

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Febrero 1948

Núm. 237

Pequeñas filosofías sobre ortodoxia y heterodoxia hipotecarias

BREVI EXCURSUS

Siempre que se lee un libro o un artículo o se escucha una conferencia, acuden al pensamiento del lector o escuchante nuevas ideas sugeridas por el contenido de lo escrito o referido. Acontece como con el cesto de cerezas: tras de la cereza aprehendida vienen otras sin querer. Esa trabazón de cosas y de ideas no es sólo un fenómeno natural, es también un prodigio de la psicología humana, que viene a explicar el *porqué* existe tanta variedad de trabajos sobre un mismo tema. Tal vez el mismo fray Luis de León, cuando desde el púlpito de su cátedra salmantina lanzó el famoso "decíamos ayer", no hizo más que expresar verbalmente un pensamiento sugerido por la lectura de "El viaje a Turquía", escrito por Cristóbal de Villalón probablemente por los años 1556 a 57, unos veinte años antes del retorno triunfal de fray Luis de León a su cátedra. El humanista Villalón pone en boca de uno de los personajes de su obra, llamado Juan de Voto a Dios, personaje a quien Justo García Morales identifica con Alonso de Portillo, que fué Rector de la Universidad de Alcalá (introducción a la edición de "Crisol" de 1944), el siguiente cuento: el padre del Duque de Medinaceli sentaba a comer en su misma mesa a un pintor que había viajado por Italia; conocía muy bien casi toda aquella nación, pero no había visitado Venecia; el padre del Duque exigió del pintor que cada día le hiciese la descripción de una ciudad italiana que previamente fijaba el día anterior a la co-

mida, y llegó por fin el turno a Venecia. El pintor, sin inmutarse, recibe el encargo, sale de la casa y no aparece el siguiente día ni en muchos otros. ¿Qué hizo el pintor del cuento? Villalón lo refiere del siguiente modo: "No sabiendo qué se hacer, toma su bordón, sin más hablar a nadie, y camina para Francia y pásase en Italia otra vez, y vase derecho a Venecia, y mírala toda muy bien y particularmente, y vuélvese a Medinaceli como quien no hace nada, y llega cuando el Duque se asentaba a comer muy descuidado, y dice: "En lo que vuestra señoría dice de Venecia, es una cibdad de tal y tal manera, y tiene esto y esto y lo otro." Y comienza de no dejar cosa en toda ella que no le diese a entender. El Duque quedóse mudo santiguando, que no supo qué se decir, como había tanto que faltaba."

LA BIOLOGÍA DEL DERECHO

Hemos traído a colación el cuento porque son muchos y muy distantes entre sí los trabajos que se dan a la publicidad sobre un mismo tema del Derecho hipotecario, y a esa diversidad sólo puede atribuírsele como motivo fundado el de las infinitas sugerencias que produce el pensamiento ajeno. Y al llegar a este punto y ver que a los estudiosos del Derecho registral inmobiliario se les ha clasificado en civilistas e hipotecaristas, y que más bien bajo este último nombre parece que se incluye a los innovadores o reformadores del llamado Derecho hipotecario, a los que viene a conceptuárseles como la vanguardia del Derecho registral, nos hemos preguntado: ¿es esto exacto?

Siempre hemos creído en la biología de todo lo que existe, y por tanto en la biología del Derecho; son "Las transformaciones del Derecho", de Pedro de Tourtoulon, respecto de las que Azcárate decía que "... la historia pone de manifiesto la realidad de esta ley biológica, según la cual la vida jurídica, como la vida toda, es *sucesiva y continua*, ley que olvidan así los que con menosprecio de la realidad, y por desconocer que en ella hay siempre un elemento sano en que pueden y deben encauzar las nuevas ideas, como los que, por desconocer la virtualidad de éstas, caen en la inamovilidad absoluta". (Carta escrita por Azcárate a D. Ramón Carande en 30 de septiembre de 1909, que aparece reproducida en el tomo I de los "Principios filosóficos de la historia del Derecho", de Tourtoulon, traducidos y publicados en dicho año por el Sr. Carande.)

Si la historia es la "experiencia del pasado", ella nos hace ver que a la quintaesencia de la libérrima voluntad contractual, que proclamara el Ordenamiento de Alcalá, hubo de sucederle un constreñimiento a lo formal, y ya en nuestros días, la científica teoría constitutiva del instrumento notarial, debida a la inteligencia de Rafael Núñez Lagos, sin olvidar el colofón que puso Bollain Rozalem en esta Revista. Y del mismo modo que por tal proceso biológico aparece la legislación notarial, acreedora hoy en día, por la perfección de su técnica y la extensión de sus conceptos, de una cátedra para su enseñanza didáctica, así también, por biología jurídica, surge la distinción de los efectos que las relaciones jurídicas producen respecto de las partes y respecto de terceros; y en su función biológica seguirá perfeccionándose la vitalidad de una rama del Derecho a medida que la biología de la humanidad requiera las transformaciones del Derecho.

Así, la humanidad en sus múltiples y cada vez más complicadas actividades necesita de la norma jurídica *apropiada*. El Derecho ya no existe en singular, sino en plural; y se habla de Derechos y ramas de un Derecho. Y cada una de estas ramas, especie de hijos, se desarrolla y crece, y tiene más necesidades que atender; y en ocasiones las nuevas exigencias de su campo de acción quedarán resueltas a costa de restringir o mermar la extensión del Derecho de que derivó. Así puede quedar justificado *por qué* la compraventa doble, la hipoteca, la opción, las llamadas adquisiciones a "nom domino", todas ellas actos jurídicos nacidos en el campo del Derecho civil, han de ser regulados en ocasiones, no por las normas del Código civil, sino por las de una de sus ramas; y esta necesidad explica a su vez por qué ha surgido la teoría del valor constitutivo de la inscripción registral para tales supuestos, y la corriente de la sustantividad de la inscripción.

Pero no se enfoca por estos horizontes biológicos la vigorosa pujanza del Derecho registral inmobiliario, y en ocasiones, hasta por mentalidades verdaderamente privilegiadas se desenfoca el problema de la vitalidad del derecho de los Registros de la Propiedad, dando ocasión con ello a una literatura peyorativa de la institución registral. Se concibe que Arhens haya podido decir de la hipoteca que tal como la entendía el Derecho romano era una verdadera calamidad social, porque esto lo decía refiriéndose a la agricultura. Pero, en cambio, no resulta bastante justificado que se diga que "en materia inmobiliaria parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico" (Pe-

Iayo Hore, "La reforma hipotecaria". El artículo 34 en R. D. P. número 336, cita de Vallet en el núm. 369 de igual Revista correspondiente a diciembre último); porque quien posee la tierra y la cultiva a título de dueño, para ser tal necesita estar dentro de los presupuestos legales del dominio, y uno de estos presupuestos es precisamente, tratándose de la propiedad inscrita, el de inscripción registral, requisito que lo exige la Ley general o Código civil y no la Ley especial o Hipotecaria.

Ni tampoco hallamos exacto el símil del "burladero", aplicado a los Registros actuales, porque es casi imposible que en nuestro sistema pueda darse el engaño sino en conexión con la mala fe, y ésta no la ampara la legislación hipotecaria. (Esta palabra burladero constituyó una metáfora apropiada respecto de las antiguas Contadurías, como así lo hizo en el año 1861 Hernández Ariza, ni tampoco, en fin, parece que sean muy propias las hipérboles registrales, tan excesivamente abultadas y que en violento contraste con la medida doctrinal y la pureza de conclusiones ha escrito el estudioso y culto Notario don J. Vallet de Goytisolo.)

Nosotros creemos que las palabras transcritas y subrayadas de Azcárate encierran una verdadera filosofía para la crítica de la vanguardia y vanguardistas del Derecho, porque si en ocasiones la vanguardia puede mostrarse o aparentar una heterodoxia, a veces no es más que la biología de la ortodoxia.

LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES

Hemos empleado ya repetidas veces la palabra *porqué*; todo porqué es un problema que tratamos de resolver por autorreflexión, y a esta autorreflexión vulgarmente se la llama filosofar. Y no anda desatinada la palabra, porque realmente existe un proceso intelectual que, partiendo de lo que se acaba de conocer, que es una realidad, se aspira a constatar la verdad o resolver las dudas por el hallazgo de una sabiduría que es un valor espiritual. Aunque el filosofar no sea filosofía, no por ello deja de ser una manera de discurrir basada en argumentaciones más o menos convincentes, que desde luego se parecen a la filosofía.

Esto lo corrobora la llamada Filosofía de los valores, trazada por la escuela de Baden, y que tiene uno de sus mejores representantes en

Max Ernesto Mayer. Hace resaltar en su "Filosofía del Derecho" (traducción de Luis Legaz Lacambra, publicado por Editorial Labor en 1937), con tan pulida limpieza la diferencia entre *realidad* y *valor*, que sin querer se nos fué el pensamiento hacia Pedro Gómez de la Serna, autor de uno de los más sugestivos *porqués* de una de las leyes españolas: la Hipotecaria.

Mayer dice: "La distinción entre la realidad y el valor, el ser y el deber ser, lo facticio y lo normativo es la base imprescindible de toda reflexión metódica. Pues la realidad (en el sentido acentuado en esta antítesis) comprende la totalidad de cuanto es accesible a la experiencia (interna o externa) de cuanto es conocido en la conexión de causalidad, mientras que las valoraciones escapan a la percepción, han de buscarse en el reino de las significaciones ideales y se originan en el nexo teleológico ("telos" significa fin). El *porqué* domina la ciencia de las realidades; el *para qué*, las ciencias del valor; ejemplos de esto lo tenemos tanto en los acontecimientos históricos como en las más vulgares acciones, que se *explican* por los motivos y se *juzgan* por los fines."

Esta doctrina de los valores, ¡qué admirable coincidencia tiene con la *realidad y nuevas ideas* de que nos habló Azcárate, como elementos de la biología del Derecho! Y, en efecto, ante una realidad tan amarga como la del auténtico tercero hipotecario que adquiere una finca y no puede señorearse, ¿no es una verdadera sabiduría y un excelente valor el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria? En buena hora queden respetadas las leyes sociales frente a los abusos o ilegítimas pretensiones del propietario, pero no por ello vaya a quedar desamparado en la juridicidad de su derecho que es el *para qué* de la Ley Hipotecaria. Pero, ahora bien: es preciso procurar que esos nuevos valores sugeridos de las realidades apremiantes no emprendan el camino de la heterodoxia.

LAS PEQUEÑAS FILOSOFÍAS SOBRE ORTODOXIA Y HETERODOXIA HIPOTECARIAS

De *orthos*, que significa lo derecho, lo recto y de *doxo*, que significa opinión y criterio, se formó ortodoxo para significar lo conforme con una doctrina; y en oposición a ella se utiliza la de heterodoxo. ¿Hay heterodoxia hipotecaria? ¿Quiénes son los heterodoxos?

Nuestro sistema hipotecario nació a la vida jurídica con la Ley del 61, de cuya Exposición de Motivos fué autor el romanista D. Pedro Gómez de la Serna. Repetidamente, en aquella luminosa exposición se hizo resaltar que la nueva ley no modificaba en nada el Derecho civil, salvo en las relaciones jurídicas frente a terceros; así surge una separación absoluta entre los efectos que toda relación jurídica produce entre los contratantes o partes y respecto de los terceros, de modo y manera, que a partir del año 63 en que comienza a regir la ley, las relaciones de derecho entre partes se regulan por el Derecho civil, y las que afectan a terceros se someten a la Ley Hipotecaria.

Angel Sanz, refiriéndose a esta distinción, dice que "La Exposición de Motivos, con razones que hoy han perdido casi totalmente su valor, y dentro de la confusión de inscripción constitutiva y necesaria, planteó la cuestión a base de la célebre distinción de parte y terceros, que por tanto tiempo constituyó la obsesión constante de nuestro régimen" (pág. 267 de sus Instituciones). Ya D. Jerónimo González, en los Principios Hipotecarios había apuntado la esfumación de esos distingos *inter partes* y tercero; y por último es la misma Exposición de Motivos de la reforma de 1944 la que insinúa la desaparición de aquella distinción del 61 al decirnos que se da a la inscripción "tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán *plena eficacia legal*". Deliberadamente no aportamos la opinión de ningún Registrador, sino solamente las tres apuntadas. Y filosofamos de la siguiente manera: la ortodoxia es la clásica distinción, y si ésta desaparece ¿entramos en la heterodoxia?; ¿no será acaso la sustantividad de la inscripción el resultado de un proceso biológico?, o como nos dice la Exposición de Motivos de 1944 al emplear la frase *plena eficacia legal*, ¿no nos hallaremos frente a un nuevo valor jurídico cual es el de que la eficacia *erga omnes* sólo se obtiene mediante la inscripción?

La auténtica doctrina será la que entiende que los derechos reales nacen extrarregistralmente, con tradición o sin ella, pero su potencialidad adquiere la expansión *erga omnes* por la inscripción, incluso para la propiedad no inscrita, ya que para ella no existe el crédito hipotecario, que es una de las modalidades de la facultad dispositiva del propietario. Pero de todos modos, obsérvese que la vanguardia de la teoría la encontramos en el más culto de los hipotecaristas, en un preclaro Notario, y en un conjunto de verdaderos Doctores del Derecho.

Pensemos también sobre el valor de la inscripción hipotecaria. Limitémonos a la hipoteca voluntaria. Históricamente, y desde que la hipoteca apareció como institución jurídica, fué siempre un negocio jurídico que automáticamente creaba el derecho real de hipoteca sin necesidad de tradición ni siquiera de formalidades rigurosas; se crea el sistema hipotecario español a base de la distinción de partes y terceros dicha; la hipoteca no queda eximida de tal distinción, y las leyes del 61 y del 69 estampan un artículo 146 que imperativamente advierte que las hipotecas, para perjudicar a terceros, han de ser inscritas. Así se desliza la vida de la hipoteca hasta que se promulga el Código civil. Dos artículos tiene el Código que traen una revolución para la hipoteca: el 609 y el 1.875. Aquél, que no exime a la hipoteca, derecho real, de la teoría genérica de que los derechos reales se adquieren y transmiten por el contrato y mediante la tradición. Si queremos ser escrupulosos advertimos que no se emplea la palabra creación o constitución de la hipoteca y acudimos al capítulo de los contratos. ¿Se crea la hipoteca, derecho real, por el contrato, o por la inscripción, como afirma el 1.875? La jurisprudencia del Supremo ha resuelto el problema en este sentido. Ante esta contemplación, nos preguntamos nosotros: ¿han sido los hipotecaristas o los civilistas los que han dado valor constitutivo a la inscripción de la hipoteca? Pero a pesar de que la hipoteca nace según se afirma por la inscripción, en una buena ortodoxia, ¿no habrá que conferir algún efecto real al contrato, al menos *inter partes* y mientras no surja el tercero hipotecario?

Otro de los puntos de derecho hipotecario que inclina a filosofar es el del objeto de la inscripción. Prescindiendo de la sinonimia reglamentaria de documento y título, nosotros planteamos el problema sobre la base del título o causa jurídica y del derecho que deviene. Este planteamiento se halla resuelto de distinta manera por civilistas e hipotecaristas; pero lo curioso es que son los civilistas los que al afirmar que lo inscribible es el título y no derecho real, vienen a dar, sin pretenderlo, un valor más que declarativo a la inscripción registral. En cambio, los hipotecaristas, cuando sostienen que lo inscribible es el derecho real y no el título, no hacen más que propugnar y poner de relieve la ortodoxia hipotecaria de que los derechos reales nacen extrarregistralmente, y en tanto no hayan nacido no son admisibles en los Registros de la Propiedad los documentos que los contienen o constituyen.

Se ha hablado más de una vez que la inscripción sustituye a la tradición. Ni aún a pretexto de la espiritualidad de la hipoteca cabría sostener la tesis de la sustitución, no sólo porque la hipoteca nació siempre sin necesidad de la tradición desde los tiempos de Heineccio, y lo que jamás existió es imposible que tenga sustituto, sino porque al lado de la hipoteca existen otros derechos reales que nacen sin tradición como algunas servidumbres, para las cuales nadie se ha acordado de conferirles al vistoso ropaje de la inscripción para su nacimiento y vida, salvo el actual 313, que nos pondrá en grave apuro a Jueces, Notarios y Registradores. Pero, ¿podremos tildar por estas consideraciones, a tal artículo de revolucionario o heterodoxo? Si bien nos fijamos, podrá observarse que responde a la pura ortodoxia del 61, porque el estallido de la expansión real o *erga omnes* se da precisamente cuando el derecho se enfrenta con los intereses de un tercero, y para la regulación de los efectos jurídicos, de cualquier relación de derecho, respecto de terceros, se ha de estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria.

Y, por último, al querer filosofar sobre lo que pueda ser el auténtico valor de la inscripción española, hemos llegado a tan extensas consideraciones que con el título de "Materiales para el análisis crítico del oficio de la inscripción en la vida de los derechos reales" tenemos ya redactadas unas cuartillas, que sometemos a la benevolencia de la Dirección de esta Revista para su publicación.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS

Registrador de la Propiedad.

