripción es la causa generadora del derecho real. Y esto no lo hemos dicho sólo nosotros: lo ha dicho también la Comisión en su Exposición de Motivos al manifestar que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro."

Para no dejar de ofrecer el pensamiento de uno de los más ilustres romanistas de la época, reproducimos también unos párrafos de don Pedro Gómez de la Serna publicados en el año 1863 (1).

Decía así el autor de la Exposición de Motivos de la Ley del 61: "En la constitución de todos los derechos reales sobre bienes inmuebles se requería por la legislación posterior a las leyes recopiladas la inscripción; una y otra vez se ha repetido el precepto; se han señalado términos que se han llamado improrrogables, pero que por una singular contradicción se han ido indefinidamente prorrogando. Según esto, el que no inscribía los actos anteriores quebrantaba la ley, y no podía hacer valer su derecho si antes no subsanaba la falta, y esto incurriendo en las penas pecuniarias que las leyes fiscales tenían establecidas. La nueva Ley es mucho menos exigente en este punto que la

(1) Pedro Gómez de la Serna: *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, 1863, t. 23, pág. 101.

legislación antigua . . No ha declarado ineficaces los derechos que *nacen de los actos o contratos que no han sido inscritos; los considera, por el contrario, siempre válidos y eficaces entre los que lo celebraron.*"

Nada decimos ahora de la reforma del Código civil, que expon-dremos al referirnos a la hipoteca, para seguir analizando el parecer de los autores.

Para D. Bienvenido Oliver, la inscripción tiene valor constitutivo; al menos así se desprende de la frase transcrita por D. Jerónimo en *Principios Hipotecarios* (1), cuya frase dice así: "Expondré la doctrina de la Ley Hipotecaria contenida principalmente en los cuatro primeros títulos de la misma y confirmada por el Código civil, sobre la inscripción considerada como *único modo absoluto* de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos sobre cosas inmuebles."

Por el contrario, D. Eduardo Pérez Pujol, en la carta que dirigió al Sr. Oliver en el año 1893, y que reproduce D. Jerónimo en su aludida obra *Principios* (2), no se nos muestra como partidario del valor constitutivo, al que considera como una *invasión del Estado en el terreno del Derecho civil*, sino como partidario de la teoría de Cárdenas, expuesta en el Congreso, a la que considera, no como una *componenda ecléctica*, sino como un verdadero *principio* de la ley.

A los fines de este trabajo, sólo reproducimos de la carta los párrafos alusivos al valor de la inscripción, remitiendo al lector a los comentarios que de la carta hace D. Jerónimo.

Don Eduardo Pérez Pujol decía así: " . . La publicidad por medio del Registro tiene verdaderamente fuerza sustantiva *para hacer nacer la obligación general negativa de los terceros*—dice muy bien nuestra Ley Hipotecaria—de los no otorgantes del acto inscrito, de los no ligados con obligación personal positiva, y esto es perfectamente justo desde que el Registro es accesible al público, o por lo menos a todo interesado . Pero si la publicidad germánica entraña el principio sustantivo de la obligación general, de modo que el acto inscribible no sea válido sino mediante la inscripción (Permanyer), y con tal validez que haga legítimo un acto nulo, el principio de publicidad, en el sentido de obra del Derecho público, de *invasión del Estado en el terreno del Derecho civil*, concluye con una injusticia, la de confiscar

(1) Don Jerónimo González Martínez: *Principios Hipotecarios*, 1931, página 142.

(2) Idem: ídem, págs. 114 y sigs.

una obligación personal, justa y legítimamente constituida, sin provecho de nadie, sólo por una razón, más aparente que sólida, de origen público. El término medio propuesto por el Sr. Cárdenas, que no es componenda ecléctica, sino una síntesis atinada y completa de los elementos que entran en el derecho real, es el principio en que se funda nuestra Ley Hipotecaria, que aun cuando se ha explicado en forma casuística, obedece rígidamente a ese principio."

El Sr. Martínez Pardo, verdadero propulsor de la reforma hipotecaria de 1909, inspirada sin duda en los artículos 891 del Código civil alemán y 937 del suizo, se expresaba en los siguientes términos: "La inscripción no debe convalidar los actos nulos o falsos, pero mientras subsista, ínterin los Tribunales no la hayan anulado mediante la solemnidad de un juicio declarativo, debe surtir forzosamente todos sus efectos e imponer por sí misma el imperio del estado jurídico de que es proclama y garantía" (1).

Veamos ahora lo que dijo D. Jerónimo en sus *Principios Hipotecarios*.

Al emitir juicio sobre la época de 1861, al mismo tiempo que declara que "la técnica de la adquisición del dominio quedó en un estado nebuloso, y mientras en los preceptos de la Ley Hipotecaria, la inscripción aparecía por un lado como prácticamente necesaria para ejercitar acciones procedentes del dominio y derechos reales, y de otro como condición indispensable para que se entendiesen adquiridos, transmitidos o extinguidos de un modo perfecto y absoluto, o sea en cuanto a tercero, no faltaban textos en la Exposición de Motivos que la considerasen como una operación subalterna y formal.", reconocía, en cambio, la subsistencia de "los modos de adquirir clásicos con el juego decisivo en algunos momentos de la posesión, pero subordinando la materia a las declaraciones del Registro cuando surge una persona (tercero) que por él deba ser protegida"; y al comentar que después de puesta en vigor la ley no existía un concepto unitario del dominio, afirmaba que la única propiedad perfecta es la inscrita.

Con esta afirmación y la de la subordinación de los derechos civiles a las declaraciones del Registro, D. Jerónimo viene a reconocer que la inscripción robustece los derechos nacidos extrarregistralmente otorgándoles la facultad *erga omnes*.

(1) D. P. Higuera: *La reforma de la legislación hipotecaria*, tomo I, 1909; Prólogo de D. Pablo Martínez Pardo, pág. xxvi.

Cuando se refiere a la reforma de 1909, hace distingos respecto de la existencia de un grupo de derechos que producen efectos *erga omnes* aunque no se hallen inscritos (1), para los cuales la inscripción es sencillamente declarativa, y respecto de la transferencia del dominio, constitución de derechos reales y modos de perder el dominio o extinguirse los derechos reales.

En cuanto a la transferencia del dominio reconoce la necesidad de la tradición en cualquiera de sus clases, pero admite que, "cuando no exista los problemas se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones", y añadiendo inmediatamente que la inscripción del título adquisitivo "transformará la situación obligatoria en real", dando a entender que si hay tradición, la inscripción será declarativa, y si no la hay, será constitutiva.

Aunque *a priori*, no se sabe si esa inexistencia de tradición a que se refiere, es respecto del dominio o respecto de los derechos reales en cosa ajena, se ve que alude al dominio, ya que de los derechos reales trata en párrafo aparte, y además, porque cree ver en el último párrafo del artículo 1.473 del Código civil un caso de adquisición de propiedad sin tradición.

Por lo que afecta a los derechos reales distintos del dominio, expone que algunos de ellos nacen sin tradición (2), y respecto de ellos nos dice que así como para la hipoteca la inscripción es constitutiva siempre, en cambio para los demás supuestos "hay que examinar a la luz de la especial técnica de la adquisición en litigio la situación jurídica extrahipotecaria para saber si nos hallamos o no en presencia de una inscripción declarativa" (3). Con esto parece que quiere decir o dar a entender también que si la inscripción hace el papel de una tradición, la inscripción es constitutiva, pero si esos derechos reales

(1) Son los derivados de la Ley, la sentencia judicial, el decreto administrativo; como las herencias, adjudicaciones de bienes en los regímenes matrimoniales que adjudican a uno de los esposos las adquisiciones o aportaciones del otro, las sentencias que reconocen una situación inmobiliaria o adjudican esta clase de bienes, los expedientes de expropiación forzosa y las concesiones administrativas. (Relación hecha por D. Jerónimo en *Principios*, página 124.

(2) Como el usufructo, que puede nacer por la Ley, voluntad o prescripción; las servidumbres continuas y aparentes de los artículos 537 y 539, que se pueden adquirir por prescripción; las continuas no aparentes y las discontinuas, que sólo se adquieren por título; el censo enfitéutico, que sólo se adquiere por escritura. (Resumen de D. Jerónimo, de *Principios*, pág. 130.)

(3) Idem, pág. 133.

habían tenido nacimiento legal, según los presupuestos civiles, entonces la inscripción es declarativa.

El mismo criterio sostiene en cuanto a los modos de perderse el dominio o extinguirse los derechos reales, ya que entiende que, si la extinción se opera por ministerio de la ley, la inscripción es declarativa, y si se produce por voluntad de los interesados, es constitutiva.

En los problemas b, c y d planteados por el maestro, no quedamos convencidos del valor constitutivo de la inscripción en los casos que apunta. En los supuestos b) creemos que no hay transmisión de dominio con arreglo al Código civil, y, por tanto, que no hay derecho real, sino el título de una obligación no inscribible; en los supuestos de la letra c) o derechos reales sin tradición, si efectivamente son derechos reales, no los crea el Registro, y la inscripción respecto de ellos tendrá la misma función que para los otros derechos reales, y si no son derechos reales no podrán ser objeto de inscripción, y lo mismo procede decir en los supuestos de la letra d).

En estos supuestos b, c y d, y en vista de los ejemplos que puso el maestro, nos hallamos, según nuestro modo de ver, en presencia de derechos reales nacidos según las normas del Derecho civil (salvo el caso de la hipoteca) y a los que la inscripción, en vez de darles una mera publicidad o de darles el nacimiento como si fuera la tradición de los mismos, lo que realmente hace es darles un robustecimiento jurídico con el que puede oponerse y perjudicar a todo el mundo. Esta facultad robustecedora de la inscripción, o valoración confirmatoria, debía estar latente en el ánimo del llorado maestro, no sólo porque buscó su justificación en el papel de la tradición, sino porque aunque en otra de sus páginas niega a la inscripción el valor de cosa juzgada, en otras opinaba también que "es una condición necesaria, mas no suficiente, para la *modificación* de una situación inmobiliaria *erga omnes*"; que "es un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles; y que si bien no existe un concepto unitario del dominio, la única propiedad *perfecta* es la inscrita, dando a entender, que a su lado existe otra propiedad, la civil, que puede ser objeto de resoluciones según lo que proclame el Registro. A nuestro juicio, esta resolución cabe también en los supuestos de la letra a).

En resumen: para nosotros, todas las distinciones del maestro, a los efectos de la valoración de la inscripción, revelan que veía en el



asiento de los Registros algo más que una simple publicidad o declaración de derechos ya creados; pero que no habiendo hallado el valor convalidante de Angel Sanz, creyó que ese algo más que daba la inscripción a los derechos era el papel de la tradición, y por eso se inclinó por la valoración constitutiva en determinados casos.

Algo parecido hemos de decir de Roca Sastre cuando empieza a hacer distinguos valorativos (1).

Para tan esclarecido hipotecarista, en términos generales, la inscripción es siempre declarativa, salvo tratándose de la hipoteca, que es constitutiva. Pero también hace apreciaciones desde los siguientes puntos de vista: a), según el artículo 313 de la vigente Ley Hipotecaria; b), según la inscripción del adquirente; c), por la del transferente, y d), según el principio del tracto sucesivo.

Desde el punto de vista a) nos viene a decir que la inscripción tiene un valor constitutivo con más alcance que el de los Códigos civiles alemán y suizo, ya que el artículo 313 lo mismo es aplicable a los negocios jurídicos que a los actos sin tradición, como las herencias, y en consecuencia los organismos y funcionarios "podrán estimar que una sucesión, una compraventa o cualquier otro título adquisitivo de propiedad que no haya sido objeto de inscripción, haya operado transmisión alguna a favor del heredero, comprador o adquirente, aunque en la realidad jurídica dicha transmisión se haya operado". Pero también antes de haber redactado lo copiado, había escrito que ese artículo 313 equivale a afirmar que los documentos no registrados "no despliegan plenos efectos hasta que figuren inscritos", lo que equivale a decir que, si bien la inscripción no hace nacer los derechos, sin embargo, les confiere algo que jurídicamente se traduce en la efectividad *erga omnes*.

Para los supuestos b) y c) niega el valor constitutivo de la inscripción, incluso para la doble venta, basándose en la tesis por nosotros mantenida, de que todos los derechos reales nacen fuera del Registro, y que en los Registros sólo se inscriben derechos reales. Por eso dice que "en nuestro sistema no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que del título aparezca cumplido el requisito de la tradición", y que "existiendo ésta, sobra la inscripción como medio operativo de la transmisión, pues ésta ya la ha efectuado la

(1) Roca Sastre: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1947, tomo I, páginas 135 a 145.

tradición resultante del título inscribible". Pero después de esto, que es la proclamación del valor declarativo, añade para el caso b) que la inscripción no debe concebirse como simple requisito de oponibilidad, sino como una circunstancia que, en unión de otras, sirve para formar el tercero hipotecario; y respecto del caso c), o inscripciones a favor del transferente, nos dice que por tales inscripciones no se trata de favorecer a tercero, sino de proteger a todo titular registral. Como se ve, lo que realmente nos demuestra es que la inscripción añade un nuevo valor al derecho extrarregistral.

Y respecto del caso e) o tracto sucesivo, dice que, en el supuesto que el vendedor no fuera dueño inscrito, no es necesaria la previa inscripción antes o en el momento de otorgar la escritura, sino que "es suficiente que conste como tal titular al pretender la inscripción de la transferencia", porque si imperara otro sistema o se dijera que sólo el titular registral está legitimado para disponer, entonces la previa inscripción del transferente tendría valor constitutivo.

