

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Octubre 1947

Núm. 233

El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria

SUMARIO:

1. La transmisión hereditaria de la empresa: Sus formas.
2. El principio de conservación y continuidad de la empresa: Hacia una nueva orientación del Derecho español.
3. La pluralidad de herederos y la explotación en común de la empresa heredada.
4. La transmisión del pasivo de la empresa y los problemas que ocasiona.
5. El beneficio de inventario y el derecho de deliberar aplicados a la transmisión «mortis causa».
6. El legado de empresa

I. LA TRANSMISIÓN HEREDITARIA DE LA EMPRESA: SUS FORMAS.

Cuando hablamos de transmisión hereditaria de la empresa nos referimos a los supuestos de continuación de su explotación por el nuevo titular.

En cualquier otro caso, sólo habría liquidación de la misma, ya que vida de la empresa y gestión de la misma son conceptos que van unidos, y sólo en tanto una empresa es algo dinámico, puede considerarse que tiene y goza de su plena realidad.

La empresa mercantil puede entrar a formar parte del patrimonio hereditario como bien único, o conjuntamente con otros. Al fallecimiento de su titular, los herederos llamados a la sucesión testada o intestada, sustituyen al de *cuius* en todos a los derechos que tengan apti-

tud para ser transmitidos. Uno de ellos es el de dominio sobre este organismo mercantil, y, por tanto, serán llamados para ponerse al frente de la obra de su causante.

La transmisión puede hacerse a título universal, supuesto en el que la empresa, formando parte de la herencia, pasaría a los herederos como integrada en el conjunto de derechos, o bien a título particular, en calidad de legado. Las dos posibilidades se examinan a continuación.

Pero los valores ligados a la conservación de la empresa, su naturaleza específica y la orientación general que el Derecho experimenta en nuestro tiempo hacia la idea social, hacen que se revisen una serie de criterios hasta ahora válidos en la materia, y que sin considerar la especialidad del problema de la transmisión hereditaria de la empresa, no protegían en la medida deseable los múltiples aspectos o intereses ligados a su conservación como organismo de la Economía nacional.

Las mismas normas del Derecho civil, pensadas para un tipo de tráfico distinto del mercantil, fundamentadas en el régimen de propiedad agraria, dictadas para un ordenamiento que tiene en cuenta otros intereses distintos a los contemplados por la nueva organización económica, son insuficientes para disciplinar el fenómeno de la empresa y, como consecuencia, todos los demás aspectos parciales que hacen relación a la vida de la misma.

Pero, surgida la teoría de la empresa en ambiciosa pretensión de armonizar Economía y Derecho, precisa ver qué repercusión pueda tener sobre este problema, para lo cual desarrollaremos sistemáticamente algunas ideas:

A) Capacidad para suceder.

La capacidad para suceder en la titularidad de la empresa es la que establece el Derecho civil; todos aquéllos que no estén incapacitados por la ley. No es necesario tener la capacidad de obrar, pudiendo suplirse por los medios legítimos en derecho. Pueden heredar los menores e incapaces, que habrán de continuar el comercio por medio de guardadores (cf. arts. 200 y 744 del Código civil y 5.º del Código de Comercio). Análoga condición tiene el interdicto (cf. arts. 13, 1.º del Código de Comercio y 200 del Código civil). Para los menores emancipados, en cuanto se trata de un acto de disposición, será necesario el requisito de la intervención de la persona, que complementa la capacidad de obrar. Para las mujeres casadas, la aceptación de la herencia ha de ser integrada por el concurso de su marido. El ejercicio posterior del comercio precisa

de la autorización presunta o expresa, que determina el artículo 6.º del Código de comercio.

Por los ausentes y el *nasciturus*, la aceptación habrá de hacerla, en su caso, el representante legal, análogamente a los casos anteriormente previstos. El artículo 191 del Código civil prevé el derecho de reclamar, en nombre del ausente, la herencia que le corresponda. Para el concebido, es decisivo lo dispuesto en el artículo 29 del Código civil, en cuanto a lo que le sea favorable.