Inscripción de casas divididas por pisos

La Ley de 26 de octubre de 1939, que modificó el artículo 396 del Código civil, así como el número 3.º del artículo 8.º, y el 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, varió radicalmente el criterio legal y jurisprudencial que hasta entonces se venía aplicando a las casas cuyos pisos pertenecían a distintos propietarios.

Hasta la citada Ley estas casas eran consideradas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como objeto de una copropiedad, a la que le era aplicable toda la doctrina legal de la comunidad de bienes, sobre todo a efectos de retracto y de división de la cosa común. Desde la vigencia de dicha Ley, de acuerdo con las corrientes modernas en esta materia, la división de los pisos entre diversos propietarios es considerada como una propiedad exclusiva y excluyente de los diversos pisos, unida a una comunidad forzosa sobre las cosas comunes que se consideran esenciales para el uso y disfrute de aquéllos.

No intentamos examinar ahora la naturaleza de esta especial figura jurídica (1), sino que tratamos de poner de manifiesto, en este pequeño y modesto trabajo, sus repercusiones en el Registro de la Propiedad, y especialmente las dificultades que en el orden práctico registral ha suscitado la mencionada reforma, dificultades que provienen, en su mayor parte, de una defectuosa redacción de los textos legales y de la falta de una eficiente reglamentación de las inscripciones que provoquen las casas divididas por pisos y cuyo marco adecuado pudo y debió ser el Reglamento hipotecario recientemente sancionado. Pero éste guarda absoluto silencio sobre la materia, cosa para nosotros inexplicable si se

(1) Ver sobre ello: Jerónimo González, «Propiedad sobre pisos y habitaciones», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1929, números 51, 52 y 53; Fausto Navarro Azpeitia, «Naturaleza jurídica de la propiedad de las casas divididas por pisos o departamentos»; Colegio Notarial de Barcelona, «Cuestiones de Derecho privado», año 1942.

tiene en cuenta la personalidad de los que formaron su Comisión redactora, en su mayoría Notarios y Registradores de la Propiedad, conocedores, por tanto, de las dificultades que en muchas poblaciones habían surgido ya al tratar de dar efectividad a las disposiciones de la Ley del 39, y sobre todo a las modificaciones introducidas en la Ley Hipotecaria por la reforma de 30 de diciembre de 1944 y texto refundido de 8 de febrero de 1946.

I

La Ley permite la inscripción de las casas divididas por pisos ya bajo un solo número, ya considerando, a efectos registrales, a cada piso o partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, como fincas separadas e inscribibles bajo números distintos. En el primer caso, en el folio que contenga la inscripción del edificio, se harán las inscripciones especiales de los diferentes pisos o partes de piso que pertenezcan a distintos propietarios; en el segundo, a cada piso o parte, se le abrirá un folio y número independiente. Pero tanto en uno como en otro caso hay que distinguir la parte privativa de cada propietario, el piso o parte de piso propiamente dicho, de los elementos comunes a todos los pisos, y que el artículo 396 del Código civil enumera por vía de ejemplo.

Sobre dichos elementos comunes, al dividirse el inmueble en pisos pertenecientes a diversos propietarios, se constituye, por imperio de la Ley, una comunidad forzosa, y por consiguiente, a efectos de su inscripción, será necesario determinar, en primer lugar, cuáles sean esos elementos objeto de la comunidad, y en segundo, cuál es la participación o cuota ideal que a cada propietario corresponde en los mismos.

Entendemos que, cuando una casa se divide por pisos para ser transmitidos a diversos propietarios, es preciso que en el título correspondiente y en la inscripción subsiguiente se determinen cuáles son los elementos objeto de la comunidad forzosa, por exigirlo así el principio hipotecario de especialidad, no bastando, como se viene haciendo y tolerando, la remisión a los que menciona el artículo 396, ya que éste, según dijimos, hace la cita sólo por vía de ejemplo, y si bien entre los que comprende hay algunos (suelo, fundaciones, escalera, etc.) que han de tenerlos todos los edificios, no sucede lo mismo con otros también comprendidos en dicho artículo (ascensores, pozos, fosos, etc.), pudiendo además existir otros que el repetido artículo no expresa, como jardines, lavaderos, etc. y, sin embargo, poseerlos como elementos comunes

a todos los pisos el edificio en concreto, de cuya inscripción se trate. Jerónimo González (1) es de este mismo parecer al decir que las inscripciones de pisos o partes han de comprender la descripción sumaria de los elementos comunes, si no estuvieran ya reseñados en la inscripción de la totalidad. Por último, pueden existir, como observa dicho autor, elementos que sean comunes a dos o más de los comuneros, pero no a los restantes, y en estos casos habrá que determinarlos con expresión del piso o pisos que gocen de su aprovechamiento.

II

La determinación de la cuota ideal que a cada propietario corresponde en los elementos comunes es uno de los puntos más oscuros y más discutidos de la Ley, sobre todo a efectos registrales.

En primer lugar nos encontramos con que el artículo 396 del Código, reformado, expresa, por un lado, que las partes en copropiedad se presumen, salvo pacto en contrario, iguales, y por otro, que los gastos de conservación y reparación de estos mismos elementos comunes serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa. Es decir, que no habiendo pacto puede un propietario de un piso tener en alguno de los elementos comunes, un muro medianero, por ejemplo, una participación igual a la de los demás propietarios, y, sin embargo, contribuir a los gastos de reparación y conservación de ese muro con una parte menor a la de los restantes propietarios si el valor de su piso es inferior al de éstos, cosa que estimamos absurda y que no encuentra justificación alguna, por lo que encontramos acertada la dura crítica que de estas disposiciones hace Navarro Azpeitia.

Por otra parte, la igualdad que la ley presume no se sabe con relación a qué elemento determinarla, si con relación a los diferentes copropietarios, o en vista de los pisos o diferentes departamentos independientes. Porque, si el dueño de una casa de cuatro pisos independientes, por ejemplo, vende uno de ellos a un tercero sin pactar nada sobre los elementos comunes, ¿qué participación sobre éstos adquirirá el comprador, la mitad o la cuarta parte? Parece más racional esto último, sin embargo, si por analogía aplicamos lo dispuesto en el artículo 393 del

(1) «Observaciones sobre la copropiedad pro diviso», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1941, págs. 75 y sigs.

Código, habrá que atenerse al número de partícipes. Por otro lado, si en el caso propuesto el dueño de los tres pisos restantes los vende sucesivamente a otras tantas personas, también sin pacto, ¿los compradores adquirirán una cuarta parte indivisa en los elementos comunes, reduciéndose así la participación consistente en una mitad que, según el Código, había que atribuir al comprador del piso que primeramente se vendió?

A estos y otros parecidos resultados conducirá la presunción absurda que establece la Ley. Por ello entendemos con Jerónimo González que lo mejor hubiera sido fijar una sola cuota invariable para todas las relaciones internas y externas, y a esta solución, es a la que, en la práctica, se ha llegado en vista de la necesidad de fijar, a efectos hipotecarios y registrales, un módulo que sirva de base para la distribución de los beneficios y cargas y determinación de cuotas en los elementos comunes.

Hipotecariamente es regla general que en toda inscripción de partes indivisas es siempre necesario, por mandato reglamentario y Jurisprudencia de la Dirección, precisar con datos matemáticos la porción ideal que pertenezca a cada condueño, y ello a pesar de la presunción del artículo 393 del Código civil. (Véanse Resoluciones de la Dirección de 6 de junio y 18 de agosto de 1894 y 8 de agosto de 1906.) La propiedad de casas divididas por pisos que lleva como aneja una comunidad en ciertos elementos no ha de estar exenta de esta regla general.

No obstante, antes de llevarse a cabo la reforma de 1939, o, mejor dicho, la de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, era corriente, según tenemos entendido, que en los Registros se practicaran las inscripciones de los pisos bajo un solo número, pero sin expresarse el módulo o cuota que a cada partícipe correspondía en dichos elementos. La Resolución de 14 de diciembre de 1935 estimó correcta la formulación de un módulo de proporcionalidad que relacione el valor real del piso con el total del edificio de que forme parte, con cuyo requisito quedarían cumplidas las exigencias hipotecarias en orden a esta especial forma de propiedad, pero declaró que la ausencia de pacto debe entenderse en el sentido de que las relaciones entre los distintos titulares permanecen en la órbita exclusivamente civil y han de regirse con sujeción a las normas contenidas en los artículos 393, 394 y 396 del Código. La citada Ley de 1939, al modificar el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria nada nuevo añadió en este punto, pero al ser modificada esta Ley por la de 30 de diciembre de 1944, se adicionó a dicho artículo un pá-

rrafo que decía: "En los títulos en virtud de los cuales se pretendan inscripciones de esta clase, habrá necesariamente de especificarse el valor de la parte privativa de cada propietario en relación con el valor total del inmueble, a los efectos de la distribución de beneficios y cargas." A partir de este momento es cuando se ha venido exigiendo en la mayoría de los Registros el consignar este módulo determinado por el valor del piso en relación con el total del inmueble. El texto refundido de la Ley Hipotecaria, además de alterar el orden de colocación del párrafo copiado, modificó su redacción en el sentido de exigir en *las inscripciones* la expresión del citado módulo.

Obsérvese que la Ley habla de expresar el valor del piso a efectos de distribución de beneficios y cargas. ¿Quiere decir esto que tal módulo no se refiere a la cuota ideal que a cada partícipe corresponde en los elementos comunes? Ya hemos visto cómo supone una injusticia el considerar, a falta de pacto, divididos tales elementos en partes iguales, y ya hemos dicho cómo en el orden práctico se ha venido expresando en las Escrituras—al menos en los casos que conocemos—el indicado módulo no sólo a los efectos de distribuir beneficios y cargas y fijar la mayoría en los acuerdos, sino que también para determinar la citada cuota ideal. Así, por ejemplo, en una finca cuyo valor sea de 160.000 pesetas, compuesta de bajo, piso primero y segundo, se fija el valor de 80.000 pesetas para el bajo y de 40.000 pesetas para cada uno de los otros dos pisos, que representarían una participación o cuota de un medio, un cuarto y un cuarto, respectivamente, en los elementos comunes y en el reparto de beneficios y cargas.

Esto es lo que juzgamos más en consonancia con la exigencia de nuestra legislación hipotecaria de expresar en las inscripciones de partes indivisas la cuota ideal de cada partícipe, como lo exige el artículo 54 del Reglamento hipotecario, y así quedará salvada la injusticia que supone presumir, por un lado, divididas por partes iguales las cuotas de los partícipes en los elementos comunes, y por otro, considerar la participación de aquéllos en los gastos de conservación y reparación de estos mismos elementos en proporción al valor de cada piso.

No obstante, Ventura Traveset (1) entiende que "el objeto de la exigencia del párrafo penúltimo del artículo 8.º de consignar el valor total del edificio, no es, a los efectos hipotecarios, de fijar un módulo

(1) «Valor del piso y valor del inmueble», *Revista General de Derecho de Valencia*, núm. 18.

de proporcionalidad entre el valor de cada parte privativa y *la participación de la misma en los elementos comunes* que, salvo pacto, se presumen iguales sin necesidad de que consten en el Registro, sino fijar un módulo de proporcionalidad para la regulación de las obligaciones personales entre todos los diferentes dueños, a los efectos de pagar gastos y percibir beneficios"; añadiendo dicho autor que se trata solamente de la "mención de un derecho personal, que no tiene alcance real, sino que se desenvuelve en el campo del derecho de obligaciones y no provoca otros derechos civiles entre los interesados y sus causahabientes, que los meramente contractuales".

Desde el punto de vista hipotecario no nos parece correcta la posición de Ventura Traveset, porque si se trata solamente de la mención de un derecho personal sin trascendencia real alguna, huelga la exigencia de la Ley de hacerla constar en las inscripciones de casas divididas por pisos, y estaría este precepto en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 98 de la misma Ley Hipotecaria que impide se hagan constar en las inscripciones menciones de derechos personales que no estén asegurados especialmente. Los derechos personales no pueden tener acceso al Registro por sí solos ni aun bajo la forma de una mención.

No se trata de una declaración meramente enunciativa que nada sirve en cuanto a terceros, como pretende Ventura, sino de una exigencia de la Ley Hipotecaria para que se haga constar precisamente en las inscripciones de las casas divididas por pisos, por lo que nosotros entendemos, más en consonancia con el sistema inmobiliario español, que si dicha ley preceptivamente exige se haga constar en las inscripciones aludidas el valor del piso en relación con el valor total del inmueble, no lo hace caprichosamente, sino para que surta efectos hipotecarios con respecto a terceros y, por tanto, con la finalidad de que se establezca un módulo que sirva de base para el reparto de beneficios y cargas y para la determinación de la cuota ideal que en los elementos comunes corresponda a cada propietario, módulo y cuota que, una vez fijados, son inalterables, como entienden la mayoría de los autores, lo que no sucedería si su expresión fuese solamente enunciativa y con efectos sólo entre partes. Ya antes de la reforma Jerónimo González, en el trabajo citado, decía: "Al indicar en las inscripciones la cuota matemática como índice distributivo, desaparecerían las dificultades y dudas suscitadas por la coexistencia de dos valores diferentes, el del

piso y el de la fracción matemática, porque este último fijaría entre los copropietarios, y frente a terceros, los coeficientes de participación de las cargas y gastos de administración, conservación y reparación, al mismo tiempo que nos daría la porción que corresponde a cada partícipe en los casos de subrogación real o colocación de un precio en lugar del edificio"; añadiendo más adelante: "Dado el ámbito general del artículo 70 (hoy 54) del Reglamento hipotecario, parece que deben rechazarse todos los títulos relativos a la copropiedad de casas divididas por pisos o habitaciones, en los que no se haya precisado con datos matemáticos la porción de cada condueño."

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que en la modificación o reforma llevada a cabo por la Ley de 1939, solamente en la del artículo 396 del Código civil se habla del valor del piso a los efectos, únicamente, de distribuir los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes y de fijación de la mayoría en los acuerdos, pero en la del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria nada se dijo de este módulo de proporcionalidad, lo que hizo decir a Jerónimo González que en la expresada reforma se había omitido la cuota de más importancia para efectos hipotecarios, no estableciendo con claridad si la copropiedad forzosa corresponde a los titulares por cuotas, según el valor de la parte privativa. Fué en la reforma de 1944 y más claramente en el texto refundido de la Ley Hipotecaria cuando de un modo concreto se exigió que en las inscripciones de esta clase constase el valor del piso en relación con el total del inmueble, no a efectos de distribuir los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes y de fijación de la mayoría, como dice el Código civil, sino a lo de distribuir los beneficios y cargas. La palabra *cargas* no hace referencia solamente a los gastos de conservación y reparación mencionados en el artículo 396 del Código, sino que también, o quizás más bien, a las estrictamente hipotecarias, como por ejemplo, la de una hipoteca constituida para la construcción del edificio y sobre todo él, cuya responsabilidad habrá de distribuirse entre los propietarios de los pisos en proporción al valor de éstos. La palabra *beneficios* no puede referirse sino a los casos de subrogación real o colocación de un precio en lugar del edificio o de algún elemento común de éste. y a los rendimientos que pueda producir algunos de estos elementos, como si un jardín común a todos los pisos fuese vendido o expropiado, o si se hubiesen dejado en comunidad los bajos del edificio entre todos los propietarios

para alquilar y distribuir sus rentas. En estos casos si se sigue el criterio que se desprende del sentido literal del artículo 396 citado, y el propugnado por Ventura Traveset, resultaría que los distintos dueños de los pisos tendrían, de no haber pacto, una participación igual en la propiedad del jardín o de los bajos, no obstante, vendido aquél o alquilado éstos el precio y la renta se distribuirían en proporción al valor de cada piso. Esto ni es lógico ni tiene sentido jurídico.

Lo que pasa es que la Ley se ha expresado mal, con defecto y falta de precisión, por eso ha dicho Jerónimo González en carta particular dirigida a un Registrador que le consultó sobre el caso: "No se hizo caso de la serie de artículos publicados en la REVISTA CRÍTICA, confundiendo los conceptos lastimosamente..., y la Ley habla de partes privativas y comunes, de derechos singulares y conjuntos con una despreocupación encantadora."

Fijar el valor del piso solamente a efectos de distribuir beneficios y cargas en el sentido que propugna Ventura, y dejar la participación en los elementos comunes abandonada a la presunción de igualdad que establece el Código civil, es introducir el confusionismo en el Registro respecto de terceros, quienes frecuentemente se verían engañados por las declaraciones del Registro, en cuanto a dicha participación se refiere.