Tan eximio romanista e hipotecarista termina su estudio valorativo de la inscripción afirmando que después del artículo 313 de la ley, la inscripción no es constitutiva, sino solamente precisa "para el *normal ejercicio* de una de las facultades del dominio." Se refiere a la facultad dispositiva, talismán que nos convierte en señores frente a todo y ante todos.

Jiménez Arnau atribuye a la inscripción en general la facultad de conceder al derecho nacido la plenitud de efectos, preferencia en concurrencia con otros derechos y una purificación de los vicios adquisitivos del causante. Dice así: "Es un asiento principal que se practica en los libros del Registro y que produce el nacimiento de un derecho real, o *concede al ya nacido* la plenitud de efectos, otorgando al dueño la facultad de disposición registral, concediéndole una protección posesoria y una preferencia cierta sobre los derechos de otros titulares en concurrencia, y sustrayendo su adquisición de los vicios que pudieran dañar la de sus causantes" (1).

Según el Catedrático de Derecho D. Alfonso de Cossío y Corral, la inscripción, "salvo raras excepciones, no sólo no es necesaria para constitución de los derechos, sino que exige, para poder practicarse, que éstos se hallen ya anteriormente constituidos"; pero aclara su concepto

(1) Jiménez Arnau: *Tratado de Derecho hipotecario*, tomo I.

diciendo "que los asientos registrales, unas veces constituyen y otras declaran simplemente las relaciones jurídicas reales; pero en uno y otro caso *añaden* a éstas una serie de efectos y ventajas de que *sin la inscripción carecerían*, ventajas y efectos que no sólo afectan a terceros, sino incluso a las mismas partes. La inscripción, pudiéramos decir, viene a *completar* el proceso transmisivo, *dotando* al derecho creado de la *plenitud de efectos* posibles (1).

Otro profesor de Derecho, D. Ignacio de Casso y Romero, aunque parece que tiene preferencia por el valor constitutivo para la inscripción en general (2), nos dice que, aunque los derechos hayan nacido *extrarregistralmente*, su eficacia depende de la inscripción; y nos explica "que el presupuesto de inscripción quiere decir que *solamente producen eficacia* los derechos reales inscribibles cuando efectivamente *hayan sido inscritos*, aun cuando ya existieran o estén constituidos por negocio jurídico obligacional. Y lo mismo su transferencia, modificación o extinción" (3).

También vamos a resumir lo poco que Rafael Núñez Lagos ha dicho sobre esta cuestión en su folleto "Realidad y Registro". Prescindimos, desde luego, de lo que dice de la inscripción alemana para recoger que, a su juicio, la inscripción del sistema español es declarativa, salvo las "*a non domino*, convalidadas por la *fides* en beneficio del tercero hipotecario del artículo 34, en cuyo supuesto la inscripción es un modo de adquirir"; que la exigencia de la inscripción para la hipoteca "es problema que pertenece al capítulo de la forma de los negocios jurídicos materiales, y no al principio de inscripción"; y que "no hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre la eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real, porque la *eficacia* se deriva en ambos supuestos del TÍTULO INSCRITO a través del asiento, pero no directamente del asiento" (4).

Sin recoger, por ahora, lo que dice de las adquisiciones *a non domino*, para dejarlas cuando de estas adquisiciones me ocupe más adelante, lo que sí recojo y hago mías son las frases y conceptos relativos a la hipoteca y demás derechos reales, porque yo también entiendo que la eficacia *erga omnes* de una hipoteca, un derecho real, o una

(1) Alfonso de Cossío y Corral: *Lécciones de Derecho hipotecario*, 1945.

(2) Ignacio de Casso y Romero: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1946, pág. 107.

(3) Idem, pág. 103.

(4) Rafael Núñez Lagos: *Realidad y Registro*, 1945, pág. 9, nota 1.-

propiedad, dependen del TÍTULO INSCRITO, esto es, del título con la confirmación registral, y no solamente de aquél o de éste (en cuanto a la propiedad inscrita).

En las columnas de esta Revista ha aparecido una selecta y profunda literatura, debida a las plúmas de F. Oliete (1), Julián Abejón (2), A. Ventura González (3), Bartolomé Menchen Benítez (4), Rafael Chinchilla Rueda (5), Carlos Aguilar (6), y Manuel Villares Picó (7), de cuyos trabajos se desprende siempre la idea de que a los derechos extrarregistrales nacidos les añade algo la inscripción y terminamos esta larguísima lista de autores con Angel Sanz, quien según lo que tengo leído, es el que ha referido públicamente el valor conformativo o convalidantes de la inscripción como término medio entre las valoraciones constitutiva y declarativa.

Pelayo Hore ya había dicho que la clasificación tradicional debía sustituirse por la de inscripciones, declarativas, constitutivas y conformativas, pero sin determinar el concepto de esta última especie (8).

Angel Sanz, refiriéndose a las reformas hipotecarias de 1944 y 1946, dice que, "restableciendo y aun reforzando el sistema de 1861, dan plena consagración al sistema de inscripción *convalidante*, de tipo *intermedio*, que presta a las inscripciones normalmente un valor declarativo, y en algunos supuestos constitutivos del derecho real (9), y aunque hace singularmente estas apreciaciones valorativas, su verdadero ideario queda reflejado con las siguientes palabras: la inscripción "es el elemento convalidante de la adquisición, que presta a ésta plena eficacia *erga omnes* y absoluta seguridad jurídica" (10).

En todos los autores de que hemos transcrito párrafos, en todos, sin excepción alguna, he observado dos apreciaciones comunes: una de ellas, que la inscripción de los derechos que nacen extrarregistralmente no es simplemente declarativa, sino que añaden un valor des-

(1) F. de Oliete: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1925, tomo I, pág. 492.

(2) J. Abejón: ídem, 1933, tomo IX, pág. 659.

(3) A. Ventura González: ídem, 1934, tomo X, pág. 108.

(4) Bartolomé Menchen: ídem, 1940, núm. 147, pág. 479.

(5) Rafael Chinchilla: ídem, 1943, núm. 183, pág. 489.

(6) Aguilar: ídem, 1945, núm. 209, pág. 684.

(7) Manuel Villares Picó: ídem, 1945, núm. 210, pág. 740.

(8) Angel Sanz: *Instituciones*, 1947, tomo I, págs. 239, párrafo segundo de la nota 21.

(9) Ídem, pág. 244.

(10) Ídem, pág. 250.

pués registrado, y la otra, que ese valor es precisamente el de su eficacia *erga omnes*.

Nos toca analizar ahora los casos singulares a que la doctrina y los autores atribuye un nacimiento por la inscripción, como son la hipoteca, adquisiciones a *non domino*, doble venta, arrendamientos y opción.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS . . .

Registrador de la Propiedad.

## Régimen de la propiedad territorial en Guinea

No es mi propósito hacer un estudio a fondo de la recentísima Ley de 4 de mayo de 1948. Para ello se perfilan—según anuncia el Suplemento núm. 559 de esta REVISTA—plumas más expertas; lo que sería suficiente razón para colgar la mía, si no fuese porque me considero, en cierto modo, obligado a comentar sus “novedades” por la injusta alusión que a los Registradores en general, y concretamente a los que servimos en la Colonia, nos hace D. José María Cordero Torres en su “Tratado Elemental de Derecho Colonial Español”, obra—por otra parte—digna de elogio por su documentación e interesantes sugerencias.

Dice el Sr. Cordero Torres en la pág. 279 de la edición de 1941: “No resulta fácil ni inmediata la sustitución del régimen de la propiedad consagrado por el Real decreto de 11 de julio de 1904 y Reglamento de 16 de enero de 1905. Al contrario, si siguiendo una castiza costumbre se llevara al *Boletín Oficial del Estado* alguna reforma radical como, por ejemplo, la cacareada implantación del sistema Torrens, los hábitos y la preparación de nuestros Registradores se encargarían de desvirtuarla por completo.”

He aquí por qué, cumplida la ocasión apuntada con la promulgación de la Ley de 4 de mayo, considero un deber comentarla y, de paso, desvanecer el error, en que incurrieran todos los autores que comentaron el hoy derogado régimen inmobiliario colonial, de que en nuestras posesiones del Golfo de Guinea regía algo parecido al sistema Torrens; aclarando, a su vez, que no nos cabe culpa alguna a los Registradores de que la intención de implantarle—si la hubo—no llegara a cuajar.

La errónea creencia de considerar al sistema de Registro de la Gui-

nea española dentro del grupo australiano—en que inciden obras “matrices” como el Morell, “Comentarios a la Ley Hipotecaria”, Madrid. Editorial Reus, 1925, tomo I, pág. 120; especiales como “La Propiedad en la Guinea Española”, de Jesús Muñoz y Núñez de Prado. Madrid, 1928, pág. 18, y difunden todas las contestaciones a los programas de oposiciones—tiene, quizá, su origen en una primera y ligerísima lectura de las citadas disposiciones reguladoras de la Propiedad en nuestra Colonia, Real decreto de 11 de julio de 1904 y su Reglamento de 16 de enero de 1905.

En el Real decreto se lee, por ejemplo, en el artículo 42, que: “Serán objeto del Registro: 1.º La inscripción de las adquisiciones y expedición de certificados de inscripción, que constituirán el título para el interesado.” Este certificado-título, según el art. 51: “se expedirá y será firmado por el Secretario general (después al crearse cargo especial, por el Registrador), y contendrá la descripción del inmueble y la persona individual o colectiva a cuyo nombre se reconoce el dominio o derecho.” Por mediación de un simple endoso suscrito por el interesado con la aceptación del adquirente, extendido en el mismo certificado-título ante dos testigos y el representante de la Autoridad pública (art. 52), que en Santa Isabel era el Notario, en Bata y Elobey los respectivos subgobernadores, y en los demás puntos el Delegado del Gobierno (art. 59 del Reglamento), o por contrato privado firmado por duplicado en la misma forma y consignado en el certificado-título (art. 52), podía verificarse la transmisión del dominio o de los derechos que otorgue la concesión e inscribirse en el Registro con la presentación de un ejemplar del contrato privado o de copia del endoso extendida ante dos testigos y el representante de la Autoridad, con las referencias necesarias al certificado-título correspondiente (art. 59), y lo mismo ocurría con los derechos reales (art. 59), teniendo los endosos y contratos privados dichos la misma efectividad que las escrituras públicas (art. 61 del Reglamento).

Estos preceptos, que son los únicos originales de la citada legislación hipotecaria colonial, pues los restantes artículos de la parte hipotecaria de dichas disposiciones son copia fiel de la Ley y Reglamento hipotecarios peninsulares vigentes a la sazón—años 1904 y 1905—son los que, acaparando la atención de sus comentaristas, provocaron la afirmación de que en nuestras posesiones del Golfo de Guinea se había implantado nada menos que el sistema australiano de

Registro. Debíó abonar, además, esta creencia el antecedente del proyecto de Ley presentado en el Congreso por el conde de San Bernardo el 25 de febrero de 1892.

Únicamente—como en tantas otras cuestiones—el llorado D. Jerónimo González apunta su sospecha crítica al decir en sus "Estudios de Derecho Hipotecario", Madrid, 1924: "En la Sección 3.<sup>a</sup> del capítulo 6.<sup>o</sup> del Reglamento citado de 16 de enero de 1905 se adopta el sistema peninsular de anotaciones preventivas como si se tratase de una institución perfectamente adecuada a la naturaleza y circulación del título-real", pero no deja por eso de incluir en el grupo australiano, siguiendo la corriente a nuestro sistema inmobiliario colonial. (Véase también el artículo del Registrador D. José Luis Serrano Ubierna, publicado en esta REVISTA, tomo IX, pág. 601.)

Pero es que, además de la incongruencia fundamental apuntada por D. Jerónimo, el Real decreto de 11 de julio de 1904 y su Reglamento, al admitir paladinamente en su artículo 52 la validez de las transmisiones del dominio o de los derechos que otorgue la concesión "hecha por los demás medios legales" y no exigir para ellas que se reflexasen en el certificado-título de la inscripción primordial, al ser inscritas, quitaban a dicho certificado-título toda categoría de título real, convirtiéndole en una simple certificación del Registro, sin más valor que el de hacer fe en cuanto a su fecha.

Añádase a esto que el certificado-título no llevaba copia del plano de la finca, y que las transferencias por endoso en el mismo certificado sólo podían verificarse en los territorios de la Colonia (art. 59 del Reglamento) y ante los funcionarios coloniales que el mismo Reglamento indica, y se comprenderá que la finalidad del legislador colonial de 1904 no fué dotar al propietario en Guinea de un título real "soporte de la propiedad en el papel infiltrada, de suerte que la posesión del mismo documento o las relaciones jurídicas de que sea objeto repercuten sobre aquel derecho real" (D. Jerónimo, ob. cit. página 160), que es lo característico del sistema australiano, sino algo más modesto: enfrentarse con el problema de la carencia de funcionario idóneo—Notario—en toda la extensión de la Colonia y facilitar así la contratación, de otra manera casi imposible; y así lo reconoce el preámbulo-exposición del Real decreto de 1904: "limitando—son sus palabras—la intervención de los Poderes públicos en el movimiento de la propiedad inmueble a lo más estrictamente necesario



para su garantía y seguridad, sin trabas que, además de estar en pugna con los modernos principios económicos implicaría mayor complicación en el funcionamiento del Registro de la Propiedad."

Esta era la situación hasta la promulgación de la reciente Ley que ocasiona estos comentarios; y es obligado añadir que los indicados preceptos seudoaustralianos a que acabo de referirme no fueron, que yo sepa, utilizados nunca en la práctica. A lo menos, en los cuatro años que regenté el Registro de la Colonia no se presentaron a inscripción más documentos—aparte de los expedientes de concesión para inmatricular—que escrituras públicas otorgadas ante Notario de la Península—frecuentemente, de Bilbao—o ante el Notario de la Colonia, residente en Santa Isabel, y que periódicamente visitaba la Guinea continental, donde los que tenían que otorgar algún documento le esperaban o avisaban con tiempo. Las ausencias por licencia o enfermedad del Notario se suplían confiriendo el Gobernador la fe pública a otro funcionario-letrado que regentaba interinamente la Notaría de Fernando Poo.