B) Aceptación de la herencia.

Los actos de mera conservación o administración provisional, no implican la aceptación, siempre que con ellos, y según una interpretación racional, no se haya tomado el título o la cualidad de heredero (artículo 999 del Código civil), e incluso creemos extensible esta salvedad a la aceptación a beneficio de inventario, porque la enajenación de bienes, que lleva aparejada la sanción legal de pérdida del beneficio, no es aplicable cuando se trata de una empresa mercantil. La venta dentro del círculo negocial de ésta (si éste es su tráfico) no constituye acto de disposición, sino acto de administración (cf. arts. 1.024 y 2.º del Código civil). Las relaciones de la empresa como organización, puesta en contacto con un círculo muy amplio de proveedores y clientes, exigen de ella la conservación de este ritmo vital, que, en definitiva, es garantía de su propia existencia.

Los actos de enajenación realizados por el heredero son actividades de conservación, independientes de la voluntad de aceptación del llamado a la herencia. Obtener la autorización judicial para realizar tales actos de disposición (en todo caso dentro de la esfera de administración), sería una buena cautela. El concepto de administración es más amplio en Derecho mercantil que en Derecho civil, y viene exigido por las necesidades que el primer ordenamiento sirve.

La enajenación de mercaderías u otros bienes de la herencia, en este caso pierde su sentido propio para derivar a una consideración más restringida de acto de administración, por razón de unos intereses específicos ligados a la conservación y defensa de la empresa transmitida.

C) La adquisición de la empresa puede verificarse por una persona individual o por una pluralidad de herederos.

El primer caso lo apartamos de nuestro estudio, que sólo tiende a

precisar algunos conceptos cuando la empresa continúa siendo explotada por varios (1).

Todavía el profesor Garrigues (2), en el presente año, afirma: "Cuando sean varios los herederos, puede ocurrir:

"1.º Que los herederos acuerden dividir materialmente la empresa, en cuyo caso desaparece ésta como organización. Corresponde al Derecho civil resolver si es o no aplicable a la empresa mercantil la limitación que impone a la actio communi dividiendo el artículo 401 del Código civil. La opinión afirmativa parece la mejor fundada, ya que, aunque la empresa sea susceptible de división material (en lo que tiene de patrimonio, naturalmente), la división la hace inservible al uso a que se la destina, que es el de producir un beneficio al empresario.

"2.º Que acuerden liquidarla y repartirse el precio de la liquidación.

"3.º Que la transmitan a un tercero, sin liquidar, y se repartan el precio (por estimar, quizá, que la empresa es una cosa esencialmente indivisible: art. 404 del Código civil).

"4.º Que el testador haya hecho uso de la facultad que le concede el artículo 1.056 del Código civil, con el fin de mantener indivisa la explotación.

"5.º Que los herederos acuerden continuar conjuntamente la explotación.

"En este último caso no se puede presumir constituida una sociedad entre los herederos, porque toda sociedad mercantil necesita constituirse conforme a las disposiciones del Código de Comercio (art. 116 y 119). Existirá una communio incidens, a la que se aplicarán por analogía muchos de los preceptos del Código civil, que reglamentan la comunidad de bienes, definida incorrectamente en el artículo 392 del Código civil."

Hemos expuesto lo que el catedrático de la Central dice para desarrollar el enunciado de los varios supuestos que contempla. Formas de transmisión de la empresa son la sucesión a título universal o particular. Esto determinará una diferencia en la apreciación jurídica del

(1) Algunos aspectos de este interesante problema ya han sido estudiados por Dávila: «La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid, Reus, 1946, páginas 569 y sigs.