III

La fijación del módulo de proporcionalidad por el valor del piso con relación al valor total del inmueble si ha de servir, como sostenemos, no solamente para fijar la participación de los propietarios en beneficios y cargas, sino que también para determinar la cuota que a aquéllos les corresponde en los elementos comunes, es preciso que se haga con datos matemáticos, es decir, por medio de un quebrado que exprese aquella relación entre el valor del piso y el del inmueble, ya que el artículo 54 del Reglamento Hipotecario no considera cumplido el requisito de precisar las cuotas ideales con datos matemáticos, si la determinación se hiciese solamente con referencia a unidades de moneda. El valor del piso y el del inmueble ha de expresarse forzosamente en unidades de moneda; por consiguiente, para cumplir el precepto reglamentario no basta decir, por ejemplo, 80.000 pesetas valor del piso en las 160.000 valor del inmueble, sino que habrá que añadir: que representa una mitad en el valor total del inmueble.

El valor del piso ha de fijarse en relación con el total del inmueble, es decir, que es independiente de los adornos, comodidades o mejoras que en cada piso se hayan introducido por el propietario, sino que dependerá de su cubicación, altura, situación, etc., mirado todo ello en relación al total inmueble y se fijará de una vez para siempre, por medio de una fracción matemática, en la forma antes aludida.

Hay que observar que la Ley habla de indicar el valor de la *parte privativa* de cada propietario en relación con el valor *total del inmueble*. Pero ¿cuál es la parte privativa? Indudablemente que ello excluye la participación en los elementos comunes; pero, como por otra parte, en el otro término de la proporción se pone el *valor total* del inmueble, es decir, incluyendo el solar y todos los elementos de aquél, resultará que, con arreglo a los términos literales de la Ley, la participación en los beneficios y cargas se habrá de determinar según la proporción $I : B$ (o C) : : $p : x$, siendo I el valor total del inmueble (solar más edificio), B o C importe de los beneficios o cargas, p el valor de la parte privativa, con exclusión de la participación en los elementos comunes, y x la parte del propietario en los beneficios y cargas. Pero esto sería absurdo, porque si en el primer término de la proporción se comprende el valor total del inmueble, el segundo debiera comprenderse el valor total del derecho que al propietario corresponde en el inmueble, es decir, el valor de su parte privativa más la participación en los elementos comunes. Únicamente así resultarían proporcional y justamente distribuidos los beneficios y cargas. Por ello creemos que donde la Ley dice valor de la parte privativa debe entenderse valor del piso, comprendiendo en él toda la participación del propietario en el inmueble. En el ejemplo antes propuesto se ve de un modo claro lo que acabamos de decir, de tal manera que la suma del valor de todos los pisos ha de dar un total igual al valor de todo el inmueble, y la suma de todas las fracciones matemáticas ha de representar la unidad: $80.000 + 40.000 + 40.000 = 160.000$; y $1/2 + 1/4 + 1/4 = 1$.

IV

Otra cuestión que se ha planteado en la práctica es la de si el valor del piso que sirva de módulo para repartir beneficios y cargas hay que fijarlo siempre que se trate de inscribir una casa dividida por pisos o

solamente en el caso de que se pretenda inscribir los pisos y habitaciones como fincas independientes y en número aparte.

Ventura Traveset entiende esto último basándose, principalmente, en la interpretación gramatical del texto legal, ya que al decir "En las inscripciones de *esta clase*..." después de haber hablado de la inscripción de los pisos como fincas independientes, parece querer indicar que sólo en este caso se exigirá la expresión de tal módulo, lo cual encuentra dicho autor ratificado por una interpretación lógica, histórica y sistemática del precepto.

Nosotros nos inclinamos por la primera solución porque aparte de que las palabras "*de esta clase*" pueden también referirse a las inscripciones de casas divididas por pisos sea cualquiera la forma en que se practiquen, hay que tener en cuenta, sobre todo, el motivo o fundamento que sirve de base para que la Ley exija la expresión en las inscripciones del módulo de proporcionalidad. Este motivo no es otro que la existencia de una comunidad que recae sobre ciertos elementos del edificio necesarios para el uso y disfrute de la parte privativa, en cuya comunidad es preciso determinar la cuota ideal que corresponde a cada comunero a los efectos que la Ley expresa, y tal comunidad existe tanto en el caso de que los distintos pisos de la casa se inscriban bajo un solo número, como si se inscriben independientemente; ésta de la inscripción es una cuestión puramente formal que para nada afecta a la existencia de la comunidad.

V

Respecto a la persona o personas que han de fijar el módulo de proporcionalidad, distinguiremos tres casos:

1.º Inscripción primera de un edificio mediante declaración de obra nueva determinado los pisos o departamentos independientes que el edificio comprende y que luego han de ser transmitidos a distintos propietarios. En este caso puede el declarante determinar el valor de cada piso en relación con el total del inmueble y con ello el módulo de proporcionalidad a efectos hipotecarios. Este sistema evita en lo sucesivo nuevas declaraciones y hace innecesaria la concurrencia de otros copropietarios en cada una de las transmisiones.

2.º Si el edificio ya consta inscrito a nombre de un solo dueño y éste lo transmite por pisos, en cada una de las transmisiones pueden

transmitente y adquirente fijar el módulo sin necesidad de la concurrencia de los anteriores adquirentes de pisos del mismo edificio, siempre que en estas transmisiones no se perjudique el módulo ya fijado con respecto a dichos anteriores adquirentes. Así, por ejemplo, una casa que conste de bajo y dos pisos con valor total de 160.000 pesetas, si por el dueño de todo el inmueble se vende el bajo, al que de acuerdo con el adquirente se le fija un valor de 80.000 pesetas, que representa una cuota de un medio, puede posteriormente transmitir cada uno de los otros dos pisos fijándoles un valor de 40.000 pesetas a cada uno, representativo de una cuota de un cuarto sin necesidad de que en estas transmisiones intervenga el que anteriormente adquirió el bajo, porque las cuotas o módulos fijados para aquéllos no perjudican al que se había fijado para éste, sino que la completan en relación con el total del edificio, puesto que sumadas todas dan la unidad.

3.º Situaciones creadas al amparo de la legislación anterior. Hay que subdistinguir:

a) Finca inscrita de la que se han transmitido uno o varios pisos que constan también inscritos, pero sin que en las respectivas inscripciones se haya fijado el módulo, como era práctica antes de la reforma. En este caso, si por el dueño del inmueble se vende o transmite algún otro piso, para fijar el módulo de proporcionalidad de este piso no basta la concurrencia de transmitente y adquirente, sino que se precisará también la de los dueños de los otros pisos ya inscritos, porque a ellos les ha de afectar el módulo que se fije.

b) Transmisión de un piso ya inscrito al amparo de la legislación anterior sin que, como en el caso anterior, se haya hecho constar en la inscripción el módulo de proporcionalidad. En este caso, como el Registrador ha de respetar la situación registral creada, no le queda otro remedio que inscribir la transmisión aunque no se fije el citado módulo. Pero si se fija en la escritura es preciso que a ésta concurren todos los titulares de los restantes pisos ya inscritos.

VI

En cuanto a la forma de las inscripciones de esta especial clase de propiedad, hay que distinguir, según ya hemos dicho, el caso de que todos los pisos se inscriban bajo un solo número, de aquél otro en el que la inscripción de cada piso se haga bajo número diferente.

Si el edificio en conjunto consta ya inscrito a nombre de un solo dueño y aquél se divide por pisos para ser transmitidos a diferentes propietarios, las inscripciones de dichos pisos, si nada se solicita en contrario, se practicarán a continuación y bajo el mismo número, pero expresando, como ya dijimos, la descripción sumaria de los elementos comunes, si no constan ya en la inscripción del conjunto, y el módulo de proporcionalidad para repartir beneficios y cargas y fijar la cuota de cada propietario en los elementos comunes. Caso de que se solicite la inscripción de los pisos como fincas independientes, se abrirá un nuevo número para cada uno de aquéllos, practicándose la inscripción con las circunstancias antes enumeradas y además se hará constar, con referencia a la inscripción principal, el condominio que, como anejo inseparable, corresponde al respectivo titular en los elementos comunes del edificio. En los folios en donde conste la inscripción de la finca en conjunto, aparte de la referencia que, por nota marginal, puede hacerse a la especial del piso, habrá de practicarse una inscripción a favor del adquirente de cada piso por lo que hace a su participación en los elementos comunes. De forma que estos casos provocarán siempre una doble inscripción, lo mismo que cuando se transmita o grave el piso inscrito como finca independiente.

Si lo que consta inscrito es solar, al hacerse la declaración del edificio, bien porque su construcción esté ya terminada, bien porque sólo esté comenzada, se practicará a nombre del declarante o declarantes la inscripción del edificio en conjunto, haciéndose constar los pisos que pertenezcan o hayan de pertenecer a distintos propietarios, con expresión de los elementos comunes y el módulo de proporcionalidad de cada piso. Luego se harán las inscripciones de los pisos, ya bajo el mismo número, ya bajo número independiente, si así se solicitó, en la forma antes citada.

Obsérvese que en la inscripción del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados, según prescribe el último párrafo del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria. Esto, está claro, sólo ocurrirá cuando la construcción del edificio esté sólo comenzada. Aunque en la nueva Ley Hipotecaria se suprimieron del artículo 8.º las palabras "meramente proyectada", que figuraban en la reforma de 1939, con las que se daba el absurdo de poderse inscribir como fincas independientes pisos que aún no tenían existencia real, hoy, ante la posibilidad de poderse inscribir un edificio cuya construcción esté sólo en

sus comienzos expresando los pisos meramente proyectados, y subsidiariamente, conforme al párrafo segundo del número 3.º de dicho artículo 8.º, la de inscribir independientemente estos pisos, se llega al mismo absurdo, o sea, como decía López Torres (1), a crearse una realidad hipotecaria sin vida física.

VII

Finalmente, queremos hacer notar una cuestión que ha surgido con motivo del retracto de inquilinos establecido en el capítulo VI de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En el artículo 66 de dicha Ley se establece la preferencia del retracto de comuneros o condueños sobre el de inquilinos. ¿Será, pues, preferente el propietario de un piso al inquilino de otro de la misma casa que se haya vendido?

La Ley de 26 de octubre de 1939, en contra de sus móviles inspiradores, que claramente aparecen consignados en su preámbulo, estableció un derecho de preferencia en favor de los propietarios de los pisos para cuando alguno de éstos fuese vendido a un extraño, y como esta figura no se desenvuelve más que en el artículo 1.636 del Código civil, cabe preguntarse, con Jerónimo González, si ella puede equipararse al retracto de comuneros. López Torres (2) estima que no puede existir identidad entre el retracto de comuneros y el regulado por dicha Ley, ya que aquí la enajenación se realiza sobre objetos de propiedad individual y la copropiedad persiste intangible sobre el elemento común. Pudiera aceptarse—añade—otros motivos, como los derivados de la relación de vecindad, que en sí originan intereses dignos de protección preferente.

En efecto, en el preámbulo de la Ley de 1939 se expresa taxativamente que hay que distinguir el caso general de la copropiedad o comunidad de bienes sobre un edificio, perfectamente regulado en las prescripciones del Código, de la llamada "propiedad horizontal", caso típico de propiedad privada singular, unida al condominio indivisible sobre los elementos comunes necesarios al debido aprovechamiento de cada una de sus partes. Consecuente con esta idea, se establece en la parte

(1) José María López Torres: «Consideraciones sobre la Ley de 26 de octubre de 1939», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1941, páginas 65 y sigs.

(2) Loc. citado.

dispositiva que cada uno de los propietarios tendrá un derecho singular y exclusivo sobre su piso o parte de él y además un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso o disfrute.

Por consiguiente, lo esencial en esta clase de propiedad es el piso o parte de él que es objeto de una propiedad individual; lo accesorio son los restantes elementos del inmueble sobre los que se constituye una comunidad, no independiente y autónoma, sino que dependiente del piso y que existe, como dice López Torres, en cuanto hace posible el uso de la propiedad individual; por ello la Ley no permite pedir la división de esos elementos comunes, y prohíbe su enajenación con independencia del piso.

No existe, pues, comunidad de bienes en el sentido ordinario de esta institución, sino propiedad singular sobre el piso, que lleva como aneja e integrante una copropiedad sobre los elementos ya citados, y por tanto, no creemos pueda aplicarse al derecho de preferencia que establece el artículo 396 del Código para caso de venta de un piso a un extraño, las normas del retracto de comuneros.

Si un piso o un edificio que constituye una sola vivienda está dividido en partes indivisas entre diversos titulares, al venderse una de estas porciones los titulares de las otras tendrán preferencia sobre el inquilino del piso o del edificio; pero si el piso pertenece a un solo dueño, al venderse aquél creemos que el inquilino será preferente a los propietarios de las otros pisos de la misma casa.

FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ

Registrador de la Propiedad.

Para alusiones. Algunos aspectos del proceso de ejecución instaurado en el artículo 41 de la Nueva Ley Hipotecaria

SUMARIO: 1.º Los Jueces y el procedimiento del artículo 41.—2.º Aciertos del trabajo de Gimeno Gamarra.—3.º La prescripción y este procedimiento. ¿Es posible estimarla en él?...—4.º Tesis de Roca Sastre. Análisis de sus razones.—5.º Débil consistencia de la razón específica de Gimeno Gamarra.—6.º Criterio jurisprudencial. Crítica de las conclusiones establecidas en algunas sentencias.—7.º Las inscripciones de inmatriculación y el artículo 41.—8.º Impugnación de la tesis de Vallet de Goytisolo.

1.º Con singular deleite hemos leído un interesante artículo publicado en el número de noviembre de 1947 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, bajo el título "La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria", debido a la pluma del Juez de Primera Instancia Sr. Gimeno Gamarra.

En él se nos alude, y vamos a contestar. Pero antes de nada queremos decir que nuestra satisfacción tiene su origen en una doble razón: En primer lugar, nos agrada grandemente que sea un Juez el que venga a discutir con nosotros las incidencias y alcance del procedimiento. Ello lo juzgamos de una importancia decisiva, pues de nada valdría que los Registradores y Notarios nos apliquemos al estudio de los problemas de Derecho hipotecario y nos dispongamos a propugnar las reformas que a nuestro entender mejoren la organización de esta propiedad inmobiliaria, si los Jueces no toman cartas en el asunto y, desde el prisma de su actuación, no colaboran a que la reforma, bien intencionada siempre, produzca los mejores frutos. El porvenir de la reforma está en sus manos. Esta será, simplemente, lo que ellos quieran.

¿No es, pues, un buen síntoma que ellos se interesen por estos problemas?...

2.º El otro motivo de mi satisfacción nace de que todos los problemas los aborda con reflexión y templanza, y algunos con singular acierto.

Estimamos un acierto, por ejemplo—con su opinión estamos conformes—, la manera de tratar el problema de si la posesión de hecho por más de un año, pero que no ha durado lo suficiente para la consumación de la prescripción, puede enervar o no el procedimiento del artículo 41. Las razones que apoyan su tesis son, a nuestro entender, irrefutables. A ellas remitimos al lector.

3.º En cambio, no nos han convencido los argumentos que esgrime al combatir nuestra tesis de que la prescripción, oponible en el procedimiento del artículo 41, tiene que estar declarada en otro juicio ordinario anterior.

Aquellas razones nuestras expuestas ya en aquellos trabajos citados por nuestro contradictor (en una nota de la pág. 681), cada vez nos parecen—permítasenos la inmodestia—más incontestables.

A cada nuevo ataque de fuera parece que renacen en nuestra mente con más coraje y vigor. ¡No será que nosotros las miramos con el cariño de padre!...

4.º Y no desconocemos que el avalista de la opinión adversa (nos referimos a Roca Sastre) es un padrino de peso, pero por una vez, y sin que ello sirva de precedente, le vamos a perder el respeto (¡perdón por la osadía!) y vamos a salir a la plaza a discutir sus razones.

Por de pronto, diremos que su opinión afirmativa en cuanto a que puede en este procedimiento declararse el dominio por prescripción, está llena de distingos y titubeos. Se apoya en dos pilares de arena, que él mismo se encarga de derribar: y en último caso, y como última y poderosa razón, se agarra a una opinión atrevida (a nuestro entender, recusable) de Porcioles, que, por cierto, no se atreve a suscribir.

Primer distingo: "Nos dice en la página 191 del tomo I de su última obra, *Derecho Hipotecario*: "Esta acción es de contradicción, pero "no de rectificación registral, lo cual lo consideramos lógico tratándose de las causas 1.ª, 3.ª y 4.ª, pero no de la 2.ª (nótese que en "esta causa 2.ª está comprendida la prescripción), pues ésta, cuando "no por razones de simplificación procesal, debería implicar pretensión

"de rectificación del contenido del Registro, siempre que resultase que "el mismo es inexacto."...

Conformes, de toda conformidad. De poderse rectificar el Registro en este procedimiento cuando se alega como causa de contradicción la prescripción, tal vez pudiera sostenerse que en él podía estimarse la prescripción, pero como resulta que, por imperativo del artículo 40, *la rectificación del Registro sólo puede conseguirse por sentencia obtenida en juicio ordinario*..., esa razón de Roca, basada en un supuesto que no existe, se derrumba estrepitosamente al primer soplo de la crítica.