¿Puede achacarse ese desuso o fracaso a los "hábitos y preparación del Registrador", como insinúa el Sr. Cordero Torres? Porque el hábito de esperar tras la mesa del despacho la llegada del documento para calificarle e inscribir, suspender o denegar es tan nuestro como del Registrador australiano, a quien además se le envían—con honorarios y todo—por correo. Y no fué culpa nuestra que sólo llegaran documentos autorizados por Notario con las formalidades de la legislación notarial peninsular, perfectamente admitidos, como se ha visto, por el Real decreto de 1904 y su Reglamento.

Clasificar, después de esto, en el grupo australiano a nuestra legislación hipotecaria colonial, se convendrá que equivale un poco a tomar el rábano por las hojas.

\* \* \*

Esto, en cuanto al pasado; veamos ahora hasta qué punto cabe temer que nuestros "hábito y preparación" desvirtúen la aplicación del sistema australiano. ¿Le introduce la nueva Ley del 4 de mayo?

Sustancialmente, la nueva Ley recoge los preceptos comentados del Real decreto de 11 de julio de 1904 y de su Reglamento de 16 de enero de 1905.

Se mantiene (art. 35) el certificado de inscripción, que servirá de título al interesado, y que deberá expedir el Registrador con la descripción del inmueble y la persona individual o colectiva a cuyo nombre se reconoce el dominio o derecho (art. 81-1). Contra la negativa del Registrador a expedirle se concede un recurso ante el Juez de Primera Instancia, recurso que ya concedía el artículo 49 del Real decreto de 1904, sólo que ante el Gobernador general.

Además de estos certificados-títulos que pudiéramos llamar de dominio, *podrán* expedirse certificados de inscripción de Derechos reales, expresando su carácter en el encabezamiento: Certificado de inscripción de usufructo, o de Enfiteusis, o de Hipoteca, etc., que surtirán para su transmisión o gravamen los mismos efectos que los certificados de inscripción de dominio para la transmisión y gravamen de éste. La expedición de estos certificados-título de derecho real ha de hacerse constar en el certificado-título de dominio de la finca de que se trate (art. 81-2).

Unos y otros certificados los distingue la Ley de los corrientes que se expiden de los asientos del Registro como consecuencia de la publicidad formal, y en estas certificaciones corrientes dice el artículo 61 que "se expresará no ser constitutivas del certificado de inscripción, por lo que carecen de su valor y efectos, y se indicará la fecha de expedición de tal certificado vigente (o sea del que sirve de título), la de la inscripción primera en su defecto o la de división material más reciente en su caso".

El peligro de la destrucción o desaparición del certificado-título le conjura la nueva Ley en términos más claros, pero en sustancia iguales, de como lo hacía el artículo 60 del Real decreto de 1904, en sus artículos 52, 83 y 84.

En los casos de división de un terreno, concesión o derecho, mediante endoso del certificado de inscripción—dice el artículo 69, pero lo mismo entendemos que ocurrirá cuando la división se haya realizado por contrato privado inscribible o en escritura pública—, se recogerá o anulará el certificado anterior y se entregarán a los interesados las nuevas certificaciones de inscripción de las nuevas fincas o derechos que se creen en virtud de la división. Precepto lógico, pues desaparecida la finca registral, debe desaparecer su certificado-título y sustituirse por las de las nuevas fincas en que se desintegró la anterior. Tiene su antecedente en el artículo 56 del Real decreto.

Lo mismo ocurre con los certificados de inscripción de derecho real a que se refiere el párrafo segundo examinado del artículo 81, pues la modificación del derecho real, dice el párrafo 3.º del artículo 68 que llevará aparejada la recogida y anulación del certificado de inscripción del derecho real anterior y la expedición de uno nuevo de la inscripción del derecho real resultante de la modificación. Tales anulación y nueva expedición se harán constar en el certificado-título de dominio de la finca gravada.

La extinción de los derechos reales requiere también la recogida y anulación del certificado de inscripción del derecho real que se cancele, pues dado el valor y efectos concedidos por la Ley al certificado-título, es lógico y obligado que desaparecido el derecho se anule el documento que los plasmaba. Para ello la Ley exige que a la presentación del respectivo contrato por el que tenga lugar la extinción, habrán de acompañarse los dos certificados-títulos: a) el certificado de inscripción del derecho real, que ha de recogerse y anularse—si se expidió, pues la palabra “podrán” que emplea el segundo párrafo del artículo 81 hay que interpretarla en el sentido de que es voluntario para los interesados el proveerse del certificado de inscripción del derecho real—, y b), el certificado-título de dominio de la finca gravada para hacer constar en él la cancelación, y, en su caso, recogida del certificado de inscripción del derecho real (art. 68-4).

Hasta aquí hemos visto que la nueva Ley no contiene nada nuevo; se limita a desarrollar con más claridad y detalle los artículos pertinentes del Real decreto anterior. Lo verdaderamente interesante, que reforma todo lo dicho y da al certificado-título la viabilidad que antes no tenía, acercándole a un verdadero título real, es que “para la inscripción o cancelación de toda clase de títulos o documentos, o para la cancelación de cualquier asiento, será necesario acompañar el certificado de inscripción a que se refiere el artículo 81 de esta Ley (esto debe ser una errata, pues se está en dicho artículo 81; debe querer decir: “primer párrafo de este artículo”, que es el que se refiere a los certificados de inscripción de dominio), donde también se consignará la naturaleza de la transmisión o derecho real constituido, modificado o extinguido sobre la finca respectiva, y la cita del tomo, folio y número del asiento practicado” (art. 81-4). De esta forma, al tenerse que reflejar en el certificado-título de dominio o de los derechos que otorgue la concesión—pues puede tratarse sólo de la con-

cesión de un aprovechamiento, como después veremos al estudiar los preceptos referentes a la inmatriculación, aunque, para mayor claridad en nuestro estudio, llamemos a todos los certificados de inscripción primera certificados-título de dominio—al tenerse que reflejar, repetimos, en el certificado-título de dominio todo el historial hipotecario de la finca; se concede al certificado-título un valor y utilidad y una eficacia de que antes carecía, y, con permiso de las posibles anotaciones preventivas que al interponerse y no reflejarse en el título pueden dar al traste con su virtualidad, le acercan al título real del Acta Torrens, máxime si el Reglamento que se anuncia ha de desarrollar la Ley de 4 de mayo; exige que en la descripción de la finca en el certificado se contengan las referencias catastrales que el artículo 74 obliga a consignar en el asiento de representación y aun una copia del plano que ha de constar en el expediente de concesión y que, después de servir para inmatricular la finca, se archiva en el Registro.

En cuanto a *formas de contratación*, mantiene la Ley las admitidas por el Real decreto de 1904 y su Reglamento: Las corrientes en la Península y las peculiares de la Colonia; de estas últimas, la transferencia por endoso extendido en el certificado-título ante dos testigos y el representante de la Autoridad, y el contrato privado, firmado por duplicado, también ante dos testigos y el representante de la Autoridad. Ninguno de ellos es nuevo, como sabemos, pero la Ley los regula con más precisión exigiendo al representante de la Autoridad que sea funcionario colonial con título de Letrado y que tenga competencia territorial, "sólo podrán ejercer sus funciones dentro de los límites del territorio colonial que se les haya señalado como jurisdicción", dice el artículo 67. El ejercicio de estas facultades requiere que les haya sido concedido expresamente y con carácter personal por el Gobernador general, que, en caso necesario, les podrá ampliar las funciones de la fe pública extrajudicial. Habrán de llevar estos funcionarios autenticadores, como en el Real decreto anterior, un Registro especial de los endosos y contratos privados firmados ante ellos, y su firma y rúbrica original deberá constar en el libro especial que, a este efecto se llevará en el Registro de la Propiedad. De no constar en el Registro de la Propiedad la firma y rúbrica del autenticador, deberá ser legitimada en cada caso por el Gobernador general como requisito previo a la inscripción del contrato privado o endoso de que se trate.

El Registrador de la Propiedad tendrá también esas facultades autenticadoras, y el último párrafo del artículo 76 da a entender que cuando se firmen los endosos o contratos privados ante él, como representante de la Autoridad, no serán necesarios los testigos. Con mayor razón, aunque la Ley no lo dice, entendemos que ocurrirá igual cuando el funcionario autenticador sea el Notario de la Colonia. Tanto al Registrador como al Notario, añadimos nosotros, les corresponderán esas facultades autenticadoras por razón de su cargo, es decir, que no necesitarán les sean conferidas por el Gobernador.

De los contratos privados, como han de firmarse por duplicado, se archivará en poder del funcionario que los autentique uno de los ejemplares que se coleccionarán numerados por orden cronológico, por años, pasando al extinguirse el año, debidamente encarpados, al Gobierno general para su archivo (art. 67). ¿Podrán expedirse copias de los mismos? Si es para que surtan los mismos efectos que los originales, entendemos que no, porque "los derechos reales inscritos en el Registro—dice el art. 71—y que consten en el duplicado del contrato privado en que se constituyeron, serán transmisibles por la entrega de dicho documento, mediante su endoso ante dos testigos y la autoridad correspondiente y aceptación del adquirente. La modificación o extinción de dichos derechos no surtirá, sin embargo, efecto contra tercero si no estuviese inscrita en el Registro".

Este precepto, que tiene su precedente en el artículo 59 del Real decreto de 1904, parece hacer de peor condición a la escritura pública al no decir nada la Ley que permita admitir esta forma de transferencia mediante endoso suscrito en la primera copia de la escritura de constitución del derecho real. Quizá el peligro de la utilización por el cedente de una segunda copia haya motivado esta diferencia de trato—por eso entendemos que no pueden expedirse copias de los contratos privados archivados—; pero sobre que nadie se prestaría a admitir una copia limitada en sus efectos fundamentales, como lo son las segundas copias, podría obviarse el inconveniente obligándose al cedente a dar cuenta de la transferencia al Notario autorizante para su constancia por nota en el Protocolo, a continuación de la nota de saca de la primera copia.

En cuanto a la *inscripción en el Registro* de los títulos derivados de las indicadas formas de contratación, admitidas como documentos auténticos en el segundo párrafo del artículo 50 de la Ley, ningun-

na novedad, con relación al Real decreto de 1904 contiene la Ley. Tan sólo la sustancial, ya dicha, de que siempre habrá de acompañarse el certificado-título de dominio para reflejar en él el asiento practicado.

Como en el Real decreto, los *endosos* en el certificado-título requerirán la presentación de una copia del mismo extendida ante dos testigos y el representante de la Autoridad, con las referencias necesarias al certificado de inscripción correspondiente, que habrá de acompañarse para los efectos que acabamos de indicar. Claro que si se trata de una transferencia de derecho real hecha en su certificado de inscripción, no exige la Ley que haya de acompañarse el título de dominio de la finca gravada, en el que basta que conste la constitución del derecho real y la expedición en su caso, de la certificación de inscripción-título del derecho real. Esto pudiera dar lugar a pagos indebidos a quien no fuese verdadero titular registral del derecho real, con la consiguiente sorpresa al acudir a la cancelación en el Registro, peligro del que podrá precaverse el deudor si en el título de dominio consta haberse expedido el certificado-título de la inscripción del derecho real; pero ¿y si este último no se expidió? ¿Habrá que estimar vigente, en cuanto a la hipoteca, el artículo 149 de la Ley Hipotecaria peninsular, que exige la notificación al deudor de la transferencia? La declaración de derecho supletorio que hace la Ley colonial con referencia a la legislación peninsular parece abonar esta creencia; pero convendría decirlo expresamente en el Reglamento, ya que pudiera opinarse que dicho artículo 149 no era "adaptable" a la Colonia (art. 98).

*Contratos privados.*—Para su inscripción deberá presentarse en el Registro uno de los ejemplares del contrato privado en virtud del cual se haya verificado la transferencia del dominio o del derecho real, si es que se utilizó este procedimiento y no el de endoso estudiado anteriormente, o la constitución, modificación o extinción de algún derecho real: contrato que ha de estar suscrito por las partes ante dos testigos y el representante de la Autoridad pública competente, acompañándose el certificado de inscripción de dominio (título de dominio), y, en su caso, además, el certificado de inscripción del derecho real—si se tratase de modificación, transmisión o extinción de éste—para practicar en ellos las anotaciones oportunas de los asientos a que den lugar en el Registro. La modificación, ya se ha dicho, llevará con-

siguiente la recogida y anulación del certificado de inscripción del derecho real modificado y su sustitución por otro en que se transcriba la inscripción del derecho real resultante de la modificación. Estas circunstancias se harán constar en el certificado de inscripción-título de dominio de la finca gravada. La cancelación da lugar a la recogida y anulación del certificado de inscripción del derecho real cancelado, si se expidió, y también deberá hacerse constar la cancelación y recogida, en su caso, en el título de dominio de la finca gravada.

Al inscribirse la transmisión se entregará al adquirente el certificado de inscripción que ha de servirle de título; y añade el artículo 67, para el caso en que el transferente hubiera adquirido el derecho transferido por mediación de contrato privado de los admitidos por la Ley, que se recogerá y archivará dicho contrato en el Registro de la Propiedad, juntamente con los documentos integrantes del expediente de concesión de la finca de que se trate.