(2) *Tratado del Derecho Mercantil*, tomo I, 1.º Ed. «Revista de Derecho Mercantil». Madrid, 1947, pág. 258.

sucesor o sucesores. Según la tradición jurídica romana, el heredero, en cuanto continuador de la persona de su causante, asumía la responsabilidad ilimitada por las deudas de éste, salvo el beneficio de inventario. El legatario, como sucesor a título singular, que no estaba obligado por el pasivo de la empresa, gozaba en cierto sentido de una posición favorable a sus intereses. Más adelante precisaremos las diferencias que se conectan a cada una de estas formas de sucesión.

2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA: HACIA UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL.

Dentro de la inspiración, en general, individualista de nuestros Códigos y, por lo tanto, del derecho hereditario, existen atisbos aislados del principio que acabamos de enunciar y que como pensamiento general rectificador de la materia exponemos antes de la consideración aislada de cada una de las posibilidades que ofrece el profesor Garrigues. Pero estos brotes inducidos de preceptos aislados no bastan para dar nacimiento a una doctrina coherente ni respondían a una actitud del legislador, que tuviera caracteres de permanencia. Es a partir de 1936 cuando una corriente política, con claras influencias en la legislación, determinó el tránsito de la consideración de la empresa como organismo de puro interés privado a la valoración de ésta como órgano de la producción nacional en cuanto es organización de fuerzas económicas.

A la vieja postura inhibicionista del Estado frente a la empresa, considerando que basta con la regulación que la voluntad privada quiera dar a su destino, sustituye hoy una clara afirmación de que el Estado no está ausente de la tutela al interés social, que se corporeiza y va ligado a la conservación de estas células de producción. La empresa es algo más que un patrimonio; supera a la consideración de los elementos que la integran en cuanto a ellos se une la nota de organización, que liga a todos sus elementos en mutua interdependencia funcional que les reconduce a gozar y sufrir de su "unidad de destino" en el campo de la economía (1).

Esta indiferencia por la empresa, esta concepción mezquina de la misma, se ve en nuestros textos legales vigentes. Pese a su innegable

(1) Claro está que el intervencionismo estatal no es ni una maravilla ni una panacea universal, y se corre el riesgo de que toda la vida económica se paralice bajo la presión asfixiante del Estado.

valor como organismo económico, queda desamparada en la legislación española, sometida a que el acuerdo entre los coherederos pueda hacerla desaparecer, fragmentándose en sus elementos patrimoniales y destruyéndose todo su valor de organización económica productiva. El mismo principio enunciado en el artículo 1.056 del Código civil no es sino una "facultad" concedida al empresario para conservar la empresa, lo que demuestra hasta qué punto se respeta la autonomía de la voluntad privada en cuanto a sus poderes de disposición, admitiendo plenamente los actos que liquida la empresa.

El Fuero del Trabajo significa un cambio total de orientación. El Estado acude al campo de la economía con clara afirmación de su posición rectora, y es natural que ante esta nueva posición no considere ajeno el problema de conservación de la empresa. Esta ha dejado de ser una organización de interés privado (1), y este desdibujamiento de su tradicional fisonomía lleva aparejada otra serie de consecuencias. Entre ellas destaca un tratamiento especial de todos los problemas que la afectan, donde se nota constantemente la presencia del nuevo derecho social, en función del cual se da esta especial protección (2). Así se articula una defensa del conjunto de bienes, que excede la que se concede a cada uno de ellos aisladamente. El Derecho en los ordenamientos modernos, no importe el signo político dominante, considera que la empresa, en cuanto organización para la producción, representa una riqueza y, por tanto, es al ordenamiento jurídico al que corresponde asegurarle las condiciones de vida, haciéndola también independiente de las mutaciones subjetivas de su titular (3). El concepto de la empresa como "unidad productora" (Fuero del Trabajo), exige para el futuro el mantenimiento de esta unidad de organización, independizándola de los hechos que afectan a la figura del empresario. Un reconocimiento tímido se encontraba ya en la continuación del comercio por los menores (cf. artículo 5.º del Código de Comercio). Recientemente, la Ley de arrendamientos urbanos, de diciembre de 1946, en la adicional I), reconoce para el arrendamiento de empresas que ésta es "unidad patrimonial con

(1) Cf. Garrigues: *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, 1939, págs. 40 v. sigs.