Segundo distingo: Más adelante, en la misma página, al criticar el efecto legal de las sentencias pronunciadas en estos procesos, añade: "Estimamos inadmisibles esta regla—se refiere a la que estatuye que estas sentencias no producen excepción de cosa juzgada—, pues en cuanto a los extremos objeto del incidente, la sentencia que le ponga fin debería causar estado en definitiva; el juicio ordinario debería reservarse para causas de no susceptible planteamiento en tales incidentes."

También en esto estamos conformes con Roca. La sentencia que pone fin a estos procesos debería producir excepción de cosa juzgada, y entonces no sería aventurado sostener que, en un procedimiento de esta clase, se podía declarar un dominio por prescripción. ¡Ah! Pero lo que debería ser, no es; y si esas sentencias no producen excepción de cosa juzgada y, como consecuencia, no sirven para la rectificación del Registro, no se dan ninguno de los supuestos necesarios, en opinión del propio Roca, para que la prescripción se pueda acoger en tales procedimientos. Si no se dan las causas, ¿cómo se van a producir los efectos?...

No se nos tachará de ilusos si concluimos diciendo que tampoco esta razón de Roca resiste el escalpelo del análisis.

Y por si ello fuera poco, en una nota de la página siguiente se pregunta Roca: "¿Es que bastará que el opositor alegue que ha usucapido?"... Y se contesta: "Creemos que no, en el sentido procesal de excepción, pues reconviene, como sostiene Azpiazu en contra de Sanz; el titular inscrito tiene la postura de demandado en tal supuesto. En cambio, no vemos tan claro que no pueda hacerse la declaración de prescripción dentro de dicho procedimiento. Nosotros nos inclinamos por la afirmativa. La prescripción contra tábulas, según Porcioles, *podrá ser declarada mediante simple acto judicial o constatación notarial por acta de notoriedad en los casos de reanudación de la vida re-*

gistral. Y como la contención que el opositor provoca dentro de dicho proceso de ejecución produce un verdadero juicio sobre la inexactitud del Registro, de aquí que vemos difícil que en él no quepa declarar que la prescripción ha sido consumada”...

Es decir, que de ser cierto lo que Porcioles sostiene, que hasta en acta de notoriedad se puede declarar la prescripción, sería difícil sostener que tal declaración no pudiera hacerse en este procedimiento, que al fin y al cabo es un juicio con muchas más garantías que las que pueda ofrecer un acta de notoriedad.

Ello es cierto. De ser verdad la premisa, verdad tenía que ser la consecuencia.

Pero nosotros, desde aquí, osamos preguntar a Roca: ¿Es que él se atrevería a sostener, como Porcioles, que se puede declarar prescrito el dominio en un acta de notoriedad?...

A nosotros, que tenemos una singular predilección por Porcioles, tan trabajador, tan inteligente y tan culto, nos parece que en esa conferencia fué más allá de donde se propuso.

¿A dónde iríamos a parar si la prescripción pudiera ser declarada en un acta de notoriedad?

5.º Por lo demás, la razón particular y específica alegada por Giménez Gamara en defensa de su tesis, tampoco tiene consistencia mayor. Analicemos brevemente sus razones.

Nos dice al contestarnos: “El hecho de que la sentencia que se dicte en este proceso, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 41, no produzca excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión, de lo que se deriva la posibilidad de que la apreciación que se haga de la prescripción sea revisada en otro proceso, no es motivo para estimar, como cree Azpiazu, que tal apreciación no puede hacerse en éste, *porque la misma posibilidad existe con respecto a las restantes causas en que se permite fundar la demanda de contradicción...*”

Vamos, vamos por partes, que no se puede asimilar esa causa de oposición a las otras comprendidas en el artículo 41.

Por de pronto, Roca ya clamaba por una distinción necesaria. Y así como con relación a los motivos de oposición comprendidos en las causas 1.ª, 3.ª y 4.ª nos dice que se trata de procesos de contradicción sin alcance alguno en orden a la rectificación del Registro, al

hablar de la causa 2.^a, en la que se comprende la prescripción, nos dijo que debiera producir la rectificación registral.

Pero no es eso sólo; es que en los casos a que se refieren esas otras causas de oposición distintas de la prescripción, la sentencia no contiene ninguna declaración sobre el derecho de las partes. Se limita simplemente a estimar, o no, procedente el juicio; y a adoptar, o no, las medidas pretendidas, en aras de la convivencia.

Así, en la causa 1.^a, si en el proceso se demuestra que la certificación del Registro es falsa o que se han omitido en ella derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada, el proceso fracasará, pero los derechos de los litigantes quedarán en la misma situación que antes de comenzarle. Si, por el contrario, no se demuestra la tal falsedad ni las reseñadas omisiones, habrá lugar a las pretensiones articuladas, pero la sentencia no tendrá alcance alguno en cuanto a la variación de los derechos. Las mismas consideraciones son aplicables con relación a las causas de oposición 3.^a y 4.^a, que el lector puede hacer y que nosotros le ahorramos, en gracia a la brevedad.

Y ¿es que si la prescripción se declara a favor del opositor no experimenta con ello una total y absoluta variación el derecho de las partes?... ¿Cómo, pues, analogar las consecuencias de la sentencia y su revisión, en uno y otro caso?... Pero aún hay más. Es que como la sentencia no produce la rectificación del Registro en ningún caso, se producirá la enorme anomalía de que el dueño por prescripción no podrá transmitir ni gravar la finca que permanece inscrita en el Registro a nombre de su adversario, y en cambio, éste, que perdió su derecho de dominio en virtud de esa declarada prescripción, podrá seguir enajenándola sin obstáculo alguno.

¿Pero qué clase de dominio es ese que no sirve ni para transmitir ni gravar?...

De prosperar esa opinión adversa, no habrá más remedio que dar entrada en el Código civil a ese pseudo dominio de caracteres tan singulares y extraños.

¿Se ha pensado por nuestros contradictores en estas fatales consecuencias?...

6.º Por eso, sin duda, los Tribunales, que tocan más de cerca estos insalvables obstáculos, empiezan a acoger nuestra tesis.

Y así, de una sentencia dictada por la Audiencia de Pamplona,

en un proceso de esta clase, el 16 de mayo de 1947, es el considerando que transcribimos:

“Considerando que de las causas en que se funda la demanda de contradicción es evidente que no pueden aceptarse la que se refiere a la posesión judicial ni la negativa a la prescripción: la primera, porque la posesión que se le concedió al opositor, en el procedimiento seguido a su instancia para hacer efectivo su crédito hipotecario, no es una relación jurídica directa con el último titular del derecho inmobiliario inscrito, como se exige en la causa 2.^a del artículo 41; y en cuanto a la prescripción, porque para que tenga virtualidad suficiente a los fines de que pueda estimarse la demanda de contradicción, *es necesario que haya sido previamente declarada en un procedimiento ordinario*, pues el proceso del artículo 41 es ejecutivo y no declarativo, teniéndose, por esta razón, que desestimarse toda petición que sea impropia del repetido proceso, en el que sólo pueden adoptarse medidas *precautorias o de seguridad* o cualesquiera otras que fueren procedentes o necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito.”

Es decir, que, según, la tesis de la sentencia, en estos procedimientos no se pueden hacer declaraciones de derechos, sino ejecutar los que se hayan publicado por la inscripción.

A la doctrina de ese considerando nosotros sólo tenemos que añadir que todo el mal procede de haber incluido en esa causa segunda la prescripción, que no puede acogerse en un proceso que ni rectifica el Registro ni sus decisiones producen excepción de cosa juzgada.

Por eso los compañeros Registradores miembros de la Comisión de Reforma lucharon por eliminar de tal proceso esa causa de oposición. Previeron, sin duda, los graves inconvenientes que su inclusión tenía que acarrear a la técnica registral.

Y ya que hemos reseñado la doctrina de esa sentencia de la Audiencia de Pamplona, vamos a reseñar las tesis de algunas otras que conocemos. Se ha llegado en ellas a conclusiones interesantes, muchas de las cuales no compartimos.

Interesante en extremo es la sentencia de 25 de marzo del pasado año dictada por el Juzgado número 6 de los de Primera Instancia de Madrid.

Contiene su primer considerando un canto brillante y brioso al principio de legitimación, que no resistimos la tentación de transcribir.

Dice así: “Considerando que entre las directrices inspiradoras de

la reforma hipotecaria emprendida por la Ley de 30 de diciembre de 1944 y ultimada en la de 8 de febrero de 1946, sobresale el propósito de acentuar el predicamento material y procesal de la inscripción, y de conferir al principio de legitimación el rango sugerido por aleccionadoras conclusiones de la teoría y de la experiencia, de cuyo designio ha sido eco el artículo 41 de la novísima ordenación, que entroniza en el sistema patrio un procedimiento de ágil y sencilla traza, enderezado a neutralizar los eventos de perturbación y despojo en situaciones inmobiliarias inscritas, imputables a titulares de derechos ausentes de la institución registral."

Interesante también, aunque algo farragosa y desordenada, es la sentencia de 19 de junio de 1947. En ella se establecen varias atrevidas conclusiones, algunas de las cuales habíamos rebatido ya en un artículo publicado en el número de abril de 1947 de la *Revista General de Derecho*, de Valencia, bajo el título "Un aspecto de la exégesis del artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria".

Son éstas:

a) La posesión sin título, en concepto de dueño y por más de un año, pero sin la duración precisa para usucapir el dominio, no es oponible en el procedimiento del artículo 41.

El que la ostenta no es otra cosa que un precarista, contra el cual el que tiene el dominio inscrito puede utilizar, para desalojarle, tanto el procedimiento de los desahucios en precario como este proceso de reivindicación ejecutiva, que instaura este citado artículo.

b) Este procedimiento, cuya naturaleza ha sido tan discutida por la doctrina, es semejante en tramitación, efectos y causas de oposición al procedimiento ejecutivo impropio, que desarrolla nuestra Ley de Enjuiciamiento.

c) Para que se pueda abrir este procedimiento, es necesario que se acredite, por certificación del Registro, que se halla inscrito en el Registro de la Propiedad, sin contradicción, el dominio del instante; y

d) La circunstancia de haberse hecho constar en el Registro la formulación de una demanda opuesta al derecho inscrito, tal vez "hubiera podido obstar a la tramitación del proceso del artículo 41".

De estas cuatro conclusiones, nos parecen irrefutables las dos primeras e insostenibles las dos últimas.

Cierto que la posesión sin título, aunque dure más de un año, no es operante en este procedimiento, no obstante serlo en cuanto a la

defensa interdictal. Así lo ha establecido también el Supremo en la interesante sentencia de 13 de junio de 1946, que en el cuarto de sus considerandos se expresa en estos términos: "Ni las presunciones del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ni la fuerza probatoria otorgada por el artículo 1.218 del Código civil a los documentos, pueden ser destruidas por una posesión meramente natural, no fundada en *título*"... Ciertamente que este procedimiento tiene una naturaleza similar al impuro procedimiento ejecutivo desarrollado en los artículos 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, con sus dos períodos ejecutivo, primero, y de cognición, después, cuando surge la oposición.

Pero ya no es tan cierto que baste una certificación cualquiera del Registro para que se abra el procedimiento. No; la certificación del Registro, según el artículo 41 de la Ley, y más aún según el artículo 137 del Reglamento, lo que ha de acreditar es la *vigencia*, sin contradicción del asiento en cuya virtud se actúa. Del artículo 41 son estas palabras tan expresivas: "siempre que por certificación del Registro se acredite la *vigencia*, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente". Y más contundente aún, el artículo 137 del Reglamento previene: con el escrito inicial se presentará certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite *expresamente la vigencia*, sin contradicción alguna, del asiento que faculta al titular para incoar el procedimiento.

De estas disposiciones deducimos nosotros estas dos conclusiones: 1.^a La sola contradicción que enerva el procedimiento es la que hace relación de *vigencia*; y 2.^a Si esa vigencia está o no contradicha, lo ha de decir el Registrador, y lo ha de decir *expresamente* (1).

Y como consecuencia de la fácil vulnerabilidad de esta tercera conclusión, bien se puede establecer la inadmisibilidad de la cuarta.

Si sólo lo que contradice la vigencia del asiento enerva el procedimiento, no puede producir este efecto la sola anotación de demanda que ni ataca ni roza dicha vigencia, y que tiene como específico y peculiar efecto el de dejar en suspenso la actuación de la fe pública (2).

También consideramos desacertada la tesis de otra sentencia de 6

(1) Véase nuestro artículo «Un aspecto de la exégesis del artículo 41», publicado en el número de abril de 1947 de la *Revista General de Derecho*, de Valencia.

(2) Ver con más extensión tratado ese problema en nuestro trabajo citado.

de agosto de 1947, dictada por el Juzgado de Oviedo. Se trataba de una venta sujeta al pacto comisorio expreso del artículo 1.504 del Código civil, en la que el vendedor, después de transcurrido el plazo del pago sin haberse éste realizado, requirió al comprador notarialmente de resolución, haciendo revivir su inscripción al amparo del artículo 59 del Reglamento, y con ella ya vigente, intentó conseguir la posesión al amparo del artículo 41. Surge en contra la demanda de contradicción, y el Juzgado rechaza la pretensión inicial del procedimiento, por mor del siguiente considerando: "Cualquiera que sea el alcance del artículo 41, no cabe utilizar el cauce procesal allí previsto, cuando la cuestión dominical, que legitima la acción, presupone la previa decisión de una serie de problemas que por su propia índole están al margen de éstos, porque en el fondo la verdadera cuestión es determinar si está o no resuelto el contrato de compraventa con pacto comisorio..., lo que presupone examinar y decidir si existe realmente el impago que pone en juego la referida condición resolutoria y, en su caso, si es eficaz el requerimiento de resolución."

La tesis de esta sentencia, a nuestro entender, inadmisibile, parece que vuelve por aquella tendencia que consideró este procedimiento como uno más de jurisdicción voluntaria, enervable en seguida que se planteaba, dentro del proceso, cualesquiera cuestión de carácter sustantivo. Pues bien, esa tendencia, que hizo fracasar el tal procedimiento en las anteriores reformas de la Ley, ha sido recusada expresamente por la nueva reforma, presidida por aquellas elocuentes palabras de la Exposición de Motivos, que nos dicen: "Si los asientos registrales se presumen exactos e íntegros, y al tercero a título oneroso sólo le afectan las cargas y condiciones que constan en el Registro, no puede darse a la inscripción *prima facie* un valor inferior al de la cosa juzgada. En el ejercicio de acciones reales dimanantes del derecho inscrito (el caso de autos), el principio de contradicción, básico en el orden procesal, no puede entrar en juego con tal premura o latitud que equivalga a poner en entredicho o tratar con injustificado recelo declaraciones oficialmente tamizadas, dignas de equipararse a los títulos ejecutivos y le otorgarles la confianza que inspiran. En eventos semejantes no es preciso formar la *convicción del Juez*"...

Es decir, que si se acreditó la vigencia de la inscripción por la correspondiente certificación del Registro, no hay más remedio que dar a esa inscripción el valor y fuerza de la cosa juzgada, sin que sea

preciso, en tales casos, que se forme la convicción del Juez. A éste se la da formada el pronunciamiento registral, que no tiene más remedio que acatar. Y no le es lícito argüir que el dominio que la inscripción proclama está en entredicho. Su campo de acción está limitado a decidir si se dan o no las causas de oposición reseñadas en el mismo artículo 41 de la Ley, pero no puede lavarse las manos, eludiendo la cuestión a pretexto de que hay que resolver arduas cuestiones, que a él ya le resolvió el Registro.

Por último, vamos a comentar otra resolución cuyo contenido ha llegado a nosotros. No recordamos ni el Juzgado ni la fecha, pero sí su doctrina.

Iniciado el procedimiento, no se formula oposición y éste termina por auto en el que se decreta el lanzamiento, pero para desalojar la finca se le da al demandado el plazo de dos meses que previene el apartado d) del artículo 161 para los desahucios de fincas urbanas.

Estimamos completamente desacertada esta resolución y recusable su doctrina. Si su tesis se impone, el procedimiento del artículo 41 habrá perdido toda su eficacia.

¿Dónde iríamos a parar si en este procedimiento ejecutivo hipotecario (1) se involucran las múltiples y complejas cuestiones sociales a que la da lugar la extinción de los arriendos urbanos!

Eso, aparte de que ese artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo mismo que todos los demás, sólo es aplicable a la extinción de situaciones arrendaticias, no a las demás; que en el caso de un desahucio se ejercita una acción personal y en el del artículo 41 una acción real derivada de un derecho inscrito; y que ni a la misma extinción de una situación de precario, aunque sea por la vía del desahucio, le son de aplicar esos plazos, exclusivos de la terminación de la situación arrendaticia.

En este sentido conocemos varias resoluciones que rechazan tales plazos y se atemperan a los señalados en el artículo 1.596 de la Ley de Enjuiciamiento, en casos de desahucio en precario.