En cuanto a la inscripción de los actos y contratos contenidos en *otra clase de documentos* (escrituras públicas, ejecutorias o documentos auténticos, admitidos por el art. 50), habrá de estarse a lo dispuesto en la norma general contenida en el párrafo cuarto del artículo 81, esto es, que habrán de ser acompañados del certificado-título de inscripción correspondiente para extender en él la nota consignando la naturaleza de la transmisión o derecho real constituido, modificado o extinguido, y la cita del tomo, folio y número del asiento practicado.

Consecuencia de los principios de rogación e inscripción es que "cuando se presenten en el Registro el certificado de inscripción (título) con endosos no registrados, o actos y contratos referentes al mismo sin registrar, o con endosos no registrados, el Registrador de la Propiedad estará obligado a practicar en el Registro cuantas inscripciones procedan, por orden riguroso de antigüedad y sin perjuicio de sus funciones de calificación, haciéndolo constar en los documentos correspondientes" (art. 72).

Como se ve, la Ley de 4 de mayo recoge del Real decreto que deroga los preceptos originales que éste contenía en cuanto a la simplicidad de las formas de contratación, y los desarrolla en un sentido más técnico, con miras a la virtualidad del título real; yo creo que más por seguir la corriente a la errónea creencia de estimar a nuestro sistema hipotecario colonial influido por el australiano, que por

verdadera necesidad práctica, pues el desuso de las formas de contratación extranotariales no demandaban ciertamente su restablecimiento.

¿Consigue con ello la Ley de 4 de mayo acercar más nuestro sistema hipotecario colonial al sistema australiano, que se dijo inspirarle? La exigencia de constatar en el certificado de inscripción-título todas las operaciones registrales que se realicen sobre la finca o derecho obedecen evidentemente a ese designio; pero la subsistencia del régimen de anotaciones preventivas darán al traste con la efectividad del propósito.

Superada la etapa de la admiración incondicional por el Acta Torrens, por la que confieso haber pasado también, la orientación actual de los sistemas hipotecarios no abona precisamente el facilitar la contratación sobre inmuebles, finalidad esencial que se propuso sir Robert Richard Torrens. Si lo fundamental de su sistema estriba en desarrollar el crédito territorial a base de "llevar la finca en el bolsillo", facilitando así la contratación sobre la misma, hay que convenir que el peligro de encontrarse la finca gravada con embargos o amenazada por anotaciones de demanda, asientos que no se reflejaban en el certificado-título real de Guinea, no ha de contribuir ciertamente a esa finalidad; y la utilidad que, por otra parte, pretende reportar el sistema del certificado de inscripción-título, donde se refleje la vida hipotecaria del inmueble o derecho, de conjurar el inconveniente de la lejanía del Registro y de la Colonia para facilitar la contratación sobre fincas coloniales en la Península o en sitios alejados de la sede de la oficina registral, no cabe esperar se produzca con la nueva Ley, pues a la vista tan sólo del certificado-título, tal como le regula, no puede saberse si lo que "se ha comprado es un acre de tierra o un proceso", según las palabras con que el propio sir Torrens defendió su reforma inmobiliaria, máxime cuando tan grave inconveniente no se trata de paliar con instituciones accesorias, tan típicamente australianas también, como el seguro inmobiliario y el cierre del Registro.

Por ello podemos concluir que, en este aspecto, la Ley del 4 de mayo mucho nos tememos que no llegue más lejos de lo que consiguió su antecesor Real decreto: simplificar las formas de contratación, sin ninguna otra ventaja práctica.



En realidad, este artículo debiera terminar aquí, pues no era otro mi propósito que el de examinar "la cacareada implantación del sistema Torrens"; pero como la importancia y trascendencia de la Ley del 4 de mayo, en su aspecto hipotecario, único que nos interesa examinar, no está en los artículos comentados, sino en las modificaciones introducidas al poner al día la legislación colonial con la metropolitana, no nos es lícito silenciar un ligero comentario, aunque sólo sea enunciativo, dejando su estudio a fondo al artículo de la REVISTA que se anuncia.

La ley del 4 de mayo, al derogar la ya un tanto vetusta legislación hipotecaria colonial y sustituirla por otra más en consonancia con la novísima legislación metropolitana, recoge de ésta sus preceptos fundamentales, en mucho literalmente, además de declararla preferente derecho supletorio en todo cuanto fuera adaptable (art. 98); pero no se limita a esto, sino que, aprovechando la índole especial del territorio, llega con firmeza, en la aplicación a la Colonia de nuestra legislación peninsular, a las últimas consecuencias de no pocos de los principios que informan la ley metropolitana.

Veamos cuáles son y en qué consisten esas modificaciones sustanciales.

*Inmatriculación.*—Partiendo del principio tradicional consagrado en nuestras Leyes de Indias (Ley 14, título XII, libro IV de la Recopilación de Indias), se declara en el artículo 16 de la Ley de 4 de mayo que toda la tierra pertenece al Estado, y, consecuentemente, no admite más modo originario de adquirir que la concesión por el Estado. Esto lleva aparejado que "sólo procederá la inmatriculación de fincas en los casos de concesión otorgada por la Autoridad competente", según dice el artículo 78, que tiene su precedente inmediato en el artículo 5.º del Real decreto de 11 de julio de 1904.

"La primera inscripción de cada finca—añade el art. 79—será de dominio, sin perjuicio de la inscripción de las concesiones forestales y las de cualquier clase de inmuebles en que se transfiera por la Administración pública algún derecho real de disfrute, en las cuales se entenderá implícitamente inscritas a favor del Estado las restantes facultades o derechos que integran el dominio."

Y esa implícita inscripción a favor del Estado de su dominio absoluto sobre lo no concedido está recogida también en el artículo 59, que exceptúa—en realidad no es excepción, sino confirmación de la

necesidad de la previa inscripción (tracto sucesivo)—a las inscripciones de concesiones otorgadas por el Estado y ordena denegar la inscripción de los títulos de transmisión, gravamen, modificación o extinción otorgados por persona que no sea titular registral, no sólo cuando, como en la Península (art. 20), los derechos transmitidos, gravados, modificados o extinguidos resulten inscritos a favor de persona distinta del otorgante, sino aun cuando no resulten inscritos a favor de persona alguna. Lo que es lógica derivación del principio anteriormente proclamado, pues al no admitirse más modo originario de adquirir que la concesión por el Estado, y al declararse a éste dueño exclusivo de lo no concedido, siendo como es obligatoria la inmatriculación de lo que el Estado concede, la falta de previa inscripción de la finca indica que ésta no ha sido concedida, y, por ende, que ha de entenderse implícitamente inscrita a favor del Estado, persona distinta del que transmitió, gravó o modificó. En Guinea, pues, no hay más fincas de propiedad particular que las inscritas en el Registro de la Propiedad.

Contra las inscripciones de inmatriculación se concede a las personas que se creyesen perjudicadas—y esto no entraña contradicción con lo antes expuesto, pues pudiera darse el caso de que, por error, se concediesen derechos que rozaran en todo o en parte con otros concedidos anterioremente—un plazo de un año para reclamar por el procedimiento que especifica el artículo 82.

Otro reflejo del principio del dominio absoluto del Estado es el modo cómo la Ley colonial regula el instituto de la *prescripción*.

Admite la adquisitiva en favor del titular inscrito, al igual que el artículo 35 de la Ley peninsular (art. 64-1), y niega radicalmente la prescripción contra tabulas—"Frente a titulares inscritos que sean terceros de buena fe y a título oneroso, dice el segundo párrafo del artículo 64, y que deriven su derecho de quien en el Registro aparecía con facultad para transmitirlo, no prevalecerá en ningún caso la prescripción adquisitiva"—, ya que no admitiéndose más modo originario de adquirir que la concesión por el Estado, ningún valor ni efecto jurídico ha de darse a la ocupación, y aunque se trate de derechos concedidos por el Estado a un particular y abandonados por éste, no cabe la ocupación ni ulterior adquisición por usucapión, pues el artículo 64 declara paladinamente que "las fincas o derechos abandonados, con excepción del de hipoteca, se presumirán renunciados por sus dueños o titulares en favor de la Administración colonial". Es decir, que no

se admite la adquisición por usucapión contra tabulas—aquí no hay “tíos Celedonios”—, lo cual no quiere significar que se reconozca la absoluta imprescriptibilidad de los derechos inscritos, pues sobre el precepto apuntado de la presunción de renuncia deben añadirse aquellos otros en que se sanciona con la caducidad de la concesión y consiguiente reversión al Estado, el abandono o desuso de los derechos concedidos.

*Especialidad.*—No admite la Ley colonial las fincas irregulares o hipotecarias del artículo 8.º, párrafos 1.º y 2.º de la Ley peninsular, ya que el artículo 54, párrafo 3.º de la Ley de 4 de mayo, exige la colindancia material de las partes de un inmueble, sin otra discontinuidad que la motivada por vías o cauces públicos, pues en caso contrario se estimará que existen tantas fincas como sean las partes que tienen linderos propios, y se inscribirán con número distinto. Plausible precepto que evita la confusión en los libros hipotecarios, sin merma de utilidad práctica alguna, dada la gran extensión que, comúnmente, tienen las fincas coloniales.

El artículo 86 aplica este principio incluso a la inscripción de las colonias agrícolas, exigiendo la inscripción en hoja separada y como finca independiente de cada coto familiar que integren la colonia.

*Rogación.*—Así como las inscripciones de inmatriculación son obligatorias y de oficio, las demás inscripciones serán rogadas, por expresa declaración del artículo 55

Los principios de *legitimación* y de *fe pública* registral los recoge la Ley colonial en sus artículos 60 y 62 con las mismas palabras que los artículos 38, párrafo primero y 34 de la Ley peninsular. En cuanto al de *inscripción*, el artículo 63 dice: “Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero. Los Juzgados y Tribunales ordinarios especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado y las entidades o corporaciones de Derecho público en general no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó razón en el Registro...”, precepto, como se ve, más absoluto que el de los artículos 313, 314 y 315 de la Ley peninsular después de su desvirtuación reglamentaria. Aquí no se condiciona la exigencia de la toma de razón a que hayan de hacerse efectivos los derechos inscribibles en perjuicio

de tercero, sino que será exigible siempre, salvo los casos que el mismo artículo señala de que la presentación "sea a efectos fiscales o tributarios, o para corroborar otro título posterior inscrito o para ejercitar la acción de rectificación registral o pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción del documento no inscrito".

Deberá también tenerse presente para juzgar el valor que a la inscripción da la Ley colonial que el certificado-título con que culmina el procedimiento inmatriculatorio, "será indispensable—dice el artículo 35-2)—para la toma de posesión y siempre que hayan de acreditar su derecho el concesionario o sus derechohabientes".

*Otras peculiaridades:* Al asiento de presentación se le da una duración de setenta días (art. 56), y se exige en él la firma del presentante cuando se trate de contrato privado o de los otorgantes si se hizo ante el Registrador (art. 76), y la expresión de la situación, medida superficial, indicación del polígono catastral, número o números de parcelas o subparcelas que formen la finca y el nombre y número de las fincas cuando los tuviesen. (El Registrador es el jefe del Catastro, según declara el art. 53.) Lo que no comprendo es por qué no existe esa misma exigencia para la descripción de la finca en el libro de inscripciones (artículo 57), de no ser que la forma amplia que emplea este artículo de que "contendrá las circunstancias necesarias para la identificación completa de la finca" lleve aparejada esa exigencia, y es de esperar lo aclare así el Reglamento.

Se admite el expediente de dominio al solo efecto de reanudación del tracto sucesivo, pues ya hemos visto que no sirve para inmatricular. Las actas de notoriedad a los mismos efectos también las admite la Ley por estar comprendidas en la locución "u otro procedimiento judicial o extrajudicial cualquiera" que emplea el artículo 65.

Las anotaciones preventivas tienen los mismos plazos de caducidad que las de la Ley peninsular, mas en la Colonia ninguno de estos plazos puede ser prorrogado (art. 89).

En cuanto a las hipotecas existe la particularidad de poderse constituir por contrato privado, como ya hemos visto, y expresamente reitera el párrafo primero del artículo 94, pero el título de constitución habrá de acompañarse del certificado de inscripción-título de dominio debidamente anotado.

En resumen: son particularidades de la legislación hipotecaria colonial en relación con la de la Península:

1. Todas las fincas o derechos susceptibles de concesión que no consten inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de entidades o particulares se entenderán implícitamente inscritos a favor del Estado.

2. No se admite la usucapión de fincas o derechos no inscritos ni de los inscritos, de no justificar el poseedor prescribente traer causa del titular registral en el oportuno expediente de dominio. Caso contrario, por entenderse renunciada la finca o derecho abandonados por su titular registral, vuelven a poder del Estado, con excepción del derecho de hipoteca que caduca en favor del dueño de la finca gravada.

3. No existen más medios ni posibilidades de inmatriculación en el Registro que el título de concesión por el Estado, al que se acompañará el expediente de la concesión con el plano de la finca y demás documentos reseñados en el artículo 35.

4. La inmatriculación es obligatoria, debiendo recoger el interesado en el plazo de seis meses, a partir de ser notificado, el certificado de inscripción, que será el título de su derecho, sin el cual no podrá tomar posesión de la finca o derechos concedidos e incurriendo, además, en la caducidad de la concesión.

5. Sólo se admiten los expedientes de dominio o actas de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo; ni siquiera caben las de justificación de excesos de cabida.

6. Es inscribible la contratación privada siempre que se autentique ante funcionario colonial letrado, competente en su jurisdicción, a quien el gobernador general haya conferido tal función y se firme por las partes ante dos testigos, en duplicado ejemplar.

7. El dominio y los derechos reales pueden transmitirse por simple endoso hecho constar en el certificado-título ante dos testigos y el funcionario autenticador competente, bastando para inscribir la presentación del título y copia del endoso autenticada por funcionario competente y firmada por los otorgantes ante dos testigos.