(2) Ferrara (*La teoria giuridica dell'Azienda*, Florencia, 1945) reafirma esta especial atención con que el legislador sigue todos los avatares que afectan a la empresa.

(3) Se trata del tránsito que ya apuntaba Garrigues hacia la «institución» en la Sociedad anónima: *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades anónimas*, Madrid, 1933, pág. 29.

vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas”.

3. LA PLURALIDAD DE HEREDEROS Y LA EXPLOTACIÓN EN COMÚN DE LA EMPRESA HEREDADA.

Como normas tuteladoras de la empresa aparece, en primer lugar, el artículo 1.056 del Código civil, que autoriza al padre que quiera, en interés de la familia, conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, para disponer que ésta permanezca intacta, satisfaciendo la legítima a los demás hijos, orientación que refuerza el artículo 1.062 del mismo cuerpo legal, relativo a la participación hereditaria. “Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.”

Estas normas no desbordan el ámbito meramente privado de tutela a los intereses de los herederos; así, el art. 1.056 se refiere sólo a los hijos, y únicamente el 1.062 se muestra como susceptible de una interpretación amplia. En realidad, no hay un interés concreto en mantener la empresa como organización productiva, sino simplemente prever una entre otras opciones para que subsista lo que el Código llama “explotación”, cuando es objeto de transmisión hereditaria (1). Ahora bien, significa un temperamento del criterio individualista que permite a todo coheredero pedir la división de la cosa común, apuntando lo que recoge otro precepto (art. 401 C. c.), como en una organización productiva ésta pierde su capacidad cuando es objeto de un fraccionamiento que la destruye.

De aquí que si los herederos acuerdan continuar la explotación tendremos un estado de comunidad que se produce en cuanto un derecho tiene una pluralidad de titulares. Dentro de la comunidad es tipo especial la *copropiedad* sobre la empresa que trae origen del título hereditario. Creemos que le son aplicables en primer lugar los preceptos que dicta el Código de Comercio referentes a la copropiedad naval, dada la tradicional consideración de empresa de la navegación marítima, y porque siendo el Derecho mercantil un derecho especial, precisa agotar

(1) Para el supuesto de quiebra dispone el art. 928 del Código de Comercio: «El convenio en la quiebra de Sociedades Anónimas que no se hallan en liquidación podrá tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijen en el mismo convenio.»

dentro de él las posibilidades de extensión analógica y, además, porque a la situación real de los intereses conviene siempre más la aplicación de unas normas pensadas para un estilo mercantil de explotación (la empresa marítima) que las que disciplinan la comunidad de tipo civil.

La adquisición de pleno derecho de la empresa por los herederos da origen a una comunidad incidental, cuya toma de posesión no hace adquirir *ipso facto* a los coherederos la cualidad de comerciantes, que sólo la continuidad de explotación, la habitualidad en la realización de actos de comercio, la profesionalidad, en suma, unida al hecho de adquirir derechos y resultar obligado en virtud del ejercicio de este comercio, transformará a los miembros de la comunidad en comerciantes.

Esta comunidad creemos habrá de regirse por las siguientes normas:

1.^a Todos los copropietarios participarán en los beneficios y responderán de las cargas en proporción a sus respectivas cuotas (arts. 591, 140 y 141 del C. de C., y 393 del C. c.). Puede liberarse, sin embargo, el copropietario renunciando a su parte.

2.^a El interés del copropietario en la comunidad no podrá ser transmitido sin previo asentimiento de los demás (art. 143 del C. de Comercio), por analogía al origen de la Sociedad Colectiva y en oposición al principio que enuncia el art. 399 del C. c.