7.º También nos alude Vallet de Goytisolo en otro interesante artículo publicado en el número 230-231 de esta REVISTA. También le vamos a contestar, aunque reconocemos que nuestra contestación se ha hecho innecesaria después de la contundente que le dió nuestro

(1) Así le llama otra Sentencia.

querido amigo y compañero Pedro Cabello en la conferencia que pronunció en Santander en la Semana Notarial organizada por el Colegio de Burgos.

Sostiene en aquel artículo Vallet, insistiendo en la tesis de Sanz, que las inscripciones de inmatriculación, hasta que transcurran los dos años, no dan derecho a utilizar el procedimiento de ejecución del artículo 41.

8.º El fundamento Aquiles de tal tesis le extrae de lo dispuesto en el artículo 207 de la vigente Ley Hipotecaria, que nos dice: "Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha."

Si el actuar al amparo del procedimiento del artículo 41 es producir un efecto tan sólo respecto de tercero, no hay duda que la conclusión se ajusta a la Ley. Ahora bien—decimos nosotros—, ¿es que la consecuencia procesal que entraña este procedimiento del artículo 41, derivada de la fuerza legitimadora de la inscripción, es un efecto respecto a tercero, contra tercero, o para tercero?...

¿No será más ajustado decir que la legitimación y todas sus consecuencias son y surten efecto *inter partes* y respecto de todos?

Dejemos hablar al fundador de los estudios hipotecarios, aquel llorado maestro que en el mundo se llamó D. Jerónimo González.

El nos dijo: "Los principios de *fe pública* y *legitimación*, son dos aspectos de la *publicidad registral*. Y así como según el primero la protección es intensa—presunción *iuris et de iure* de exactitud registral—y poco extensa—se refiere sólo a terceros—, la *legitimación*, en cambio, es menos intensa—presunción *iuris tantum* de exactitud registral—, pero más extensa—se refiere a todo titular *inscrito*—."

En una palabra, que aunque la fuerza legitimadora que *prima facie* defiende a todo derecho inscrito, es una presunción que admite prueba en contrario, se extiende a todas las inscripciones. Opera también entre las *partes*. Sólo la perderán aquellas inscripciones que hayan dejado de existir.

Por otra parte, si Vallet admite que las inscripciones de inmatriculación producen los efectos consignados en los artículos 17, 20, 38 y 82, ¿qué razón dialéctica ni legal le asiste para rechazar ese efecto contenido en el artículo 41 que con los otros se arroja bajo la firma de la *legitimación*?...

"Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus." Por lo demás, como dice Cabello, ese efecto legitimador procesal no es perjudicial para ese especial tercero que el artículo 207 quiere dejar a salvo de los efectos de las inscripciones de inmatriculación. No es perjudicial, sino beneficioso. Es la voz de alarma que le invita a defender su derecho. Es la provocación de la defensa. El aviso y jactancia, como nos ha dicho el propio Vallet de Goytisolo.

Nosotros no podemos olvidar la satisfacción que nos produjeron aquellas elocuentes y acertadísimas frases con que cerró aquel ciclo de conferencias el ilustre Director de Registros y del Notariado, D. Eduardo López Palop. Fueron como emanación natural de una inteligencia próspera, de una sólida y decantada cultura y de una larga y provechosa experiencia. Pues bien, López Palop nos decía: "Así como después de haber oído a Sanz ningún Notario tendrá dudas acerca de cómo debe redactarse un acta de notoriedad, nadie tampoco podrá dudar, después de haber oído a Cabello, de que a las inscripciones de inmatriculación les es aplicable el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, aun antes de los dos años de su vigencia. Con ello sólo beneficios se le producen a ese su tercero especial. El inmediato beneficio de darle ocasión de defensa, antes de que, de un modo semioculto, transcurran esos dos años que harían su situación desesperada, frente a un tercero hipotecario."

JOSÉ AZPIAZU RUIZ

Registrador de la Propiedad.

Las Instituciones de Derecho Hipotecario de Angel Sanz ⁽¹⁾

Una obra nueva, pero no un autor nuevo. En poco tiempo, el autor nos ha obsequiado con diversos artículos, dos libros y varias conferencias, a cada cual mejores, sin que deban olvidarse sus intervenciones en la redacción de disposiciones legislativas, donde ha dejado honda huella.

Todo sin darle importancia, con la difícil facilidad de exponer su pensamiento limpiamente, con precisión. Habla claro porque en su mente todas las ideas están claras, aun las equivocadas a juicio de tercero. Pero no es esto solo, sino que su extensa cultura y su maravillosa exposición inducen al discrepante a revisar ideas arraigadas y le llevan por el camino marcado por el autor, tan entretenido y fascinado, que muchas veces tiene que reaccionar enérgicamente para no caer en una absoluta conformidad.

Si esto sucede en los supuestos de error, fácil es señalar los efectos en las cuestiones en que pisa firme. Entonces, la fascinación es tan intensa, que en la soledad del despacho profesional se sorprende uno asintiendo con los ademanes adecuados, sin necesidad alguna por la falta de testigos. A mí por lo menos me sucede así. Claro que mi opinión es recusable, porque mi admiración ante la personalidad científica de Angel Sanz no tiene límite y son entrañables mi amistad y afecto, nacidas por la convivencia, durante algún tiempo casi diaria, en Comisiones y reuniones. Sin embargo, en esta ocasión procuraré ser imparcial y mostraré la cara seria, el ceño fruncido y demás equipo propio para la caza de errores o defectos, sin omitir mi complacencia ante lo demás, que da la casualidad que es toda la obra considerada en su conjunto. Angel Sanz no se merece unas frases laudatorias frías, ni tam-

(1) Tomo I. Angel Sanz Fernández, Notario de Madrid. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1946.

poco una incondicional adhesión a sus teorías; le gusta el combate y que le contradigan, y se desazona cuando sin discutir le dan toda la razón. Además, un vulgar elogio es poca cosa para sus merecimientos.

Esta obra contribuye a la sistematización perfecta del contenido del Derecho Inmobiliario y es una brillante aportación científica, aunque limitada a contestar las preguntas del último programa de las oposiciones a Notarías determinadas.

No deja de ser curioso que Sanz, con espléndida formación civilista, haya derivado en sus aficiones hasta convertirse en un especialista de Derecho Hipotecario, de buena fe y perfecta técnica. Sus originales opiniones, en ciertos casos, se deben a la influencia de sus profundos estudios de Derecho civil, a la que no puede sustraerse. Por tener esta postura, polariza la atención de los cultivadores del Derecho Hipotecario y recibe directamente sus ataques.

La posición de Sanz de civilista convencido, le lleva a sostener que el Derecho Inmobiliario no es una rama independiente del Derecho y que ni siquiera puede estimársele como una de las partes en que se divide el Derecho civil (1). La supremacía de este último Derecho ha de sostenerse a ultranza, y en caso de discrepancia entre ambos Derechos, debe prevalecer el Derecho civil, representado por nuestro viejo Código, cuyas bases fundamentales tienen que respetarse, y en especial, como eje del sistema, la también caduca teoría del título y el modo, entendida, a mi parecer, según la dejaron los glosadores y postglosadores. Esto no quiere decir, según ha afirmado algún escritor en las páginas de esta Revista, que el Código civil sea inderogable, pues, por el contrario, Sanz reconoce que la Ley Hipotecaria, como posterior, puede derogarle.

Una vez determinada la orientación, no es difícil considerar que se centren en el título el origen y causa de muchos efectos propiamente hipotecarios, puesto que son extraños a los normales del puro Derecho

(1) El Derecho Inmobiliario constituye una parte o aspecto del Derecho civil que goza de la autonomía correspondiente a un cuerpo de normas que se destacan de los propios del Derecho civil puro, aunque no por ello pase a ser una disciplina jurídica independiente o con plena sustantividad (Roca Sastre: *Instituciones. Registros*, págs. 13 y 14). El matiz diferenciador es interesante y, a través de toda su obra, Sanz le hace resaltar. Por lo demás, tiene poca importancia el planteamiento de este asunto, siempre que se respeten los límites de aplicación de las normas civiles y de las normas hipotecarias y se evite la intrusión en campo impropio. Para las fincas no inscritas rige íntegramente el Derecho civil y para las fincas inscritas tiene primacía el Derecho Hipotecario, y las normas civiles sólo son aplicables en cuanto no haya precepto especial en la Ley Hipotecaria.

civil. Al decir título, decimos documento creador del Derecho real, o sea, título con tradición; estos requisitos son inseparables, en absoluta sumisión al artículo 609 del Código civil, como norma rígida, sin elasticidad y sin posible interpretación evolutiva. Ciertamente que, a juicio del señor Sanz, el Registrador no tiene por qué entrar en el examen de si existe o no la tradición, salvo si consta del documento su inexistencia, pues entonces es claro que falta el título exigido por la Ley Hipotecaria en su artículo 2.º

Esta fervorosa devoción por el título se refleja en toda la obra, con mengua de la claridad de algunos conceptos que se perfilan mejor olvidando al título cuando se trata de ciertos efectos de la inscripción.

Pero donde culmina la teoría civilista, pura, sin mezcla de mal alguno hipotecario, es al tratarse de la prescripción adquisitiva y extintiva en relación con el Registro de la Propiedad. Todas las cuestiones se resuelven conforme a las normas ordinarias civiles, aunque la solución contraria haya sido normalmente defendida por la doctrina hipotecaria española; tuvo mayoría de defensores en la Comisión redactora del Proyecto de Ley Hipotecaria y se apoya en la simple lectura del artículo 36 de la vigente Ley y en los propósitos expuestos brillantemente en la Exposición de motivos de la Ley de 1944.

Por lo intrincado del problema y las consecuencias que la jurisprudencia ha de obtener de la interpretación de los preceptos correspondientes, creo que nada mejor que recomendar a todos los lectores de la obra la conveniencia o, mejor dicho, la necesidad de compulsar las teorías que se exponen tan brillantemente con las deducciones puestas de manifiesto por otros comentaristas. Parece con esto que pretendo menospreciar las teorías del autor. Nada más lejos de mi ánimo, y, por el contrario, no hago más que insistir en el consejo que Angel Sanz, notablemente, con entera buena fe, da a sus lectores en la página 535, nota. No cabe postura más elegante en un autor.

A mi juicio, uno de los mayores aciertos de la reforma hipotecaria es que ha conseguido fijar y aclarar, aunque aún haya alguna oscuridad, el concepto de la legitimación registral y de la fe pública registral. Maravillosamente desarrolla Sanz la teoría en los temas VIII y siguientes, con tal claridad y concreción, que es susceptible de ser comprendida por un profano y acredita una cultura poco común en su autor. Nada significa la discrepancia que pueda haber con algunas conclusiones, para que estas lecciones sean un modelo de exposición y concreción. Lo mis-

mo sucede con el estudio del tercero o el requisito de la buena fe o con los precedentes históricos de la Institución registral, españoles y extranjeros, que son resúmenes valiosos de difícil superación. Claro que aún en ellos el autor imprime su sello original y su interpretación personal, razonada, y deja la pincelada propia de quien, enamorado de la función notarial, quiere enaltecerla, muy justificadamente, cual sucede al tratar del sistema hipotecario francés, que califica de "la organización más rudimentaria de la publicidad... de evidentes imperfecciones técnicas", pero que aun así, el sistema cumple su misión de asegurar el tráfico inmobiliario "gracias a los Notarios, sobre los que descansa todo el sistema" (1). Nota simpática que significa todo un mundo de afecciones y desvelos.

No puede negarse a Angel Sanz el mérito indiscutible de exponer nitidamente en sus diversas obras, y especialmente en ésta, por su mayor extensión, tanto el propósito y alcance de la reciente reforma hipotecaria, como el pensamiento y teorías que sometió a la consideración de las Comisiones de que formó parte. Del estudio de su obra se deduce que en ocasiones sus teorías no están acordes con ciertos párrafos de la Exposición de motivos de la Ley, ni con los mismos preceptos de ésta, ni con las opiniones expuestas por otros juristas pertenecientes también a las mismas Comisiones. El mismo autor ve dificultades en acoplar el texto legal a la opinión que sustenta, en problemas de trascendencia, lo que parece indicar que la línea recta se ha quebrado, aun cuando con sin igual maestría defiende su posición e intenta apartar cuantos obstáculos surgen, bien doctrinales, bien gramaticales o simplemente legales, que están incrustados en la Ley y en el mismo Código civil.

Basta lo expuesto para comprender que la obra de Sanz no es un libro vulgar y no es difícil predecir que promoverá enconados comentarios. Mejor dicho, los ha promovido ya. Su originalidad es evidente.

(1) Esta frase, recogida por Sanz de Giménez Arnáu («La reforma del sistema inmobiliario francés», *REVISTA CRÍTICA*, 1941, pág. 324), que a su vez parece referirla a Gide y Planiol, revela un hecho indiscutible que acredita al Notariado francés, hecho que no se ocultó a la perspicacia de nuestro Luzuriaga al decir: «Este sistema (el francés) es incompleto, como se ve, y su eficacia depende en gran parte de la buena organización del Notariado» (García Goyena: *Concordancias*, t. IV, pág. 187). Pero tanto Sanz como los autores citados condenan técnicamente el sistema sin vacilaciones, después de estudiarle y exponerle. En esto se separan de los autores franceses que se refieren al sistema español desconociendo sus principios, sus bases y sus normas; sólo así se explica la afirmación de que el sistema de transcripción «ha sido adoptado en España» (Planiol-Ripert: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, t. III, pág. 550. La Habana, 1946).

y la influencia que ejereza sobre un determinado sector de nuestra juventud estudiosa es una incógnita que habrá de calibrar en su día. Para algunos, el situarse o el pretender situarse en el punto de partida de una época jurídica, lo que se ha llamado volver al camino iniciado en 1861, bien puede ser una regresión y no una progresión. Aun suponiendo que el camino que se indica fuera señalado en 1861, cuestión que no está muy clara y que admite opiniones para todo los gustos, habrá que distinguir entre dos posiciones con miras al futuro: una, la pretensión de anquilosar el Derecho hipotecario cuando éste se ha formado, se ha explicado, se ha concretado y se ha sistematizado, lo que me parece tarea de improbable éxito, porque aún no se han derivado todas las consecuencias posibles. Esta posición no es ni puede ser la de Angel Sanz, aun cuando algunos pasajes de su obra y alguna orientación que sostiene reiteradamente pueden inducir a pensar así. Otra, la posición de procurar una evolución justa en nuestro sistema hipotecario, evitando reformas como la de 1869, limitativa del alcance de la fe pública registral y que efectivamente perturbó el sistema instaurado en 1861; rechazando otras reformas inspiradas en normas de Derecho comparado difícilmente aplicables en nuestra Patria, con olvido del Derecho nacional, pero sin condenar por eso toda progresión científica, venga de donde viniere, y, por el contrario, reajustando normas bien orientadas e inspiradas en otros sistemas hipotecarios, dignas de ser admitidas en el nuestro, como ha sucedido con la legitimación registral, atisbada en 1861, recogida en 1909 con evidente confusión técnica y configurada plenamente en 1944. Es decir, adoptar un punto de vista nacional, pero sin negar la evolución. Esta creo es la posición de Sanz y lo que él llama volver al camino iniciado en 1861. Problema distinto es la determinación de lo que se entiende por *nacional*, de lo que se estima debe reformarse y de lo que se acepte como reformado actualmente.

He de acabar de algún modo esta nota bibliográfica, con verdadero pesar de no ser posible reflejar en ella la valía del libro, que sólo se puede estimar y comprender poseyéndole y meditándole. Indudablemente que es y será combatido, pero vencidas o victoriosas sus teorías, que eso el tiempo lo dirá, en ningún caso podrá ser ignorado.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EL PACTO POR EL QUE SE FACULTA A UNA SEÑORA, DUEÑA DEL PREDIO DOMINANTE, PARA ABRIR EN LA PARED QUE SEPARA SU PARCELA DE UN PASAJE O CORREDOR "HUECOS, VENTANAS, BALCONES Y, EN UNA PALABRA, ESTABLECER TODA CLASE DE SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS DE LA FORMA Y DIMENSIONES QUE ESTIME PROCEDENTES", SE HALLA AMPARADO POR EL ARTÍCULO 594 DEL CÓDIGO CIVIL Y PUEDE HACERSE CONSTAR EN EL REGISTRO.

AL SER AUTORIZADA LA MISMA SEÑORA PARA CUBRIR EL PASAJE O PASILLO ANTES MENCIONADO, DESDE LA ALTURA DEL PRIMER PISO, EN UNA LONGITUD DE 18 METROS, Y EDIFICAR SOBRE LA CUBIERTA UNO O MÁS PISOS, QUE SERÍAN DE SU EXCLUSIVA PROPIEDAD, ¿SE PROPUSIERON LAS PARTES CREAR UN VERDADERO DERECHO DE SUPERFICIE, O MÁS BIEN SE LIMITARON A CONSTITUIR UNOS "DETERMINADOS DERECHOS"?

Resolución de 27 de octubre de 1947. "B. O." de 14 de enero de 1948.