8. También serán transmisibles los derechos reales inscritos en el Registro y que consten en el contrato privado de su constitución por la entrega de dicho documento, mediante su endoso ante dos testigos y la autoridad correspondiente y aceptación del adquirente.

9. Tanto los contratos privados como los públicos han de refle-

jarse, una vez inscritos, en el certificado-título de dominio por medio de la oportuna nota puesta por el Registrador.

10. No se admiten las fincas hipotecarias o jurídicas reconocidas por la Ley peninsular en su artículo 8. En Guinea no cabe distinguir la finca física de la jurídica.

11. No se admitirá en ninguna Oficina pública ningún documento por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción si antes no se tomó razón de ellos en el Registro de la Propiedad.

Tal es, en síntesis, lo fundamental de la reforma introducida por la Ley de 4 de mayo de 1948, para cuyo estudio profundo y agudo comentario cedemos los trastos al autor del artículo anunciado. La importancia de la Ley lo merece y lo pide.

JOSÉ MARTÍN-GAMERO ISLA.

Registrador de la Propiedad.

## PARA ALUSIONES

# Herediteros y legitimarios

El distinguido notario Crehuet Juliá, en su interesante estudio sobre la legítima, aparecido en estas columnas, se ha adherido con nuevos argumentos a la tesis que yo traté de impugnar en las cuartillas publicadas por esta Revista en su número del mes de noviembre de 1945.

A decir verdad, no recogería yo las alusiones de Crehuet a mi modesto trabajo, como habría excusado mi breve intervención anterior, si el debate sobre la legítima se mantuviera en el terreno de los principios como pura especulación doctrinal, ya que en ésta caben todas las opiniones, aun las más dispares, y se puede estudiar con los más variados criterios la naturaleza de la institución para defenderla o impugnarla, propugnar el aumento o disminución de sus variedades o especies, la de su cuantía y cualquier otra modificación en su estructura, su regulación o sus defensas. Como también se puede sostener que el título de heredero absorbe al de legítimo, o que éste prevalece sobre aquél, o que ambos se fusionan y confunden cuando a la vez se dan en la misma persona, o, por el contrario, que en el mismo supuesto conviven independientes sin choques ni disturbios.

Todas estas opiniones y otras muchas pueden defenderse desde una posición teórica, sobre todo si se presentan con el decoro científico acostumbrado por esta joven generación de Notarios estudiosos, a la que tanto debe ya el progreso de nuestros estudios jurídicos, si bien debe prevenirse contra los riesgos de insinceridad, extravagancia, afectación, oscuridad y desvarío que inevitablemente acompañan a quienes, por impulso irrefrenable, se dejan arrastrar de injusta repulsa al pasado inmediato, de exagerado afán de novedades o del prurito de iniciativa y originalidad.

No es menos peligroso el excesivo análisis de las instituciones para aislar los elementos que las integran o han contribuido a su formación a través del tiempo, a fin de examinarlos separadamente y obtener parciales conclusiones; porque entonces no se contempla realmente a la institución de que se trata, sino al cadáver de ella, privado de *alma*, o sea de aquel principio vivificador y supremo, que, al dotarla de vida, redujo a la unidad esos variados y dispersos elementos. El que así procede realiza obra infecunda de confusión y extravío. Admito, por tanto, tales posibilidades teóricas. Lo que no acepto de manera alguna es que tenga su fundamento en nuestro ordenamiento positivo la teoría que se enuncia bajo la errónea máxima: *donde hay herencia no hay legítima*, puesto que pretende aniquilar los derechos del legitimario, en supuesta pugna con la responsabilidad *ultra vires* del heredero. Esto vale tanto como decir que nuestro legislador, después de crear las legítimas y de rodearlas de tantas defensas, había dejado abierto el camino por donde les llegara la muerte, al no saber prever o limitar los efectos de un elemental principio de derecho.

Mas esta acusación de ingenuidad la creo injustificada, como se infiere claramente de preceptos del Código civil sobradamente conocidos, y que he de reproducir en parte, pues en algunos extremos parece necesario.

Art. 806. Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Art. 813. El testador no puede privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la Ley.

Art. 815. El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponde, podrá pedir el complemento de la misma.

Art. 817. Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.

Art. 818. Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Art. 820. Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la le-



gítima, reduciendo o anulandó, si necesario fuere, las mandas hechas en el testamento.

2.º La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna.

Art. 4.º Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo en los casos en que la misma Ley ordena su validez.

De estos preceptos y de otros varios que pudieran citarse, y que he omitido por razones de brevedad, se infiere:

A) Que la legítima, aparte su contenido económico y de la reserva que necesariamente engendra, es en nuestro Derecho positivo una prohibición de disponer, dirigida a cualquier posible testador que se aventure a desconocer con sus disposiciones los derechos de los legitimarios, creando así el conflicto que se examina. Cuando se produzca ese conflicto, aunque sólo sea en la apariencia, habrá de ser tratado con las normas legales que regulan las prohibiciones de disponer. No puedo ocultar que esta conclusión mía ha sido ya examinada por Crehuet e impugnada con estas palabras: "enfocar la legítima desde el punto de vista del causante, y considerarla como una prohibición de disponer, nos llevaría a otro resultado: que la legítima sólo tendría campo de acción en la sucesión testada, pues toda prohibición de disponer supone, necesariamente, posibilidad de disposición que no se da en la sucesión intestada. En otras palabras: si la legítima se pone en función de un testador al que se le prohíbe la disposición de los bienes que la integran, no existe legítima en la sucesión intestada, donde no hay testador, ni, por tanto, cabe imponerle una prohibición. Luego, en la sucesión intestada sólo habrá herederos, y los legitimarios, en todo caso, se confundirán con ellos."

Sin entrar a discutir, por ser ajeno a mi propósito, si la legítima es reconocida en la sucesión intestada, o si tiene la consideración de una mera reserva, como pudiera sostenerse, teniendo a la vista el artículo 806, lo cierto es que, aun admitiendo la tesis de Crehuet, sus argumentos son completamente sofisticos, pues refiere la posibilidad de disponer a la dicha sucesión como construcción jurídica, prescindiendo de que ella tiene en cada caso un sujeto que durante su vida fué presunto testador con libertad bastante para disponer de sus bienes, infringiendo los derechos de sus legitimarios.

Sin que altere los términos del problema la circunstancia de no haber usado de esa libertad, pues para la exactitud del razonamiento es bastante el hecho de que la tuviera. De otro modo tampoco habría

legítima en la sucesión testamentaria, acomodada a las limitaciones impuestas por el legislador. El precepto prohibitivo no cambia de naturaleza ni pierde su condición cuando es aceptado voluntariamente. Si yo, en mi paseo, encuentro una zona acotada, no la convierto en libre si me detengo frente a ella sin tratar de forzar la valla que la rodea.

Tampoco debe olvidarse que toda prohibición tiene desde que se impone una realidad objetiva, independiente ya de las personas para quienes se dicta y en consideración a las cuales fué establecida. Así la de fumar, valga como ejemplo en cualquier sala de espectáculos, alcanza a todos los concurrentes, sean o no fumadores, sin que pueda alegarse respecto de éstos que se hallan fuera de la prohibición, porque ellos se alejaron voluntaria y anticipadamente del supuesto que la motiva.

B) Que por razón de su contenido económico recae la legítima sobre el valor líquido de los bienes de la herencia, deducidas las deudas y cargas, sin incluir las impuestas en el testamento, de modo que si aquéllas absorben la totalidad del caudal relicto, no habrá legítima, pero sí herencia, a tenor de lo prevenido en el artículo 659 de nuestro Código civil.

C) Que para fijar la legítima no se deducen las deudas y cargas testamentarias; pero se reducen o anulan cuando traspasan los límites permitidos por la Ley.

D) Que a más de este remedio específico, cuenta la legítima con el genérico del artículo 4.º, que asimismo protege al heredero, puesto que sanciona con nulidad los actos prohibidos por la Ley, entre los cuales se comprenden las disposiciones del testador más allá de los límites que aquélla le permite.

No es necesario repetir que la nulidad destruye lo que toca y borra hasta su exterior apariencia, de modo que lo nulo no puede convaler y carece de existencia legal tanto anterior como posterior a la declaración, por lo que es absolutamente correcta mi afirmación: "de que no puede ser prevista la adquisición por el heredero de obligaciones inexistentes". De este modo se hace compatible la responsabilidad *ultra vires* del heredero y los derechos del legitimario, puesto que se eliminan de aquélla las disposiciones testamentarias que perjudican las legítimas.

E) Que la presunta pugna de intereses entre heredero y legítima-

rio sólo puede darse, en el terreno de la hipótesis, dentro de la sucesión testada y respecto de un testador que vulnere la prohibición establecida; pero de modo alguno en la sucesión intestada, donde no hay testador, por lo que carecen de sentido las siguientes palabras de Crehuet: "Si Pascual Lacal, pues, afirma por un lado que la legítima es una prohibición de disponer, quizá no es muy preciso al afirmar, por otro, que entre heredero y legitimario no hay pugna de intereses ni choque dramático, pues lo habrá, al menos, en la sucesión intestada."

Con lo que doy por terminada mi réplica a las alusiones de Crehuet, aunque no he de terminar estas líneas sin recoger otra de Pérez Sauquillo en su conferencia de la Academia Matritense del Notariado sobre el tema "Responsabilidad del heredero respecto a los legados", si bien el conferenciante, por procedimiento expeditivo, se limitó a decir que mi postura era muy cómoda, con reserva absoluta de las razones que justificaran su aserto, por lo que allí quedó flotando como verdad inconcusa y argumento de suprema autoridad.

Aunque es mucha la admiración que Pérez Sauquillo consiguió de mí con su magnífico trabajo, no me decido a considerar totalmente destruidas mis sencillas y vulgares consideraciones por aquellas palabras un tanto desdenosas. Por eso le invito amablemente a que libere sus razones del secreto que las rodea, para que yo pueda someter a ellas las mías si, como espero, son las suyas mejores y más convincentes.

PASCUAL LACAL  
Notario.

# Temas sobre el impuesto de Derechos reales

## Las facultades calificadoras de los liquidadores

### II

Indicábamos en el artículo que sobre el tema publicamos en el número del mes de junio de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que, una vez expuestos los puntos de vista de la sentencia de 23 de febrero pasado, en perfecta contradicción con los del Tribunal provincial de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia territorial de Madrid y con los de la Abogacía del Estado de la misma capital, habríamos nosotros de exponer los que el estudio del caso nos sugiere, aun cuando para ello tengamos que discrepar, salvando todos los respetos que son del caso, de criterios tan autorizados y respetables como los de la Sala 3.<sup>a</sup> y los del citado Tribunal provincial.

Quiere decirse, pues, como vamos a ver, que para nosotros la calificación jurídicofiscal tiene que ser la de arrendamiento, de acuerdo en esto con la Abogacía del Estado, que liquidó el contrato a la vista del análisis de las cláusulas más destacadas entre las múltiples y complejas que el contrato contiene.

Dicho esto, y antes de entrar en el análisis del contrato, destaquemos algunos puntos interesantes del mismo que de manera singular lo matizan.

La casa productora se compromete a producir un film en versión italiana y española *a determinar de común acuerdo* con la distribuidora. El contrato no dice en ninguna parte, como la demandante sostuvo, que a ella se le ceda la película "en comisión mercantil y para

su distribución en España"; antes al contrario, contiene el compromiso por parte de la productora de facilitar a la distribuidora doce copias positivas junto con otros elementos de producción, y entre ellos "un contratipo para el tiraje de ulteriores copias", y reconoce que la segunda, para la normal explotación de la película en los territorios de la concesión, necesitará un número de veinte copias.

Es sin duda significativo, dada la posición de la distribuidora al sostener que el contrato estaba configurado jurídicamente en el de comisión mercantil, el hecho de que en el contrato no se emplee ni una sola vez el concepto *comisión*, y que, en cambio, en el escrito de alegaciones ante el Tribunal Económicoadministrativo se lean frases como éstas: "suscribí un contrato .. en virtud del cual se me cedía la distribución de la mencionada película "; "la explotación de la película en los territorios de la *concesión*; todos los gastos de distribución en los territorios de la *concesión*. ."; "Por tal *cesión* en exclusiva habría de anticipar ..".

Y no es menos destacable también, a efectos polémicos y de interpretación de la intención contractual de las partes, el hecho de que éstas, como si vacilaran en la verdadera naturaleza jurídica de lo que estipulaban, o como si la quisieran enmascarar, dicen que "declaran con el presente contrato que no tienen implantada relación social alguna entre ellos y que no existen otras obligaciones aparte las aquí consignadas", puesto que fácilmente se ocurre preguntar: ¿si el contrato encerraba una comisión mercantil, cómo la parte demandante sostuvo ante el Tribunal Económicoadministrativo, ante el Contenciosoadministrativo y ante la Sala 3.<sup>a</sup>, por último, al enfrentarse con el recurso extraordinario de apelación deducido por el fiscal de la jurisdicción, porque no se dijo en él claramente, en vez de limitarse a decir que no era de sociedad?

La síntesis de los antecedentes esenciales es ésta:

a) Las mencionadas entidades contratantes convienen en que se ha de producir un film "a determinar en común".

b) La distribuidora recibirá de la productora determinadas copias del negativo para la distribución y un contratipo para obtener ella ulteriores copias, y recibirá también cierto material de propaganda.

c) La distribuidora anticipará hasta la cifra, como máximo, de 300.000 pesetas para gastos de producción y pagará todos los de distribución.

d) El 30 por 100 del producto bruto de lo que la distribución produzca, servirá para remunerar al distribuidor y para reintegrarse de los gastos de distribución.

e) El 70 por 100 restante de dichos productos se aplicará de esta manera: en primer lugar se reintegrará la distribuidora de los anticipos por ella hechos para la producción, y si con ese 70 por 100 no se cubren esos anticipos, nada podrá pedir a la otra contratante. Cubiertos esos anticipos, el resto se repartirá entre ambas partes en la proporción de un 27 por 100 la entidad productora y el 73 por 100 la distribuidora.

f) La cesión de exclusiva a la casa distribuidora se hace irrevocablemente por un período de ocho años.