En escritura que autorizó el Notario de Sitges D. Salvador Monzó, unos cónyuges, dueños de dos parcelas de terreno, establecieron en beneficio de una finca de otra señora compareciente servidumbres de luces y vistas, y concedieron, además, ciertos derechos a la titular del predio dominante, conforme a los pactos del precedente enunciado.

Presentada dicha escritura en el Registro de Villanueva y Geltrú fué suspendida.

1.º En cuanto a las servidumbres de luces y vistas constituí-

das en su apartado tercero, por observarse el defecto subsanable de no determinarse la extensión y condiciones de las mismas, conforme al párrafo segundo del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, y párrafo noveno del artículo 61 de su Reglamento. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse.

2.º En cuanto a unos "determinados derechos" establecidos a favor de doña M. N. C. R. en el apartado cuarto del mentado documento, no admitida su inscripción por observarse los defectos siguientes:

A) No determinarse la naturaleza, extensión y condiciones de los mismos, conforme a los preceptos anteriormente citados.

B) Porque pretendiéndose, al parecer, establecer un derecho de superficie, no se cumple lo dispuesto en el artículo 1.620 del Código civil, en relación con el 1.655 y 1.611 del mismo Cuerpo legal; y

C) No cumplirse lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario.

Estos defectos son subsanables, a excepción del señalado con la letra B, que se reputa de insubsanable, por lo que no se toma anotación de suspensión, sin que tampoco se hubiere solicitado".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura, interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, fundado en los artículos 121, número 2.º, 122 y 134 del Reglamento Hipotecario, y en los demás preceptos legales que se citan a continuación, por entender, en cuanto al extremo 1.º de la nota, que el principio de especialidad, que determinan los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 61 del Reglamento para su aplicación, está debidamente cumplido en la escritura, cuyos pactos expresan con absoluta claridad la extensión y condiciones de los derechos de los otorgantes, que fueron estipulados con arreglo al principio de libertad de contratación que es tradicional en nuestro país, y a los artículos 594 y 1.255 del Código civil; que, en cuanto al segundo extremo, no son admisibles las afirmaciones contenidas en el mismo, ya que, en su apartado a) se sostiene que no se ha fijado la naturaleza jurídica de esos "determinados derechos", que se pactan en la escritura, sin tener en cuenta que nuestra legislación, que no responde al sistema del "numerus clausus", no exige ni podría exigir tal requisito, como lo prueban los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria; 61, número 8, de su Reglamento, y 605 del Código civil; que en su apartado b) se

pretende una absoluta equiparación entre el derecho de superficie y el censo enfiteútico, para sostener la opinión de que está limitada legalmente la esfera de acción de los contratantes, lo cual no puede aceptarse de ninguna manera, pues no se deduce de la doctrina ni de los artículos 1.611, 1.629 y 1.655 del Código civil que cita el Registrador, ni tampoco de los artículos 358 y 359 del mismo Cuerpo legal, que regulan un caso de accesión, y responden al criterio de que lo accesorio sigue a lo principal, ni mucho menos de los números 1.º y 5.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria antes de su reciente modificación, ya que, según nuestra moderna técnica inmobiliaria, se referían a un supuesto jurídico distinto del derecho de superficie; y, por último, que, en su apartado c) se hace mención de preceptos legales, que, como los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario, no deben ser objeto de especial examen, por haber sido citados seguramente por error, dada su falta de relación con el supuesto objeto de este recurso;

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó en defensa de su nota que para poder ser inscrita una servidumbre de luces o vistas deben especificarse, con datos precisos y matemáticos, su extensión y naturaleza, indicándose, por tanto, si se trata de una ventana, balcón u otro voladizo cualquiera, así como su situación, altura, dimensiones y cuantos datos contribuyan a individualizarla de modo permanente, pues así lo exige la especial naturaleza de la inscripción de servidumbre, que determinó con exactitud la Resolución de 9 de octubre de 1928; que la finalidad principal del ordenamiento jurídico inmobiliario es dar firmeza al crédito territorial, pues lo contrario sería tanto como eliminar de la vida contractual el predio sirviente, al no conocerse la verdadera extensión de los gravámenes existentes sobre el mismo, y sin que pueda alegarse que nuestro derecho está fundado en el sistema de "numerus apertus", pues éste, como declaró la Resolución de 11 de abril de 1930, no permite la constitución de cualquier relación jurídica sobre fincas con el carácter y los efectos de un derecho real, ni supone que la voluntad puede crear situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impidan la amortización de la propiedad inmueble, ni autoriza la formación de tipos contradictorios de servidumbre; que en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las distintas opiniones doctrinales, debe considerarse la enfiteusis como figura similar del derecho de superficie, el cual debe ser construido, dadas sus escasas normas le-

gales, de una manera semejante a aquélla y con arreglo a los preceptos que la rigen, según ha reconocido el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 4 de julio de 1928 y 7 de julio de 1941, así como tradicionalmente la opinión científica española, por lo que debe considerarse requisito "ad solemnitatem" para la constitución del derecho de superficie que ésta conste en escritura pública y que en ella se consignent, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse, pues así lo exige el artículo 1.629 del Código civil, que debe estimarse aplicable al caso, dada la remisión que hace el artículo 1.655 del mismo Cuerpo legal, confirmada por la Sentencia de 3 de febrero de 1896, y que los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario no fueron citados por error, sino que son perfectamente aplicables al caso objeto del recurso, puesto que suponen la realización de una de las fases del principio de especialidad; que, conforme a la doctrina contenida en la Resolución de 27 de enero de 1928, y teniendo en cuenta además que las fincas inscritas no pueden ser objeto más que de un solo dominio y que los gravámenes sobre ellas deben extenderse a toda la integridad de las mismas, cabe afirmar de una manera general que siempre que un derecho real deba limitarse a una parte de un inmueble, sin trascender al resto, es preciso segregar la parcela afectada, debiendo denegarse la inscripción en el supuesto de que tal segregación sea hipotecariamente imposible;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto estimando el recurso gubernativo interpuesto por el Notario y declarando que la escritura está extendida con todos los requisitos de fondo y forma que exigen las disposiciones legales, fundando su fallo en razones alegadas por el recurrente, y, además, que no puede admitirse el criterio sostenido en el informe del Registrador, referente a que al constituirse una servidumbre que sólo afecta a una parte de una finca deba hacerse la correspondiente segregación en el Registro de la Propiedad.

Vistos los artículos 530, 543, 545, 594, 1.611 y 1.655 del Código civil; 9, 13 y 107 de la Ley Hipotecaria, 61 del Reglamento para su aplicación y las Resoluciones de este Centro de 27 de enero y 9 de octubre de 1928, 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934 y 21 de diciembre de 1943;

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto apelado que estimó hallarse extendida la escritura con arreglo a las disposiciones legales, declara que dicha escritura ado-

lece del segundo de los defectos señalados por el Registrador, en méritos de la inteligente y brillante doctrina siguiente:

Que nuestro Código civil, al regular en el artículo 530 la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro de distinto dueño, pone de relieve su carácter "de iura in re aliena", que por coexistir con el derecho de propiedad, ha de tener un contenido limitado que disminuya el disfrute y valor del predio sirviente sin agotar ni poner en peligro la subsistencia misma del derecho gravado;

Que el gravamen constitutivo de la servidumbre corresponde a una ventaja y beneficio objetivos que se atribuyen al titular de la finca en cuyo favor se establece, como una de tantas cualidades de la misma que faculta para aprovechar en ciertos aspectos o relaciones los predios que pertenecen a otras personas, por lo cual se impone una conveniente delimitación de los derechos y obligaciones que formen el contenido de la servidumbre, ya que de lo contrario podrían surgir múltiples discusiones y litigios que el Código civil ha procurado evitar en los artículos 543 y 545, al disponer que el dueño del predio dominante usará y conservará la servidumbre sin hacerla más gravosa y el del sirviente no podrá menoscabar su uso;

Que en la escritura pública autorizada en Sitges por el Notario don Salvador Monzó se faculta a la dueña del predio dominante para abrir en la pared que separa su parcela del pasaje o corredor "huecos, ventanas, balcones y, en una palabra, establecer toda clase de servidumbres de luces y vistas de la forma y dimensiones que estime procedentes", pacto que, aparte de ciertas imperfecciones de índole formal, pone de relieve una amplia limitación consentida por los propietarios de los predios sirvientes y que se halla amparada por el criterio de libertad, sancionado por el artículo 594 de nuestro Código civil, en armonía con la nota de elasticidad que la doctrina atribuye al derecho real de servidumbre, y que no impide que se pueda hacer constar en los libros del Registro de la Propiedad la extensión del derecho en la forma requerida por el número 2.º del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, configurado dentro de unos límites máximos que corresponden a la especial figura jurídica creada en el documento calificado;

En cuanto al segundo extremo de la nota, que los cónyuges B. y J., en el apartado 4.º de la escritura autorizaron asimismo a la señora O. para cubrir el pasaje o pasillo formado con las tres fajas de terreno, desde la altura del primer piso, en una longitud de 18 metros,

y edificar sobre la cubierta uno o más pisos, que serían de su exclusiva propiedad, lo que ha motivado la duda de si el propósito de las partes fué crear un verdadero derecho de superficie, o más bien se limita a constituir "unos determinados derechos";

Que el derecho de superficie ha sido utilizado por el legislador como instrumento de política social, apto, si no para conjurar, cuando menos para atenuar el problema de la habitación, se halla mencionado en nuestro Código civil, regulado sumariamente en el alemán y con especiales directrices en el suizo, en la Ley austríaca de 1912 y en la Ordenanza alemana de 1919, legislación esta última en la que se asignan, entre otras, las siguientes características: el derecho a tener una construcción en predio ajeno, reviste el carácter de finca en virtud de una ficción legal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad deberá practicarse no sólo en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes, posee aptitud para servir de base al crédito y ser objeto del tráfico y es transmisible *inter vivos* y *mortis causa* por lo que para algunos escritores viene a constituir una especie de propiedad que coexiste o se superpone a la de la tierra;

Que sin desconocer la utilidad que presentan para un mejor goce del derecho de propiedad las concesiones de servicios establecidas entre los propietarios de fincas colindantes, merced a un amplio juego de relaciones de vecindad, es lo cierto que la autorización concedida en la escritura objeto de este recurso a doña N. C. para cubrir una parte del pasaje y edificar sobre la cubierta, implica un derecho real que cualesquiera que sean las analogías que ofrezca con el derecho de superficie no consiente suscribir la hipótesis afirmada en la nota, puesto que si bien es indudable que el contenido de derechos y obligaciones que integran una relación jurídica y no el nombre que la hayan impuesto los particulares son los que han de servir de base para determinar su verdadera naturaleza, en este caso ha de tenerse presente el silencio de las partes acerca del alcance y efectos del Derecho constituido que no puede suplirse por faltar un régimen legal específico de la superficie en nuestro ordenamiento jurídico en el que se halla únicamente reconocida;

Que de igual manera ofrecería serios reparos reputar como válidamente constituido un derecho real de servidumbre que el mismo funcionario autorizante no se atreve más que a calificar genéricamente de derecho, aunque luego emplee la palabra servidumbre, en la cláusula

octava relativa al precio, pues es notorio que en la escritura no se consigna ninguno de los datos requeridos por el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria para la inscripción de servidumbres prediales y estimarla como personal, según el artículo 531 del Código civil e inscribible merced a la doctrina del “*numerus apertus*”, implicaría olvido de la orientación adoptada por la jurisprudencia de este Centro que tiene declarado que no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbre ni puede amparar oscuridades u omisiones como las que existen en la escritura de referencia.”

* * *

Si las definiciones en derecho son siempre peligrosas, también a veces son necesarias para saber a qué atenernos los que hemos de aplicar aquél.

Reconocida la superficie en nuestra legislación, ¿cómo y de qué forma habrá de configurarse para que tenga acceso al Registro?

Morell y Terry—el todavía insustituible, al menos para los Registradores, Morell y Terry—cita una Resolución de 29 de abril de 1871, según la cual cuando una persona es dueña del suelo y otra del edificio en él construido, o del arbolado, o la siembra, etc., cada uno de los dueños puede inscribir y transmitir su respectivo derecho con independencia, aunque la finca en su conjunto figure como un solo número.

“En las inscripciones — añade: *Comentarios*, tomo I, pág. 187— se hará constar la limitación que llevan consigo uno y otro derecho, o sea, el hecho, cuando se transmite el suelo, de pertenecer el vuelo a otra persona, o viceversa, y con qué condiciones.”

Acaso sea esto reducir el problema a su forma más simplista, pero es que, en fin de cuentas, el derecho vive de realidades.

Pensemos por un momento que el Notario autorizante de la escritura origen del recurso en vez de emplear la palabra *servidumbre* (en esa cláusula 8.ª que menciona el último Considerando) hubiera utilizado la de *superficie*, seguramente con más rigor y técnica.

¿Cómo se hubiera pronunciado el Centro Directivo?

La opinión científica española venía configurando la *superficie* como similar a la enfiteusis, y el mismo Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de julio de 1928, parece reconocer tal asimilación.

Sin embargo, como expresa el culto catedrático señor Bonet Román—*Revista de Derecho Privado*, pág. 567, año 1941, comentarios a la Sentencia de 3 de julio de igual año—, no puede llegarse a tal resultado de forma concluyente.

Principiando porque la división dominical de la enfiteusis más bien es una división teórica que real, la prestación del canon por el superficiario es uno de los derechos más discutidos del de superficie.

No ya en Derecho romano en que, según Ulpiano, los juriconsultos de la época clásica consideraban al contrato constitutivo como un arriendo o una compraventa, según la forma de prestación del *solarium*, sino en nuestra Patria, conforme indica Antonio Gómez, no es esencial el pago de una pensión anual por parte del superficiario (páginas 36 y 78, *Derecho real de Superficie*. Jerónimo González).

Sánchez Román reconoce que si bien el canon es la forma más frecuente del derecho de superficie, no es necesario. Igual dice la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil alemán, como la Ley austríaca de 26 de abril de 1912. Y la famosa Ordenanza alemana de 15 de enero de 1919 afirma que la contraprestación del superficiario puede ser única. Si son varias o periódicas, tenemos un canon censual, que se considera como una *carga real* de la superficie, quedando desechados los pactos de condición resolutoria o revocación, caso de impago. (Jerónimo González, ob. c., págs. 81, 110, 136 y 147.)

En diversas regiones españolas viene constituyéndose así. Como caso típico podemos citar el llamado *Derecho de Apostar* existente en el distrito hipotecario de Hervás (Cáceres).

“Por diferentes causas que no son del caso examinar—escribe el ilustre Registrador don Valeriano de Tena, a quien debemos estas notas sobre tan curioso derecho—, sucedió en algún tiempo que los dueños de fincas extensas con arbolado *enajenaban el vuelo*, los árboles que existían en el inmueble, reservándose el suelo del mismo. Unas veces se expresaba el número de árboles existentes en la finca y a ellos se limitaba la enajenación; otras veces se transfería la propiedad de todos los árboles y arbustos que existieran en el terreno a que se refería el contrato; en algunas ocasiones eran objeto de la transmisión, no sólo cuantos árboles y arbustos hubiera en la finca, sino que, además, se transmitía lo que en los documentos se denominaba “derecho de apostar”.

Como por *apostar* se conoce en la región la operación agrícola

consistente en limpiar o extinguir la maleza que haya en un monte para que guiadas las plantas que se trata de favorecer puedan en su día ser árboles susceptibles de fendimiento, el expresado derecho consistirá en la facultad concedida al dueño del arbolado existente en un predio ajeno para efectuar las operaciones necesarias al fomento y repoblación de ese mismo arbolado con el fin de que no se extinga la *cosa objeto del dominio*.

Según nuestro admirado compañero, si bien se trata de un derecho de naturaleza real, pues recae sobre cosa cierta sin consideración a persona alguna y cuenta para su efectividad acciones exigibles por razón de la cosa misma, independientemente de la persona contra la cual se ejercite (persecución y preferencia, a más de falta de intermediario, decimos nosotros), es un derecho accesorio de otro, o sea, del dominio del arbolado.

Pero acaso—en nuestro entender—sea un complementario del derecho de superficie en toda su pureza, evitando su temporalidad y con ello su posible asimilación al arrendamiento.

Sea de esto lo que quiera, el texto refundido de la Ley Hipotecaria, al suprimir la parte final del párrafo 5.º del artículo 107, da una mayor sustantividad a los derechos que enumera, que, en consecuencia, nada tienen que ver con otros, como el censo enfiteútico, al que podrían asimilarle. Asimismo al hacerse omisión en dicho artículo del párrafo 1.º, según su redacción en la Ley de 1909, que dejó intacto la de reforma (o sea la permisión de la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno), al par que elimina el problema a que aludía nuestro insigne don Jerónimo González—pág. 82, ob. c.—, de si se trataba o no de un supuesto distinto del derecho de superficie del citado número 5.º del repetido artículo 107, perfila la técnica y confirma la individualidad—sin parecidos o semejanzas—de tal derecho.

Estimamos, por tanto, que pese a la falta de un régimen específico del repetido derecho—como indica el penúltimo Considerando de la comentada Resolución—, siempre que éste se construya o configure con los requisitos de naturaleza, extensión, etc., que para todo derecho real exige el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, debe tener entrada en el Registro.

Como expresa el citado señor Bonet Ramón en su aludido comentario, todos los modos de constitución de la propiedad inmueble le son aplicables, puesto que él mismo es un derecho de propiedad sobre in-

muebles, pudiendo resultar de una venta, de una permuta, de una donación, de un legado, de una división, de una transacción y aun de la prescripción.

Lo dudoso es si puede nacer también de un arrendamiento.

Posible ello en el antiguo Derecho civil romano cuando el de superficie era un simple derecho personal, al modificarse por el Pretor la teoría y convertirse la superficie en un verdadero derecho de propiedad, este cambio de su naturaleza llevaría como inevitable hacer imposible el modo de su antiguo establecimiento, al no serle susceptible de aplicación las reglas del arrendamiento. Capaz éste de procurar al superficiario simples derechos personales, debía ser necesariamente impotente para concederle las ventajas y prerrogativas de la propiedad, pero cuyo nombre quedó, sin embargo, al contrato que establecía el derecho de superficie mediante un *solarium*.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1947.—*Presunciones judiciales.*

Por la especial naturaleza de las presunciones judiciales, basta para su admisión (art. 1.249) que las partes afirmen el hecho de que han de deducirse y que esté completamente acreditado, como es racional, por cualquiera de los demás medios admitidos por el artículo 1.215 del Código civil, sin que sea precisa otra iniciativa ni distinta articulación procesal que no regula la ley, por tratarse de un procedimiento lógico deductivo que no exige formalización externa alguna y al que el juzgador debe acudir, dado su carácter secundario, siempre que el hecho incierto debatido no tenga demostración eficaz por medios de prueba directos.

Esto sentado, es obvio que, como en el caso de autos se afirmó por el recurrido, en apoyo de su excepción, que el recurrente tuvo noticia con más de un año de antelación a la fecha de la demanda del acto generador del resarcimiento, sin que sobre extremo tan esencial existieran en el pleito pruebas directas, al acudir la Sala de instancia a la de presunciones para averiguar la realidad del hecho dudoso discutido, es llano que, lejos de incidir en infracción, los aplicó acertadamente. Para la eficacia probatoria de las presunciones, conforme establece el artículo 1.253 del Código civil, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, el cual es de libre apreciación del Tribunal sentenciador, salvo los casos excepcionales en que se impugne la existencia y realidad del primer hecho o que, como enseña la doctrina de esta Sala, se otorgue y demuestre que la deducción establecida es ilógica y abiertamente contraria a las reglas indicadas.

SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1947.—*Condición.*

No incurre la sentencia recurrida en error de hecho, que se pretende en el recurso, porque la escritura de compraventa, al decir en su estipulación que el terreno se vende para la construcción de una Escuela Elemental de Trabajo, no establece una condición obligatoria en la adquisición, ya que no lo dice expresamente ni puede deducirse solamente de que se mencione ese destino, pues era necesario que lo expresara en el presente caso

para relacionarlo, no con la voluntad del vendedor, sino con la autorización concedida por la Dirección General de Trabajo, como se hace en la misma estipulación; y aun en el supuesto que lo hace el recurrente, no se trataría de estimar una prueba, sino de interpretar un contrato, lo cual no es factible al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No apreciándose tal condición, es evidente que no se han cometido infracciones legales por inaplicación a una situación jurídica que no existe de los artículos 1.089 y 1.124 del Código civil, ni interpretación errónea del párrafo segundo del artículo 1.462 del mismo Código en una situación que no se da en el caso actual.

SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1947.—Naturaleza rústica o urbana de un inmueble.

Si bien es cierto que en la escritura pública de 27 de abril de 1943, por virtud de la cual D. José Pinto de la Rosa vendió al demandado la finca objeto de retracto, se describe dicha finca como un trozo de terreno de figura sensiblemente rectangular y se hace constar que en el ángulo suroeste de aquélla existe como accesorio una casa, la calificación que puedan dar las partes contratantes a una finca no es bastante para definir su verdadera naturaleza, para resolver sobre la cual es necesario acudir a otros elementos, y por eso la Sala sentenciadora, al considerar como urbana la finca en cuestión, no obstante las manifestaciones de las partes en la escritura, que la describen y la consideran como rústica, no infringe el artículo 1.521 del Código civil, que define el retracto legal como el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, porque dicha calificación no es una condición del contrato libremente establecido por las partes, que la Sala niega o desconozca, sino algo que hay que determinar con independencia de las declaraciones hechas por aquéllas.

Aunque la calificación del carácter rústico de la finca vendida o dada en pago haya de retrotraerse al momento de la generación del contrato traslativo del dominio, porque de otro modo quedaría a merced de los contratantes hacer ilusorio el derecho de retraer del colindante con variar el destino de la finca rústica, y así se proclama en la sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1928, que el recurrente cita como infringida, en el caso que dicha sentencia resolvió se trataba de una finca de indudable naturaleza rústica, en la que después de concertada su compra, pero antes de la consumación de la misma, se llevaron a efecto por el demandante trabajos que la hicieron variar de destino, convirtiéndola de explotación agrícola en industrial, con lo que se tendía a impedir la acción de retracto, burlando de este modo la finalidad perseguida por la Ley al establecerla; pero en el caso presente ni consta que la finca en cuestión fuera de evidente carácter rústico en el momento de celebrarse el contrato que ha motivado la acción de retracto, ni consta tampoco que después de concertada la compra haya realizado el demandado actos de ninguna clase que haya modificado la natura-

leza de dicha finca, por lo que la doctrina de la sentencia mencionada no ha podido ser infringida por la Sala procediendo, por lo expuesto en este considerando y en el anterior, la desestimación del primer motivo del recurso.

Aunque la finca objeto del retracto aparezca inscrita como rústica en el Registro de la Propiedad, debe de tenerse en cuenta que las inscripciones en el Registro se practican no sobre la base de documentos catastrales que fueran legalmente bastantes para definir por sí solos la naturaleza de las fincas que se trata de inscribir, sino en vista de las manifestaciones de las partes resultantes de las correspondientes escrituras, manifestaciones que como ya se ha dicho son insuficientes para determinar la naturaleza rústica o urbana de una finca sin que por lo mismo los libros del Registro puedan demostrar otra cosa que una finca está inscrita allí con determinado carácter, pero no que la inscripción refleje la naturaleza real y efectiva de la misma como tiene establecido esta Sala en sus sentencias de 12 de marzo de 1902 y primero de diciembre de 1927.

En la sentencia se hacen las declaraciones siguientes: a) que la finca que se trata de retraer no está enclavada en un núcleo urbano perfectamente definido, pero el aumento de población de Las Palmas y la imposibilidad de extender su urbanización a causa del terreno montañoso inmediato a una estrecha faja de la costa, han hecho que se extendiera tierra adentro a partir del pago donde está emplazada la finca y otros, y por ello muchísimos terrenos y fincas rústicas de recreo han sido transformados en casa habitación, usadas permanentemente durante todo el año y que en este caso y del resultado de la prueba practicada se encuentra la base de este litigio desde que la morada y una parte pequeña de terreno se segregó de otra mucho mayor, propiedad hoy de los actores. b) Que asimismo resulta del conjunto de la prueba practicada que el destino o aprovechamiento de la finca o al menos en su mayor parte o importancia es urbano como se desprende de la diligencia de inspección practicada para mejor proveer, acreditando así en citada diligencia, la falta de aperos de labranza, el que el edificio principal no es casa de labor, el hecho de que arrendada a las autoridades militares, sólo se utilice por éstas como almacén, y fué destinada anteriormente a vivienda por el arrendador y sí existen pequeños cultivos o barbechos en una faja de terreno que corre con el lindero de la finca de los actores, uno de éstos al absolver posiciones manifestó que esos cultivos se hicieron por los retrayentes que sin darse cuenta se habían introducido en la finca objeto del retracto. c) Que de la peritación hecha en primera instancia, convalidada en la apelación como diligencia para mejor proveer, resultaba que el valor de lo edificado era extraordinariamente superior al terreno laborable, y sobre la base de estos hechos declarados probados por la Sala procede decidir si es ajustada a derecho la calificación jurídica de finca urbana que la sentencia de instancia da a la finca que se trate de retraer o si por el contrato debe ser calificada de rústica como pretende el recurrente.

La sentencia de esta Sala, de 8 de mayo de 1944, estableció que si se

toma como punto de partida el artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, completada por disposiciones referentes a la institución del catastro, por declaraciones de la jurisprudencia, singularmente en materia de retracto de colindantes, por resoluciones de la Dirección General de Registros y por la doctrina científica, se puede llegar a la conclusión de que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: Primero, por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. Segundo, por el aprovechamiento o destino—explotación agrícola, pecuaria o forestal frente a vivienda, industria o comercio—. Tercero, por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio o por la relación de dependencia que entre ellos existe como principal el uno y accesorio el otro.

Haciendo aplicación de las expresadas normas de diferenciación de los predios rústicos y urbanos al caso presente, se llega a la conclusión de que si bien la finca que se trata de retraer no está enclavada en un núcleo urbano perfectamente definido y esta circunstancia pudiera servir para asignarle el concepto de finca rústica, los varios diversos elementos que han sido aludidos y que la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta para declarar que el destino o aprovechamiento de la finca es el de una finca urbana, tienen más relieve y significación para definir el carácter de la finca, que su mera situación o emplazamiento y a la misma conclusión se llega por la aplicación del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, fuente legal más directa para estos fines, según la sentencia de 8 de mayo de 1944, antes citada, y cuyo artículo 2.º considera como accesorios de un edificio a las tierras cuando formen con él unidad material de finca y su valor sea igual o menor al de las edificaciones, presupuesta la inexistencia de éstas y como en este caso, según declara la sentencia de instancia, de la peritación practicada en los autos resulta que el valor de lo edificado es superior al del terreno laborable, tal circunstancia determina que sea el primero de dichos elementos como principal y preponderante sobre el segundo el que dé el carácter de urbana a la finca objeto del retracto y al estimarlo así, no infringe la Sala el artículo 1.623 del Código civil, el segundo de la Ley de 15 de marzo de 1935 ni la sentencia de 8 de mayo de 1944 y las demás que se citan en el recurso, cuyo motivo segundo debe ser también desestimado.

El recurrente formula el tercer motivo de su recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido error de hecho resultante de documentos que demuestren, según el recurrente, el error evidente del juzgador y estima como tales documentos auténticos la certificación del Registro de la Propiedad, la propia escritura de compra-venta y la diligencia de reconocimiento judicial practicada en la segunda instancia, pero aunque en el Registro conste inscrita como rústica la finca aludida, tal inscripción no prueba por sí misma la naturaleza real y efectiva de la finca, sino únicamente que en el Registro aparece inscrita con el carácter expresado y lo mismo puede decirse de la escritura pública de compra-venta, que si bien prueba fehacientemente el hecho de que los otorgantes han di-

cho lo que el documento expresa, no justifica que sus manifestaciones corresponden a la realidad en cuanto a la naturaleza de la finca de que se trata y respecto a la diligencia de reconocimiento judicial, de la existencia de los elementos que en la misma se hacen constar no resulta por modo evidente la naturaleza rústica de dicha finca, como sería necesario que resultara para desvirtuar la afirmación de que se trata de una finca rústica, como la Sala declara en vista del conjunto de la prueba, por cuyas razones procede también la desestimación del tercer motivo del recurso.

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Validez parcial de una cláusula imprecisa de sumisión en materia de competencia territorial.*

La solución de la presente cuestión de competencia depende de que se admita o no la existencia de sumisión expresa por parte del demandado a la jurisdicción del Juzgado comarcal de Alba de Tormes, pues si consta la existencia de tal sumisión ella es la que ha de determinar la competencia, por ser de aplicación preferente a toda otra norma procesal, según la Ley de 21 de mayo de 1936.

La quinta de las condiciones que contiene la nota de pedido firmada por el demandado dice: «que para cualquier litigio los únicos Tribunales competentes son los de Alba de Tormes o aquellos que señale la Casa vendedora» y si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal tiene por inadmisibles las expresiones por las que una parte contratante declara someterse a los Juzgados y Tribunales que plazcan o convengan a la otra, porque con fórmula tan vaga e indeterminada no se cumple el requisito de la designación precisa del Juez competente, que exige el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando en realidad una sumisión a todos los Tribunales españoles, sin que el sometido de esta manera tenga ninguna indicación para saber ante qué Juzgado tendrá que comparecer en su día y caso, tal jurisprudencia no se opone a que se reconozca validez a un pacto de sumisión en que, como sucede en el presente caso, se designan con toda precisión los Tribunales de una localidad determinada, que es el domicilio de uno de los contratantes como la citada Ley de 21 de mayo de 1936 exige, en cuyo extremo debe estimarse eficaz la expresada cláusula de sumisión, aunque no lo sea en aquel que deje a la voluntad del vendedor la designación del Tribunal competente.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 14 de mayo de 1946.

LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD QUE SE DEDICABA A LA FUNCIÓN DE REASEGUROS, ACORDANDO EXTENDER ÉSTA AL NEGOCIO DE SEGUROS, NO IMPLICA EL CONCEPTO FISCAL DE TRANSFORMACIÓN, PORQUE UNAS Y OTRAS FACULTADES SON DE LAS ATRIBUÍDAS A ESA CLASE DE ENTIDADES.

Antecedentes.—Los Estatutos de la Compañía la facultaban para toda clase de operaciones de reaseguros, así en el mercado nacional como en el extranjero, y posteriormente se tomó el acuerdo de modificar los Estatutos sociales diciendo que la denominación social “Centro Levantino de Reaseguros”, sería en adelante “Centro Levantino de Seguros y Reaseguros”, y que el campo de sus operaciones sería la contratación de seguros y reaseguros en todos los ramos y sobre toda clase de riesgos.

La correspondiente escritura, al ser presentada a liquidación del impuesto de Derechos Reales, fué calificada como de transformación de Sociedad por ampliación de objeto y liquidado el acto sobre la base de todo el haber social.

En el recurso oportunamente instado ante el Tribunal provincial económicoadministrativo, se sostuvo que no existiría acto liquidable, puesto que el cambio de nombre operado no alteraba la naturaleza jurídica de la Entidad, desde el momento en que ésta, al dedicarse al reaseguro, se dedicaba ya al seguro, porque el reaseguro no es más que una modalidad del seguro, enmarcada en el concepto genérico de contratos aleatorios o de suerte. Así se infiere, sin duda alguna, de la definición del contrato de seguro del artículo 1.791 del Código civil, de la Ley

de 14 de mayo de 1908 y del Reglamento de 2 de febrero de 1912, y, por lo tanto, no se puede sostener la existencia de la transformación del objeto de la Sociedad por razón del cambio de nombre, sin que tampoco haya habido alteración en el valor cuantitativo del acervo mercantil. Así se razonó en primera instancia.

El recurso fué desestimado por el aludido Tribunal, por entender que cuando al ámbito social se le abren nuevos campos de operaciones no consideradas como típicas de las Entidades de que se trate, bien de acuerdo con el Código de Comercio, bien por otras disposiciones estatales, nace el concepto fiscal de transformación previsto en el artículo 19 del Reglamento del Impuesto. Así ocurre—dice el Tribunal provincial—con el caso discutido ya, que el artículo 103 del Código Mercantil, único que clasifica las sociedades por el objeto, no especifica las de seguros y reaseguros y al hacerlo así, claro es que ni las equipara ni las distingue, mientras que la legislación especial, como lo es el Reglamento de 2 de febrero de 1912, dedica al reaseguro una definición expresa y especial, tanto por la mayor capacidad de riesgo que absorbe, como por la importancia de la operación “sui generis” que encierra. Por lo cual, dada esa clara distinción entre ambas operaciones en la legislación especial, la una no puede comprender a la otra, ni a la inversa, y por consiguiente, la capacidad de obrar de una compañía de seguros no alcanza al reaseguro, así como tampoco se da el supuesto contrario; de todo lo que hay que concluir que la modificación estatutaria en tela de juicio hizo que la Sociedad pueda realizar operaciones no atribuidas a las de su clase y que ella venía realizando, surgiendo así el concepto de transformación regulado en el apartado 14 del artículo 19 del Reglamento.

La Sociedad recurrente insistió ante el Tribunal Central en que el seguro y el reaseguro no son actos distintos porque el cubrir el riesgo, que es lo esencial del seguro, lo mismo se realiza operando directamente con los particulares y tomando el que éstos puedan correr, que tomando en todo o en parte el riesgo ya cubierto por otro asegurador: la operación es siempre de seguro, siquiera se dé distinto nombre a cada modalidad; todo lo cual se confirma recordando que los artículos 400 y 749 del Código de Comercio mencionan el reaseguro y vienen a definirlo como función propia del asegurador.

El Tribunal Central revocó el fallo del provincial y anuló la liquidación teniendo en cuenta lo dispuesto en las citadas disposiciones

sobre el contrato de seguro y los dos artículos del Código Mercantil, también citados.