Con estos esenciales antecedentes a la vista se puede ya entrar en la esfera jurídica del problema, la cual no es de derecho sustantivo a secas, sino que sin dejar de ser jurídico propiamente dicho, forzosamente está matizado por el aspecto fiscal y es, por lo tanto, jurídicofiscal.

Los criterios antagónicos sustentados en el pleito fueron, como al principio de este artículo hacemos constar, el de que se trata de un arrendamiento—criterio de la Abogacía del Estado—, que es un contrato de comisión mercantil—criterio de la entidad distribuidora y del Tribunal provincial de lo Contencioso—y que se trata de un contrato innominado, a juicio del respetabilísimo criterio de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

Nuestro punto de vista jurídicofiscal es, salvando la pesadumbre y los merecidos respetos que tan autorizados Tribunales merecen, que el contrato no debe ser calificado de comisión mercantil, ni tampoco de innominado, que su verdadera calificación es como arrendamiento, y que aunque en estricto derecho sustantivo se encuadrara en la figura jurídica comisión mercantil o en la de contrato innominado por estar fuera del área acotada para cada uno de los que el Derecho tiene determinadamente configurados, estaría reglamentariamente bien liquidado como arrendamiento.

La demostración del primer aserto, o sea de que no se trata de una comisión mercantil nos parece empresa fácil con sólo recordar los puntos de hecho que más arriba hemos destacado, especialmente los relativos al reparto de beneficios, y con contrastar esas particularidades con las notas características del contrato de comisión mercantil según el Código de Comercio.

La nota esencial e inexcusable del contrato de comisión, como dice la doctrina, es la actuación por cuenta ajena, y tal nota no aparece por ninguna parte en el caso actual, porque el pago de los gastos pesa sobre el supuesto comisionista, desde el momento en que se le descuentan del tanto por ciento de su comisión e incluso pueden quedar sin compensación en aquella parte en que el tanto por ciento que se le asigna en las utilidades no alcance a cubrir el anticipo que se obligó a realizar.

Esto sin contar conque quien contribuye a la obtención de la mercancía y tiene facultad "de determinar de común acuerdo" con el otro contratante y supuesto comitente, la forma de producirla y además participar en los beneficios, nunca podrá decir con verdad que es un mero intermediario entre un comerciante o productor—el comitente—y las personas con quien contrate, o sea un comisionista.

Si a esto añadimos que al contrato que estudiamos no le son aplicables las prevenciones con que el Código mercantil delimita la comisión mercantil como son las de acatar las instrucciones del comitente—artículo 254—, la de consultar lo no previsto por el mismo—artículo 255—, la de comunicarle noticias, etc., etc.—artículo 260—, y sobre todo que, al estar pactada por ocho años la duración del contrato, no le es aplicable la renovación "ad libitum" por el comitente como estatuye el artículo 279, habremos de concluir con lógica aplastante que el contrato analizado está por completo fuera del ámbito de la comisión mercantil.

Llegados a esta conclusión, que, en el peor de los casos, creemos que no se puede calificar de inconsistente, cabe preguntarse qué calificación puede darse a tan complejo contrato.

A nuestro entender nos encontramos sin duda ante un contrato atípico, de aquellos que la doctrina moderna, como puede verse, por ejemplo, en Castán y Enneccerus, comprende bajo la denominación o rúbrica de contratos mixtos y múltiples.

No ha lugar a entrar aquí a desenvolver esta nueva teoría, en sentido de moderna, sobre los contratos atípicos o mixtos, porque ello, sobre no ser necesario a nuestro objeto, sobrepasaría el ámbito en el que desenvolvemos esta sección de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Nos basta con dejar sentado que en la complicada convención que analizamos se da clarísimamente la nota o característica esencial que a esos contratos distingue, cual es la de que la prestación principal que en ella sobresale sobre todas las demás, imprimiéndole ca-

rácter es la del arrendamiento en cualquiera de sus dos modalidades de arrendamiento de cosas o de arrendamiento de servicios.

El primer aspecto se aprecia claramente si se considera que la casa productora pone a disposición de la distribuidora el goce o uso de la película, facilitándole cierto número de copias de la misma como medio para ese goce y uso, por tiempo determinado y precio cierto; y el otro aspecto no está menos claro si se repara en que la segunda de esas entidades se obliga a poner a disposición de la contraparte sus servicios y su organización comercial por precio o remuneración perfectamente determinable y cifrable y, por lo tanto, cierta, con lo cual quedan patentes los requisitos que al arrendamiento asignan como esenciales los artículos 1.544 y 1.545 del Código civil, sin que en nada los desvirtúen y empañen otras modalidades que sin esfuerzo se ven en la aludida convención y que encajan en el de mandato—en este caso mandato sin representación—en el de sociedad y en el mismo de comisión mercantil.

Cierto es que esas notas o modalidades se dan, pero cierto es de la misma manera que precisamente para salir de ese atolladero jurídico, sirve la teoría de los contratos atípicos, superadora, con indudable ventaja, de la de los innominados. Sin ella tendríamos que quedarnos en ésta, y decir, como la Sala 3.<sup>a</sup> dijo, que el contrato discutido es innominado, lo cual, en puridad y sin eufemismos, equivale a decir que el contrato carece de nombre como carece de apellidos el expósito sin padres conocidos recogido por la Beneficencia pública en sus establecimientos de caridad.

Resalta tanto dicho segundo aspecto, que la propia entidad demandante reconoce, en uno de los puntos de derecho de su escrito fundamental, que lo que la distribuidora puso a disposición de la productora “fue su actividad personal y la eficiencia de su organización distribuidora” y que “los emolumentos que recibe son el producto de su servicio personal”.

Frente a esta robusta argumentación es perfectamente ineficaz la teoría sustentada por la entidad distribuidora demandante cuando dice: “La película es una mercancía que carece de valor intrínseco, su estimación nace de la forma en que se explota y la única que tiene es obtener copias del negativo y hacer circular éstas en un contrato adyacente al celebrado entre el productor y el distribuidor” para sacar la consecuencia de que el distribuidor no “usa y goza por sí de las copias del film



que recibe, sino que es un mero intermediario entre quien produce y quien exhibe”.

Y es íntegramente ineficaz tal argumentación porque tenga o no valor intrínseco la película—y lo tiene sin duda posible—; lo cierto es que es un bien susceptible de disfrute, puesto que éste tanto se puede obtener directamente por el que la produce, mediante su mera contemplación, como exhibiendo por sí mismo las copias o facilitándolas al industrial que a ello se dedica, o a un tercero que, a su vez, las facilita a esos industriales, todos ellos mediante una retribución y granjería.

Esto requerirá una serie de sucesivos contratos, claro está, que no serán adyacentes, como se dice, sino sucesivos, que no es lo mismo, y que todos ellos estarán sujetos, en principio al menos, al impuesto con completa independencia y sin que se dé la doble tributación que la demanda apuntó, porque para que la duplicación de tributación exista es menester que a un mismo acto se le califique como múltiple y se obligue a tributar como tal o por distintos tipos de la tarifa.

Apurando los razonamientos hay que decir también que carece igualmente de fuerza el argumento de que la casa productora conserva sobre la película los atributos del dominio y no transmite ningún derecho sobre ella ni ningún estado posesorio. Con lo primero nada nuevo se nos dice, ni nada que roce siquiera nuestra tesis y nuestra posición dialéctica, porque esa reserva de dominio es inherente a todo arrendamiento de bienes, y la transmisión de la mera posesión de las copias de las películas, como medio para su disfrute, es cosa que está absolutamente fuera de toda discusión razonable.

Queda un último punto, que es el relativo a lo que se presenta como el argumento decisivo y aquiles, cual es el de que no existe precio cierto y sin él, como requisito esencial que es, no puede existir arrendamiento. Acerca de esto baste decir que su existencia y su certeza es a todas luces evidente, tanto si al contrato se le quiere asignar la modalidad de arrendamiento de bienes, como la de servicios.

En ambos casos gira en función de lo que la distribución produzca y tiene la cualidad de cierto, porque es perfectamente determinable y cifrable y ello basta para que, como es sabido, tenga la cualidad de cierto, según la doctrina y la jurisprudencia.

Dejamos aquí el tema por hoy, y creemos haber llegado por cauces jurídicos razonables y razonados a la conclusión de que el contrato no puede ser calificado de innominado porque a ello se oponen sus destaca-

das características de arrendamiento, sin perjuicio de que en él se acusen, con más o menos vigor, algunos rasgos de la comisión mercantil, del simple mandato e incluso del contrato de sociedad, todo ello en virtud de una correcta aplicación de la teoría de los contratos atípicos.

En un tercer artículo entraremos ya en lo que es la verdadera moraleja que nos proponemos sacar del original y no corriente contrato múltiple que dió origen a estas consideraciones, o sea en la norma calificadora aplicable a los contratos que antes se denominaban innominados y hoy pueden y deben ser catalogados, a nuestro objeto al menos, entre los que la moderna nomenclatura llama atípicos.

JOSÉ-MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

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

COMENTADA Y CONCORDADA (2.<sup>a</sup> 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

CANCELACIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS. EN CONCORDANCIA CON EL PRINCIPIO BÁSICO DE ROGACIÓN, SE REQUIERE UNA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD QUE PONGA EN MARCHA EL MECANISMO REGISTRAL PARA EFECTUAR AQUÉLLA.

*Resolución de 19 de noviembre de 1947. ("B. O." de 7 de junio de 1948.)*

Mediante escritura autorizada por el Notario de San Sebastián D. Luis Barrueta, una señora vendió a otras dos, representadas por un mandatario, dos fincas rústicas sitas en término de dicha ciudad. En tal escritura, después de consignar que los inmuebles vendidos estaban sujetos a una hipoteca para garantizar a las compradoras la devolución de un préstamo de 39.000 pesetas de capital, intereses anuales al 5 por 100 y 4.000 pesetas para costas y gastos, se hizo constar la entrega a la vendedora de 11.000 pesetas como parte del precio, cuyo total era de 50.000 pesetas, y en cuanto a las restantes pesetas 39.000, se estipuló que por ser iguales al principal asegurado hipotecariamente y por reunirse en las compradoras los conceptos de acreedoras y de dueñas de las fincas gravadas con la hipoteca, "ésta se cancelará en el Registro de la Propiedad".

Presenada en el de San Sebastián, fué inscrita en cuanto a la compraventa, denegándose la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos, por no haber manifestado las acreedoras expresamente su voluntad de cancelarla y porque el documento no tiene nota de la Oficina liquidadora de si está exento o no por dicho concepto.

Para el caso de que la precedente nota implicase insuficiencia del

Poder de las compradoras a su mandatario, del que en la escritura calificada se había transcrito la cláusula atinente a "vender y comprar toda clase de bienes", el Notario Sr. Barrueta expidió copia parcial de la de Mandato, en la que aparece facultado el citado mandatario para "cancelar, extinguir y renunciar hipotecas", presentándola en el Registro en unión del documento calificado, extendiéndose al pie del mismo nota denegatoria redactada en iguales términos que la anterior.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante en súplica de que se declare la escritura extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, alegando su personalidad para impugnar el primer defecto, pero no para combatir el segundo, por referirse a una formalidad posterior al otorgamiento de aquélla, la Dirección, con revocación del auto presidencial, que estimó bien calificado el documento por el Registrador, ha declarado que la repetida escritura no adolece del único defecto impugnado, en méritos de la doctrina siguiente:

Que, respecto al primer defecto, como el Notario autorizante de la escritura sostiene en el escrito inicial del recurso, en virtud de la frase arriba transcrita "ésta—la hipoteca—se cancelará en el Registro de la Propiedad".

"El apoderado de las acreedoras que suscribe el documento ha manifestado bien expresamente su voluntad de que la cancelación se realice y está conforme con ella, y, por consiguiente, es inadmisibles obligar a las mandantes como requieren las notas impugnadas, a ratificar la voluntad de cancelar terminantemente expuesta en nombre de ambas por su apoderado, que estaba plenamente facultado al efecto.

Que la petición de cancelación, en los casos de extinción de obligaciones por confusión de derechos, la establecen los artículos 190 y 210 del Reglamento Hipotecario vigente, no sólo cuando se trate de títulos extrajudiciales, sino también para los casos en que el anotante o un tercero adquiera un inmueble sobre el cual se haya constituido la anotación de un derecho en términos que éste quede extinguido legalmente, con lo cual se ha prescindido del mandamiento cancelatorio, en muchas ocasiones imposible o muy difícil de obtener por deficiencias de los archivos, se ahorran gastos y dilaciones a los interesados y se evita que figuren como cargas de los inmuebles anotaciones de derechos inexistentes, con perjuicio para el crédito territorial.

Que con la petición de cancelación no se desconocen ni se niegan los efectos civiles extintivos de la confusión de derechos, sino que, en concordancia con el principio básico de rogación, se requiere una manifestación de voluntad que ponga en marcha el mecanismo registral, del mismo modo que para los casos de cancelación por extinción de derechos inscritos determinaba el artículo 149 del precedente Reglamento Hipotecario y preceptúa el 173 del vigente desarrollando el artículo 79 de la Ley Hipotecaria, en el cual se detallan los casos en que la cancelación total de inscripciones o anotaciones preventivas "podrá pedirse o deberá ordenarse".