Según esos preceptos, la naturaleza jurídica del seguro y del reaseguro es la misma y uno y otro sirven para cubrir un riesgo; por consiguiente, cuando una Sociedad dedicada al seguro modifica sus estatutos para dedicarse también a cubrir el riesgo que corra otro asegurador y abarcar así ambas modalidades, no se puede decir que se transforma "por variación de objeto o por ampliación del mismo para comprender en él facultades u operaciones que no sean de las atribuidas a las Sociedades de su clase por el Código de Comercio", como exige el apartado 14 del artículo 19 del Reglamento, para que el acto fiscal nazca.

Comentarios.—La amplia exposición que acabamos de hacer de antecedentes y razonamientos y su claridad hace innecesario todo nuevo razonamiento. La tesis del Tribunal Provincial y del Liquidador sólo es sostenible ante un criterio muy restringido y estrecho sobre el sentido jurídicofiscal del transcrito precepto reglamentario, es decir, con un criterio en que el aspecto fiscal se sobreponga al jurídico y lo nuble, lo cual no debe ser mientras el texto legal no lo diga con toda claridad, para que no se pierda la ponderación que entre ambos criterios o puntos de vista debe siempre procurarse.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de mayo de 1946.

EL MEDIO COMPROBATORIO DE LOS PRECIOS MEDIOS DE VENTA DEDUCIDOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD HA DE OBTENERSE DE INSCRIPCIONES PRODUCIDAS POR CONTRATOS ANTERIORES AL QUE ES OBJETO DE LIQUIDACIÓN.

PARA IMPUGNAR UN EXPEDIENTE DE COMPROBACIÓN NO ES NECESARIO QUE LA IMPUGNACIÓN VAYA ACOMPAÑADA DE PETICIÓN DE TASACIÓN PERICIAL Y EL SOLICITAR ÉSTA ES FACULTATIVO EN EL CONTRIBUYENTE.

Antecedentes.—En el año 1939 se realizaron en escritura pública las ventas de varias fincas, con reserva a favor de la vendedora del usufructo vitalicio. En 1942, antes de haber transcurrido los tres años a que se refiere el artículo 75 del Reglamento, falleció la vendedora,

y la Abogacía del Estado ordenó, con apoyo en lo que ese artículo previene sobre esa clase de enajenaciones en nuda propiedad, que se formase expediente de investigación para adicionar las fincas dichas a los bienes de la causante y vendedora.

Se formó, efectivamente, y se realizó la comprobación con arreglo a los precios resultantes de ventas posteriores a las fechas de venta de las fincas en cuestión, girándose las liquidaciones con el aumento correspondiente a las compradoras y a la vez herederas de la vendedora.

Contra esas liquidaciones se entabló recurso, con apoyo en que la base liquidable tomada no era la reglamentaria, porque el aumento obtenido era fruto de tomar el valor registral de ciertas ventas concertadas en el año 1943, esto es, año y pico después de la muerte de la causante, lo cual constituye una infracción del artículo 84 del Reglamento, que previene que los Liquidadores de partido tendrán en cuenta los valores asignados a los bienes en las anteriores transmisiones que figuren en los libros del Registro; sin que pueda tenerse en cuenta que con posterioridad a la transmisión de que se trate se enajene el mismo inmueble por un precio superior, porque el principio fundamental del artículo 60 del Reglamento impone que el impuesto se exija sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tengan el día en que se causa el acto o se celebra el contrato.

En su consecuencia, se pidió la anulación de las liquidaciones y la rectificación de la comprobación, tomando los valores registrales que aparezcan en inscripciones anteriores al fallecimiento de la causante, y también, como prueba documental, que en el nuevo expediente hiciese constar el Registrador liquidador las fechas de las inscripciones de las que tome los datos comprobatorios y también las del acto o contrato que las motive.

El Tribunal Provincial rechazó el recurso diciendo que cuando el mayor valor obtenido sobre el de capitalización del líquido imponible proviene de los datos registrales conocidos por la persona obligada al pago, el valor así comprobado no es en principio impugnabile, salvo que, conforme al número 3.º del artículo 81 del Reglamento, la oposición vaya acompañada o inmediatamente seguida de petición ante la misma Oficina Liquidadora de que se emplee el medio extraordinario comprobatorio de la tasación pericial.

Entablada la alzada ante el Tribunal Central, éste anula las liquidaciones y la aprobación prestada al expediente de comprobación y

ordena que éste se rectifique tomando los valores registrales que se refieran a transmisiones que sean anteriores a la fecha del fallecimiento de la causante, sin perjuicio de que el Liquidador pueda emplear los medios reglamentarios que considere adecuados, y para ello razona diciendo que si bien es verdad que entre los medios ordinarios de comprobación a que el artículo 80 del Reglamento se refiere se incluye el del valor comprobado que figure en la última inscripción del inmueble o derecho real de que se trate, ello ha de entenderse necesariamente referido a transmisiones anteriores a la fecha en que se causó el acto liquidable, no solamente por exigencia del artículo 60 del mismo texto cuando dice que el impuesto gravita sobre el verdadero valor de los bienes en tal momento, sino también porque así se deduce del contenido del párrafo 2.º del artículo 84 del mismo Reglamento al imponer a los Liquidadores de partido la obligación de consignar en los expedientes de comprobación los valores asignados a los bienes en las transmisiones anteriores que figuren en los asientos del Registro.

Respecto a la posibilidad de recurrir contra los expedientes de comprobación, la Resolución que examinamos dice que es plenamente facultativo para el contribuyente, cualquiera que sea el medio comprobatorio empleado, con la sola excepción establecida en el párrafo último del artículo 85, o sea, cuando se haya comprobado por el líquido imponible o la renta líquida catastrada sin que contra esos elementos tributarios se tenga entablada reclamación; y por último, rechaza también la tesis del Tribunal inferior respecto a ligar la reclamación contra la comprobación, con la propuesta o petición de tasación pericial, y dice que ésta puede pedirla el contribuyente siempre que lo estime conveniente, de acuerdo con el número 3.º del artículo 81 del Reglamento.

Los términos del problema o problemas que fueron objeto de discusión los consideramos tan claros que ningún esclarecimiento o apostilla necesitan, a poca objetividad que a su examen se aplique.

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

V A R I A

ANTONIO MOXÓ RUANO, Notario de Barcelona.—*Usufructo y Nuda Propiedad.—Desmembración de finca usufructuada por el nudo propietario.* Separata de *La Notaría*, 2.º y 3.º trimestre de 1947.

Suelen los escritores jurídicos de hoy esmaltar sus extensos trabajos con tal acopio de textos y autores, que el lector medio—entre los que nos contamos—contempla con verdadera grima aquella que va a leer y muchas veces desiste de su intento ante tamaña técnica y longitud.

¿Habrá pensado en esto el Sr. Moxó, cuando al empezar su magnífico estudio del problema arriba mencionado, lo califica con elegancia de *trivial*? Es como un señuelo para que le sigamos con la seguridad de que una vez lleguemos al final el exceso de técnica no nos habrá dejado exhaustos.

Porque su cultura está tan elaborada que desde el primer momento, ya esbozada la cuestión, se derrama por todo el trabajo nutriéndolo de rica savia. Pero al igual que ésta para hacer jugoso—no empalagoso—aquello que vivifica.

Tras un bello escorzo histórico del usufructo y un contraste doctrinal entre éste y la nuda propiedad—¿con dominio, *pars domini*, servidumbre, *jus in re aliena*?—entiende, con el maestro De Diego, que lo más prudente es dejar la cuestión abierta.

Entre los apartados que dedica al estudio de las obligaciones de uno y otro contrapuesto titular—usufructuario y nudo propietario—, el que consagra a exponer lo que es la *forma* y *substancia*—artículo 489 C. c.—es una expresión contenida del primero de aquellas de excepcional sagacidad. Difícil verter al lenguaje jurídico lo que *forma* y *substancia* son en términos filosóficos, manifiesta Moxó que sería preferible fijar el tipo concreto de la diligencia del usufructuario con el modelo del propietario, al definir el usufructo o prescribir la nece-

saría conservación de la cosa, como el Código francés—artículo 578 del Code—, y después, que en la regulación del contenido del usufructo, se especificara y matizase dicha obligación respecto a los actos que puede hacer y las obligaciones correspondientes, como la hacen los Códigos alemán y suizo—artículos 1.030—1.037, 1.041 y 1.051 del B G B; ídem 745, párrafo 2.º—755 y 579 del Código suizo.

Rechaza, pues, la fórmula de la diligencia del *padre de familia* de nuestro Código por la del *propietario*, con lo que, en su opinión, se salva, inclusive, el usufructo impropio y tras de exponer el sentido de *substantia* en las fuentes deduce que la obligación del usufructuario equivale a aquélla, esto es la conservación del valor económico de la cosa que disfruta.

Estos términos filosóficos, *forma* y *substantia*, oscurecen, sin embargo, frente al nudo propietario la cuestión. Y de aquí el problema que se plantea sobre si los actos de segregación o desmembración de finca por el nudo propietario suponen perjuicio para el usufructuario, es decir, si alteran la *forma* y la *substantia*, como dice nuestro Código.

Su opinión es concluyente. Si *substantia* equivale a valor económico y la *forma* que le interesa al usufructuario es la de explotación, la que afecta a su derecho de goce, no podrá el nudo propietario cambiar el destino económico de la cosa, convertir en jardín lo que es una granja, o un edificio industrial en una casa por pisos. Pero de esto a coartar su potestad dominical de desmembrar la finca usufructuada hay gran diferencia. Quizá conviniese para el usufructo un texto semejante al de los artículos 122-125 de la Ley Hipotecaria, toda vez que, civil e hipotecariamente, se crean nuevas fincas, sobre las que pesa un solo derecho de usufructo.

Culmina su trabajo con la sugerencia de varios problemas que su solución—lógica y eficaz—plantea. A) Por razón de la fianza (artículos 491-496, sea real o personal; B) Reparaciones extraordinarias (501-502); C) Contribuciones y cargas (505); D) Seguros y expropiaciones, etc.

Como nuestra labor es informativa, dejamos veladas las soluciones que el autor da para las diversas sugerencias, coincidiendo con él en que no sería ocioso el hacer preceptiva una figura tutelar para la regulación de las relaciones entre usufructuario y nudo propietario, sean uno o sean varios, más aún si son varios, en prevención de problemas difíciles que no siempre encuentran justa ecuación en resoluciones voluntarias.

Finalmente, hacemos votos por que sea pronto realidad ese más extenso trabajo sobre el Usufructo que nos brinda Antonio Moxó.

Obra de madurez, fruto de lecturas y meditaciones, tenemos la evidencia que será síntesis y superación de cuanto se ha escrito sobre la materia.

GINÉS CÁNOVAS.

URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Madrid: *Curso elemental de Derecho Romano*. Madrid, 1948.—Fascículo I.

En nuestra Patria siempre hubo buenos romanistas, y los actuales no desmerecen de sus antecesores. Huelgan nombres, de todos conocidos, y obras por todos manejadas. Entre estos nombres conocidos, destaca el de Ursicino Alvarez Suárez, culto catedrático, trabajador infatigable e investigador de excepcionales condiciones. En sus conferencias en las Academias de Jurisprudencia de Madrid y Matritense del Notariado, así como en su obra "Horizontes del Derecho Romano", muestra una evidente preocupación por la divulgación de este Derecho y por el destino que le tiene reservado el porvenir.

Con una sistemática original, en este Curso elemental comienza por estudiar a modo de Introducción las cuestiones preliminares, conceptos fundamentales y caracteres esenciales del Derecho Romano. Este fascículo, único publicado y muy reciente, tiene por fin una misión escolar. Se limita a bosquejar un panorama asequible a los alumnos, como base indispensable para intensificar el estudio de tal Derecho y para emprender los estudios de las demás ramas jurídicas. Estos son los propósitos, según confesión del autor, pero seguramente no opinan de igual modo sus lectores.

No soy especialista en Derecho Romano y, por tanto, estoy capitis-disminuido para juzgar el resultado de la labor del autor. Pero poseo algún sentido jurídico, algún conocimiento elemental de ese Derecho, y ello es suficiente para comprender que se trata de un intento más ambicioso que el confesado, aunque sea involuntariamente. La Historia del Derecho Romano, que generalmente se corta con la exposición de la labor compiladora de Justiniano y alguna referencia posterior, es prolongada por el profesor Alvarez Suárez hasta el siglo XIX, a grandes pinceladas, pero con los rasgos precisos para dar a conocer el desenvol-

vimiento y penetración del Derecho Romano en la vida jurídica de los Derechos Nacionales. Es una síntesis, desde luego, pero que facilita una visión de conjunto y los materiales necesarios para ulteriores investigaciones.

Respecto los conceptos romanos del *ius*, el *fas* y las *boni mores*; la *iustitia*, la *aequitas* y el *ius strictum*; la *iurisprudentia*; los *tria iuris praecepta*, de Ulpiano, y las diferenciaciones romanas del *ius publicum-ius privatum*, *ius scriptum-ius non scriptum*, *ius commune-ius singulare* y *privilegium*, están perfectamente dibujados y explicados. Como botón de muestra señalaremos la concepción original de la *iurisprudentia* y la interpretación de la conocida definición de Ulpiano (D, I, I, 10, 2), derivada de la distinción griega entre *sapientia* y *prudencia*: la primera contempla el conocimiento de la vida humana extrayendo leyes objetivas y reglas de conducta; en estas reglas de obrar descansa la *prudencia*. Ambas tienen un matiz especial al adicionar la palabra *iuris*. Si la *sapientia iuris* exige el conocimiento del *ius divinum* y del *ius humanum*, la *prudencia iuris* supone el conocimiento de las cosas buenas y de las malas y mediante el criterio valorativo de la justicia, lo bueno se identifica con lo *iustum*, y lo malo, con lo *iniustum*; por ello, la *sapientia jurídica*, a través de la *prudencia iuris* (*iurisprudentia*) engendra la *scientia iusti atque iniusti*.

La distinción entre los derechos civil, de gentes, natural, honorario y extraordinario, así como la aplicación de las concepciones jurídicas modernas para señalar la concepción romana del derecho objetivo y subjetivo y de la *interpretatio*, contribuyen a fijar las ideas de los alumnos sin confusiones, con visión exacta y concreta.

Por último, los caracteres esenciales del Derecho Romano son explicados con sencillez. Predomina el Derecho no escrito y el sistema de las acciones. No existe la sistematización. La pureza del espíritu romano y la fuerza de la tradición, impiden la influencia de Derechos extraños hasta tiempos relativamente recientes. Esta influencia supuesta es estudiada con detenimiento y brevedad, pero aun así se advierte el enorme esfuerzo y el intenso trabajo que significa concretar materias de tanta extensión, hasta reducirlas a breves palabras y que se pueda afirmar que ni una sola palabra sobra o falta para dar a conocer a los alumnos la solución al problema planteado. La *fides* y el *officium*, ideas morales, con repercusión eterna en el mundo del Derecho, cierran el último capítulo del fascículo con broche de oro.

Creo estamos ante una nueva exposición del Derecho Romano, con sistematización y concepciones originales. Como se trata por ahora del prólogo o introducción, su lectura despierta la curiosidad por conocer la postura del autor en el estudio de las Investigaciones de aquel Derecho que posteriormente ha de publicar.

P. C.

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ. Profesor de la Universidad de Santiago de Compostela: *Proceso y forma*. Porto, S. L. de dicha ciudad, 1947.

El autor subtitula la obra como "Ensayo de una Teoría general del Proceso", y en un prólogo que la encabeza explica detalladamente la iniciación e introducción en España de una doctrina científica del proceso, contra el ritualismo ciego y la práctica mezquina y vacía anteriores. Arranca desde la publicación en 1853 de la "Instrucción", del Marqués de Gerona, y continúa con el esfuerzo iniciado por el gran jurista Becña, se ocupa después de la labor de Prieto Castro para introducir en España los últimos resultados de la investigación en Alemania e Italia, que le permitieron más tarde ofrecer a los estudiosos españoles aquella "Exposición" tan aguda y equilibrada, que marca una etapa en nuestro Derecho Procesal.

Hace notar después el interés cada vez mayor con que se estudian los fenómenos procesales, la construcción densa y simétrica de Plaza, los maravillosos Comentarios de Guasp, las nuevas obras de Prieto y las Lecciones de Orbaneja y Herce.

Se refiere a continuación al carácter superficial de la preparación universitaria, con el sistema imperante de oposiciones, que una sana tendencia se inclina a transformar esos métodos ya envejecidos, afirmando por último que este libro intenta echar las bases de una que podrá ser mañana Teoría General del Proceso.

Comprende dicho libro, además del prólogo, un índice analítico y seis capítulos, en los que se compendia toda la materia que el autor se ha propuesto desarrollar.

Se trata de una obra muy bien pensada y desenvuelta, de limpia y clara exposición y digna de todo encomio, cuya lectura recomendamos a los aficionados a esta clase de estudios.

LA REDACCIÓN.