Respecto al segundo defecto, consistente en que no se debe practicar la cancelación hasta que la calificación hecha por la Oficina liquidadora de Derechos reales se amplíe a la extinción del derecho por confusión, que lo acordado en el auto apelado, en cuya parte dispositiva se ordena la observancia de lo exigido por el Registrador, está en abierta oposición con lo que disponen los artículos 34 de la Ley del citado impuesto y 186 de su Reglamento, y con lo reiteradamente declarado por este Centro directivo, según lo cual, los Registradores no pueden negarse a efectuar las operaciones solicitadas aunque crean que ha incurrido en errores u omisiones la calificación fiscal, sin perjuicio de que los pongan en conocimiento de los respectivos Delegados de Hacienda, para que, si existieren, sean subsanados; y que, además, el auto apelado adolece de falta de congruencia, con infracción de lo prevenido en los artículos 118 del vigente Reglamento Hipotecario y 125 del anterior, al resolver una cuestión no sometida a la decisión presidencial, toda vez que el Notario autorizante limitó el recurso gubernativo al primero de los defectos, de las notas.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1947.—*Legítima y legado; posesión hereditaria.*

La cuestión planteada en el pleito y en los dos primeros motivos del recurso es si en virtud de dicho testamento la demandada sólo tiene derecho a percibir en la sucesión de su marido el legado que éste le hizo o si además del legado tiene derecho a la cuota legal en usufructo que como cónyuge viudo le corresponde, y como las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito o intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos de los cuales pueda deducirse su verdadera voluntad, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario, o lo que es igual, del tenor del mismo testamento, de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil.

De la cláusula testamentaria por la que el testador instituyó el legado en favor de su viuda se deduce que constituía una preocupación de aquél la posibilidad de que ésta contrajera un segundo matrimonio, y por eso hizo depender la eficacia del legado de que tal matrimonio no llegara a contraerse, y si el testador, para que su viuda pudiera beneficiarse del legado, limitaba su libertad de una manera tan importante y trascendental, no solamente en el orden de los efectos que pudiera contraer, sino en el de las conveniencias materiales que pudiera obtener, supuesto que la privaba de la posibilidad de mejorar su situación económica mediante nuevas nupcias, es más lógico presumir que quiso otorgar el legado con plena liberalidad y que su viuda lo obtuviera sin limitación alguna, que no atribuirle la intención de restringírselo, imputándolo a la legítima viuda, pues si tal hubiera sido su voluntad dada la condición a que subordinaba la efectividad del legado, era natural que lo hubiera declarado expresamente.

Si bien el artículo 815 del Código civil dispone que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponde podrá pedir el complemento de la misma, de ello no puede deducirse que lo dejado por el testador en concepto de legado en favor de un heredero forzoso haya de computarse siempre a su legítima,

porque como declaró esta Sala en su sentencia de 21 de febrero de 1900, el expresado artículo faculta a los legitimarios para pedir la integridad de la porción hereditaria cuando el testador haya querido privarles de su legítima; pero cuando la voluntad del testador no se haya manifestado claramente en tal sentido, el artículo 815 no impide y el 1.037 expresa-mente sanciona que se acumule con lo que corresponde a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento, doctrina que resulta perfectamente aplicable al caso de autos, en que el testador no solamente no expresó claramente su voluntad de mermar la legítima de su viuda, sino que existen, por lo que ha quedado expuesto, elementos bastantes para inducir lo contrario, de todo lo cual resulta que la Sala ha hecho perfecta aplicación de los artículos 675, 658, 814 y 815 del Código civil, cuya infracción denuncia el primer motivo del recurso, que debe por lo tanto desestimarse.

El principio jurídico de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del causante no tuvo en el Derecho romano la trascendencia de conceder a aquéllos de pleno derecho la posesión de las cosas específicas que forman parte de la herencia, y en el fragmento 23, título 2, de *adquerenda vel amittenda possessionis*, libro 41 del Digesto, se lee que «cuando somos instituidos herederos pasan a nosotros todos los derechos hereditarios, una vez adida la herencia, pero la posesión no nos pertenece si no fué tomada naturalmente»; pero a esta doctrina se oponen el Derecho patrimonial, artículo 440 del Código civil, que no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código civil francés, y responde a la idea germánica de la posesión, al disponer «que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia», por donde se ve que en caso de herencia se produce para el heredero en nuestro Derecho la posesión llamada civilísima, que es la que se adquiere por ministerio de la Ley y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa, con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía, y por virtud de tal investidura legal de la posesión de la herencia, aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador y aunque adquiera desde ese mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al artículo 882 del Código civil, le falta la posesión, transmitida de derecho a heredero, con arreglo al texto citado, y de ahí el precepto del artículo 885 del mismo cuerpo legal, según cuyos términos el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla, y en su consecuencia, en el caso presente la viuda del causante está obligada a entregar al hermano y heredero del mismo los bienes que retenga en su poder y que por ser de la propiedad exclusiva de su marido en el momento de su muerte tengan carácter hereditario, sin que la necesidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales pueda tener otras

consecuencias que determinar la posible responsabilidad de tales bienes derivada de la existencia de la sociedad conyugal, pero que no puede afectar al carácter hereditario de los mismos y fijar el haber de dicha sociedad de gananciales dividiendo su remanente líquido entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, pero cuya liquidación no puede constituir obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén, mientras llegue el momento de tal liquidación, en la posesión de aquel a quien la Ley se la confiere de pleno derecho, y por ello la sentencia, en cuanto declara que mientras no se liquide la sociedad de gananciales y se determinen los bienes que constituyen la herencia de D. César Lois Vidal no está la demandada obligada a entregar dichos bienes al demandante D. Manuel Lois Vidal, como heredero del esposo de aquélla, infringe el artículo 885 en relación con los 660, 661 y 911 del Código civil, que el recurrente cita en el tercer motivo del recurso, por el cual procede la casación de la sentencia recurrida en el segundo de sus pronunciamientos.

SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1947.—*Derecho notarial; laudo de amigables componedores.*

La cuestión esencial que el recurso plantea se reduce, en síntesis, a decidir si, a los efectos del artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el acta notarial debe estimarse equivalente a una escritura pública y, por tanto, con eficacia bastante a prorrogar el plazo concedido a los componedores para dictar su laudo.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 1.821 del Código civil, los compromitentes tienen necesariamente que ajustarse, en cuanto al modo de proceder en los compromisos, extensión y efectos, a lo que determina la Ley procesal; y como ésta exige de modo claro y preciso, en el artículo 803—aplicable al juicio de amigables componedores por virtud de lo dispuesto en el 828—, que la prórroga del término del compromiso se consigne en escritura pública adicional, y tal exigencia viene a reafirmarla el artículo 1.774 al estatuir que si el recurso se fundara en haberse pronunciado el fallo fuera de término no acompañaría testimonio de la escritura de prórroga, sin que sea admisible ningún otro documento, es notorio que, cualquiera que sea aquél, no llenará las condiciones formales legalmente establecidas.

A tal fin no cabe confundir la escritura pública con el acta notarial, porque son especies distintas del género «instrumento público», cuya distinción sobre tener un acusado matiz diferencial en la doctrina se halla perfectamente delimitada en la legislación notarial, integrante a este respecto del Código civil por virtud de lo prevenido en el artículo 1.217, ya que, al establecer que los documentos públicos en que intervenga Notario se registrarán por la legislación notarial, deja a ésta la determinación de su contenido, según así se infiere del artículo 143 del vigente reglamento de 2 de junio de 1944, que, a los efectos del citado artículo 1.217, también previene que los documentos notariales se registrarán por las normas conte-



nidas en el presente título, a diferencia de los testamentos y actos de última voluntad, que han de acomodarse, en cuanto a su forma y requisitos, a los preceptos de la legislación común.

Tal distinción fué ya iniciada, aunque de forma embrionaria, por el Reglamento de 1874, que al aclarar y complementar los artículos 1.º y 17 de la Ley del Notariado de 1862 marcó de manera esencial la función propia de las actas notariales, referida a la extensión y autorización por los Notarías de aquéllas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien y les consten y que por su naturaleza no sean materia de contrato, viniendo más tarde el actual Reglamento a puntualizarla precisando en su artículo 144 que el contenido de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que implican prestación de consentimiento y los contratos de todas clases, en tanto que la órbita propia de las actas afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su modo peculiar ni pueden calificarse de actos, como los antecitados, ni de contratos.

Si, a mayor abundamiento, se tiene en cuenta cómo el articulado reglamentario concreta y pone de relieve los elementos, formalizados y función privativa de cada clase de instrumentos, forzoso será concluir que no cabe confusión entre las escrituras y las actas a los efectos del artículo 803 de la Ley procesal civil, no obstante la autenticidad de éstas, por cuanto carecen de valor y alcance de aquéllas, doctrina que, a excepción de la sentencia de 16 de marzo de 1898, ha sido acogida por esta Sala en sentencias de 7 de julio de 1917, 26 de marzo de 1922 y 30 de abril de 1923, de las que cabe deducir que no son las actas notariales instrumentos adecuados para prorrogar a los compondores el plazo para dictar su laudo y que la única forma legal es la escritura exigida *ad solemnitatem* para que aparezca de ella inequívocamente la prestación del consentimiento que la prórroga ineludiblemente implica.

Aunque existieran términos hábiles en la legislación notarial—que no existen—para otorgar a las actas rango equivalente a las escrituras y con valor, por tanto, para la expresión de declaraciones de voluntad constitutivas de negocios contractuales, el laudo originario del recurso sería igualmente nulo y causable: primero, porque el acuerdo necesario para la prórroga no puede obtenerse a través de unas actas de requerimiento instadas por los compondores y dirigidas a los comprometidos, sin vínculo directo entre éstos, por virtud del cual puedan con la debida exactitud determinarse las circunstancias en que las declaraciones de voluntad nacen y se desarrollan hasta convertirse en un contrato perfecto; y segundo, porque la propuesta de los compondores fué limitada en el tiempo, advirtiéndolo a los comprometidos que como el plazo para pronunciar su sentencia finaba el 30 de abril de 1940, era precisa su determinación antes de dicha fecha; y como a pesar de tal advertencia el Sr. Fernández Peña no aceptó hasta el 7 de mayo siguiente, ante un Notario de Madrid, y en momento en que la oferta estaba caducada y extinguido el término del compromiso, es obvio que el laudo se había dictado extemporáneamente, máxime si no se olvida que la copia del acta se remitió a Barcelona para

su incorporación en el protocolo del Notario requirente sin cumplirse el requisito de la legalización, inexcusable conforme a la legislación notarial para que pudiera surtir en dicho territorio los debidos efectos.

Por lo expuesto, como no ofrece duda que el laudo originario del recurso no fué prorrogado de común acuerdo y en forma legal, debe prevalecer el primer motivo, siendo innecesario examinar los restantes, casar aquél, con devolución al recurrente del depósito a tenor de lo prevenido en el artículo 1.079 de la Ley procesal civil.

SENTENCIA DE 1.º DE JULIO DE 1947.—*Arrendamiento de cinematógrafos.*

Las dos cuestiones jurídicas a examinar en esta sentencia son: A, si el contrato de arrendamiento de los dos cinematógrafos objeto de este pleito está regido por el Decreto de 29 de diciembre de 1931 o por la legislación común, y B, si la cantidad de 38.732,35 pesetas consignadas por el demandado para enervar el desahucio es el total de las rentas debidas al incoarse ese juicio o, por el contrario, éstas ascienden a cantidad mayor por ser la renta anual de 12.182,50 pesetas o de 51.502 pesetas, pues de la solución que se dé a la primera de estas cuestiones depende la estimación de los motivos primero, segundo y cuarto del recurso, y la apreciación de la segunda determinará la del tercero de los motivos alegados.

La legislación aplicable al contrato de autos no es la común del Código civil, sino el Decreto de 29 de diciembre de 1931, porque si bien se dan en aquél las circunstancias genéricas de los números 1 y 2 del artículo 2.º de este Decreto para exceptuarlo de su régimen especial, esto no es bastante para conseguir tal excepción por ser el objeto del contrato dos cinematógrafos propiedad del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira arrendados por cuatro años, y por ello están comprendidos de lleno en el precepto especial que para tales negocios o espectáculos, sin distinción de cuantía de la renta, establece el párrafo 2.º del número 3.º de ese artículo, según la nueva redacción que le dió el Decreto de 6 de diciembre de 1935, que establece una excepción a esa sujeción a la legislación común, una vuelta a la legislación especial para esos cinematógrafos arrendados por más de dos años, sin que se pueda considerar a estos efectos al Ayuntamiento propietario como establecimiento benéfico y, por tanto, no está sujeto el arrendamiento de autos a la legislación común, sino a ese Decreto, y no ha aplicado la Sala sentenciadora indebidamente el número 3.º mencionado, ni violado por su inaplicación el número 2.º de ese artículo, ni el 1.569 del Código civil, como se alega en los motivos primero, segundo y cuarto, ni tampoco la doctrina de las cuatro sentencias que se mencionan en el segundo de éstos, porque se refieren a la inaplicación del Decreto de 21 de enero de 1936, en el que no se apoyó la Sala sentenciadora.

Respecto a la cuantía de la renta debida y consignada, que, como tiene dicho con toda claridad y precisión esta Sala en sentencia de 25 de noviembre de 1940, no es propio del juicio de desahucio determinar esa cuantía, lo que debe hacerse en otro procedimiento judicial declarativo; pero en

el presente caso, por haberse sometido al juzgador desde el primer momento del pleito la eficacia, para enervar el desahucio, de la consignación de la renta precisamente por su cuantía, debe aceptarse para esto la tesis de una de las dos partes litigantes, en orden a la cual la Sala sentenciadora, en el tercero de sus Considerandos, se ha atendido a la renta de 12.182 pesetas 50 céntimos anuales, por ser la pactada en el contrato de 1933, sin dar por celebrado ese otro pacto que alega la parte demandante de elevación de renta al prorrogar el contrato, cuya afirmación de hecho no ha sido impugnada en forma en casación, y en cuanto a la eficacia en Derecho de tal pacto de aumento de renta hay que negársela, porque siendo aplicable a este contrato el Decreto de 29 de diciembre de 1931, según queda sentado en el Considerando anterior, la prórroga que su artículo 1.º establece es sin alteración en ninguna de sus cláusulas, y según su artículo 13, son ineficaces los pactos en contra de las disposiciones del Decreto.

SENTENCIA DE 1.º DE JULIO DE 1947.—*Artículo 1.490 del Código civil.*

Para determinar si las acciones ejercitadas en la demanda deben o no entenderse prescritas por el transcurso del término fijado en el artículo 1.490 del Código civil, que es uno de los temas fundamentales de la litis a que se refieren los dos motivos del recurso, es preciso puntualizar los fundamentos y términos del suplico de la demanda.

La oferta llevada a cabo por la empresa de maquinaria industrial de precisión M. I. P. R., de que es propietario el demandado D. Cayetano Cornet, y sobre la que recayó el consentimiento de la parte actora Standard Eléctrica S. A., se refiere a tornos extrarrápidos de precisión para gran producción, con sus accesorios, apareciendo también de lo actuado que si bien la máquina objeto de la venta fué previamente reconocida por peritos de la parte actora, los tornos examinados no fueron los mismos que fueron reconocidos por aquéllos, y finalmente que en la súplica de la demanda, donde se solicita que la casa vendedora se haga cargo de la citada maquinaria y devuelva el importe del precio recibido se funda no sólo en los artículos 1.483 a 1.487 del Código civil, referentes al saneamiento, sino en el artículo 461, en que se consigna la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida.

Esto sentado, es indudable que a la vez que la acción de saneamiento por defectos ocultos de la cosa se ejercitó la resolutoria del contrato de compraventa por no ser la cosa entregada conforme a lo pactado, e incluso en esta acción más apropiada a la índole del caso, ya que no fué un torno determinado, sino genéricamente un torno de precisión, sin que tenga aplicación al caso el artículo 336 del Código de Comercio ni el 342 (que también se alegó), por no tratarse evidentemente de compraventa de índole mercantil por carecer de una de sus notas características: el ánimo de lucro a que se refiere el artículo 325 de dicho cuerpo legal.

Sobre esta base no puede menos de estimarse aplicable al punto debatido por analogía la doctrina sentada por este Tribunal en sentencias de

11 de junio de 1926, 19 de abril de 1928 y 13 de marzo de 1929, de las que se deduce que el término de seis meses señalado por el artículo 1.490 del Código civil para la prescripción de la acción derivada de la existencia de vicios ocultos de la cosa a que se referían los artículos anteriores al citado no es aplicable cuando además se esgrimen otras acciones emanadas del contrato de compraventa, que no tiene plazo de prescripción especial, y por eso es de estimar que al acoger la excepción de prescripción la sentencia recurrida infringió por aplicación indebida el expresado artículo 1.490, por lo que procede la casación de la sentencia, sin que sea preciso ocuparse del segundo motivo del recurso.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1947.—*Precario.*

El Decreto-ley de 24 de enero de 1944 dispuso por su artículo 1.º que quedaban prorrogados por seis meses los plazos que para ejecutar las sentencias firmes de desahucio establecían el Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su artículo 16, y demás disposiciones concordantes, plazo de seis meses que fué prorrogado posteriormente hasta la publicación de la nueva ley de Arrendamientos urbanos; pero aquel precepto sólo es aplicable a los desahucios que tengan por causa alguna de las comprendidas en el citado Decreto de 29 de diciembre de 1931, entre cuyas disposiciones, como ya se ha dicho, no figura el precario, confirmando esta interpretación el propio preámbulo del expresado Decreto-ley, en el que se anuncia el propósito del Gobierno de refundir y sistematizar la legislación promulgada sobre arrendamientos urbanos y de llegar a una reglamentación orgánica de la materia, imponiéndose entretanto la necesidad de adoptar con carácter temporal las medidas que dicho Decreto-ley contiene, para evitar que durante el tiempo que medie hasta llegar a un estado de derecho definitivo se produzcan situaciones jurídicas para propietarios e inquilinos que no tuvieran una justa situación de continuidad, de donde se desprende claramente que solamente las relaciones entre propietarios e inquilinos son objeto de regulación por la disposición aludida, y por eso la Sala, al no aplicar a una sentencia firme dictada en un juicio de desahucio por precario la prórroga del plazo para su ejecución aplica rectamente el Decreto-ley de 24 de enero de 1944, que se cita como infringido en el primer motivo del recurso, el cual debe por lo mismo desestimarse.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1947.—*Albacea.*

Atribuido a los ejecutores testamentarios el cumplimiento de la voluntad del testador, tiene el albacéazgo su justificación y fundamento en la confianza que aquél deposita en los albaceas y en la lealtad y rectitud con que a ella han de corresponder éstos al ejercitar sus facultades; y si bien, por acusadas notas distintivas propias de su especialidad, la expresada institución se diferencia del mandato, tanto a él se asemeja según lo define el artículo 1.709 del Código civil, que no puede desconocerse que el con-

cepto jurídico del cargo de albacea es, como ya tiene reconocido esta Sala, entre otras sentencias en las de 4 de julio de 1895 y 24 de febrero de 1905, el de ser mandatario del testador, siendo de ello consecuencia que no es lícito rebasar en el desempeño de su función las facultades que la voluntad de aquél le haya conferido ni las que le concede la Ley para el caso de que especialmente no aparezcan determinadas en el testamento.

Una de las notas diferenciales a que antes se alude es la imposibilidad de que el nombramiento de los albaceas se revoque después de la muerte del testador, ya que no son mandatarios de los herederos; pero como ni el cargo es perpetuo ni en él les es dable producirse a su capricho, necesariamente ha de asistir a aquéllos la facultad de instar la remoción que entre los otros modos de terminar el albaceazgo señala el artículo 910 del Código civil, y cierto es que este precepto no enumera las causas que a la misma pueden dar lugar; pero precisamente por ello queda remitido el determinarlas a la prudente y justificada apreciación de los Tribunales, que en cada caso concreto habrán de fundar su criterio decisivo atendiendo a la naturaleza y finalidad del albaceazgo y a la observancia que el albacea preste a sus principios rectores, de donde se sigue que serán causas justas de remoción, además de las que incapacitan para el cargo a los albaceas nombrados, su conducta dolosa y el uso malicioso, en perjuicio de los llamados a la herencia, de facultades que no les asistan.

Habiéndose apreciado en la sentencia recurrida como causa justa de remoción del albacea D. Rogelio T. G. la realidad del hecho de haber éste vendido en subasta pública, sin motivo innecesariamente y contra la voluntad de la testadora y terminante de los herederos, que le requirieron notarialmente para impedirlo, no negándose a abonar los gastos producidos o que se produjeran, una finca de relativa importancia dentro del caudal de la testamentaria, y con cuyo precio no se trataba de sufragar los gastos de entierro y funeral de la causante, sino de reintegrarlos a un legatario que era deudor por mayor causa, ha de inferirse de la certeza de este hecho que el mencionado albacea no sólo dejó de ajustarse, en perjuicio de los instituidos herederos, a lo querido por la testadora en orden a que a los mismos fueron sus bienes, sino que contravino de manera tan injustificada que ha de reputarse maliciosa, lo dispuesto por el Código civil en sus artículos 903 y 1.713, que, respectivamente, exigen al albacea y al mandatario para la venta de inmuebles la intervención de los herederos y que éstos no aporten lo necesario para el pago de funerales y legados, y la tenencia de un mandato expreso.

LA REDACCIÓN.

# V A R I A

WERNER GOLDSCHMIDT: *Sistemas y Filosofía del Derecho internacional privado*.—Un tomo de 300 páginas. Casa Editorial Bosch. Barcelona.

En el prefacio de este libro, el autor nos da cuenta de su contenido, que comprenderá tres partes: el ordenamiento iusprivatista internacional, la norma iusprivatista internacional en general y las normas iusprivatistas internacionales especiales. El tomo a que ahora nos referimos abarca las dos primeras, formando la tercera el contenido del segundo tomo, en el que se incluirá, además, un Apéndice con las principales disposiciones legales, las Sentencias del Tribunal Supremo de mayor interés y los tratados también más interesantes ratificados por España.

A una introducción, base filosófica, sigue la primera parte, en la que estudia su objeto, sus Métodos y sus Fuentes de una manera minuciosa y detallada, con citas de cuanto se ha escrito no sólo en Europa, sino en América, sobre la materia, y una copiosa estadística de libros y autores, empezando por la literatura clásica y siguiendo por la de los principales países.

Dedica igualmente capítulos muy documentados al lugar que corresponde al Derecho Internacional Privado dentro del sistema del Derecho y de la Ciencia, Historia sistemática del mismo, Escuelas, Teorías, etc.

En la segunda parte se ocupa en primer lugar de la Estructura, Clase y Problemas de la Norma Indirecta, que continúa con minucioso y cuidadoso estudio de la materia, doctrina, teorías y crítica. Las características positivas del tipo legal, Interpretación restrictiva, el

Fraude de la Ley, etc., teniendo al final un buen Índice alfabético de materias y nombres.

El libro de Werner Goldschmidt busca el fundamento iusfilosófico del D. I. Pr. en la aplicación de la idea de justicia a la convivencia de los Pueblos. Todos los Pueblos se encuentran en pie de igualdad. Esta igualdad significa que cada uno debe respetar la legítima manera de ser del otro. He aquí la base de la extraterritorialidad del Derecho civil, así como el orden público como la limitación de dicha extraterritorialidad. Después de vislumbrar así la idea directriz del D. I. Pr., nos hace falta su construcción sistemática. A este fin, el autor desenvuelve "more geometrico" su concepción normológica del D. I. Pr. cuyo acierto ha definido incesantemente desde 1935. La exigencia de una exposición sistemática de una ciencia jurídica cualquiera pocas veces se proclama y casi siempre es desatendida. En la obra que tenemos a la vista, al contrario, se investiga con rigor qué problemas puede plantearse y el orden en que han de ser tratados. El anhelo sistemático no es sólo un ansia de pulcritud intelectual, sino que nos conduce también a soluciones de dificultades y problemas. El autor nos convence, por ejemplo, que el llamado problema de la "cuestión previa" es un pseudoproblema, del íntimo parentesco entre el reenvío y el problema de la aplicación del Derecho extranjero, de la semejanza de la situación problemática del Derecho transitorio de una ley sobre D. I. Pr. y de las calificaciones, etc. Muy interesante nos parece la concepción del orden público. Según Werner Goldschmidt, el orden público se compone de dos órdenes de ideas distintos. Por un lado, el orden público abarca Derecho natural pretendido, o sea lo que un legislador nacional en un momento determinado enjuicia como perteneciente al Derecho natural. En este aspecto el orden público no se refiere nunca a disposiciones legales, sino sólo a principios generales. Por ello, no es procedente un método de aplicación *a priori*, sino *a posteriori*: sólo después de conocer el precepto legal extranjero, podemos darnos cuenta si infringe o no el principio general que late en el articulado legal patrio. Por el otro lado, el orden público comprende los privilegios odiosos de los extranjeros, si según el D. I. Pr. resultara aplicable el Derecho civil extranjero y éste les adjudicara facultades. Como en este supuesto el mismo precepto nacional pertenece en su integridad al orden público, podemos en esta hipótesis indicar *a priori* qué disposiciones nacionales entran en su ámbito. En resumidas cuen-

tas: el orden público es o Derecho natural pretendido o Derecho de protección para los intereses nacionales. El llamado Derecho de extranjería funciona, pues, o como parte integrante del Derecho civil nacional si éste es aplicable en virtud del D. I. Pr. español o como parte del orden público, si con arreglo al D. I. Pr. nacional resultase aplicable Derecho civil extranjero que adjudicase facultades a un extranjero cuyo disfrute le esté vedado por el Derecho de extranjería.

El hecho de que el autor sea de casa no ha de constituir un obstáculo para que digamos el alto concepto que el libro nos merece. Las personas dedicadas por necesidad o por afición a estudios de D. I. Pr. difícilmente encontrarán nada más ordenado y documentado que este volumen, que ofrece, además, un índice completo de cuantas obras de interés hay publicadas sobre esta rama del Derecho y aun sobre todas las cuestiones que directa o indirectamente la afectan.

Es en alto grado recomendable el volumen a que nos referimos, por cuya publicación felicitamos muy sinceramente al Sr. Goldschmidt.

J. A.

## OBRA COMPLETA DE DON JERONIMO GONZALEZ

### ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

#### TOMO I:

- A) Nota editorial.
- B) Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas.
  - 1. Estudios de Derecho Hipotecario.
  - 2. Principios hipotecarios.

#### TOMO II:

- Semblanza de don Jerónimo, por D. Rafael Núñez Lagos.
- 3. Estudios de Derecho Hipotecario.

#### TOMO III:

- 4. Estudios de Derecho civil.

Conforme se hizo constar en el número 235 (diciembre 1947) de esta REVISTA, las suscripciones pueden solicitarse de la Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, indicando el nombre, profesión y domicilio, y señalando la forma de pago que se determina en el citado número, o bien directamente del Administrador de

**REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO, Alcalá, 16, 5.º, n.º 11**

Impreso y distribuido a los suscriptores el Tomo I. En prensa; los Tomos II y III.