3.^a Los acuerdos de la mayoría respecto a los gastos necesarios para la continuación de la empresa obligarán a la minoría, a no ser que los socios en minoría renuncien a su participación, que deberán adquirir los demás copropietarios previa tasación judicial de la parte o partes cedidas (art. 592 del C. de C.). Creemos aplicable este precepto en lugar del 395 del C. c., porque se contemplan supuestos diversos. El 592 del C. de C. se refiere a los momentos iniciales previos a la puesta en marcha de la empresa; el 395 del C. c. a la contribución de los copropietarios para la conservación de la cosa común, aspecto este último mucho más restringido.

4.^a Los copropietarios responden personal, ilimitada y solidariamente de todas las deudas y obligaciones del difunto (art. 661 del Código civil.).

5.^a La administración de la empresa poseída en común se hará de acuerdo con lo que disponga la mayoría de participantes que representen la mayor cantidad de intereses que constituyen el objeto de la comunidad (art. 589 del C. de C. y 398 del C. c.). Esta mayoría es

la relativa de los socios votantes y, caso de ser sólo dos los copropietarios, decidirá la divergencia de parecer el voto del mayor partícipe. Siendo iguales las participaciones, decidirá la suerte. La parte menor que haya en la copropiedad tendrá derecho a un voto y proporcionalmente los demás copropietarios tantos votos como partes iguales a la menor (art. 589 del C. de C.).

6.^a En función de una mayor agilidad en la conducción de la empresa, es recomendable el nombramiento de un factor (gestor del artículo 594 del C. de C.), que actuará dentro de los amplios límites que le confiere el art. 286 del C. de C.

7.^a Como resultado de la gestión de una empresa mercantil los copropietarios asumen obligaciones y se hacen titulares de derechos de los cuales responderán personal, solidaria e ilimitadamente (art. 148 del C. de C.). La solidaridad es más propia de las obligaciones mercantiles que de las civiles, y si ésta se establece para los socios de la Sociedad Colectiva, pese a la existencia de un ente social con patrimonio propio, no hay razón para determinar una responsabilidad mancomunada cuando se explota una industria mercantil. Y examinemos ahora los otros supuestos que plantea el profesor Garrigues.

1.^o Los herederos acuerdan dividir materialmente la empresa, en cuyo caso desaparece ésta como organización. Creemos que hay que afirmar la naturaleza esencialmente indivisible de la empresa (1). El Derecho no es un mandar irracional que no aprecie junto a los intereses estrictamente privados una categoría superior constituida por los intereses de la comunidad. Ciertamente que aún no existe una disposición terminante que proteja la empresa, salvándola de los azares que puedan sobrevenir a la persona de su titular. Pero el principio que enuncia el artículo 400 del Código civil de que ningún condueño estará obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo en cualquier momento pedir la división, encuentra su temperamento en lo dispuesto en el 404, que literalmente transcrito dispone: "Cuándo la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio." (Aquí se engloba el supuesto 3.^o del profesor Garrigues.)

2.^o Que acuerden liquidarla y repartirse el precio de la liquidación. Creemos que la unidad de la empresa no consiente su división,

(1) En contra, Rotondi: *Trattato del Diritto dell'Industria*, vol II, página 260.

dado que ésta altera su naturaleza económica. Ciertamente que pueden sus elementos constitutivos recobrar vida independiente, pero a costa de la muerte del todo organizado en que se hallaban injertados. El estado de comunidad tiene soluciones más de acuerdo con el interés de los copropietarios. La liquidación es nefasta, mientras cualquiera de las soluciones, posibles: pervivencia en régimen de comunidad, constitución de sociedad, adjudicación a un coheredero o venta en pública subasta, es siempre preferible y, en todo caso, se obtendrá un mayor precio, dado que el valor de una empresa en marcha supera con mucho a la suma de los precios obtenibles con la enajenación de sus elementos aislados.

La empresa "unidad económica" sustituye a la separabilidad física de sus elementos con una coherencia económica que es la base del tratamiento unitario del todo. Dentro de la empresa, por obra de la organización del empresario, se ha logrado un armonioso organismo destinado a la producción para el mercado, que goza de una especial agilidad en función de la proporción e integración de todos sus elementos recíprocamente ligados y dependientes los unos de los otros. La empresa posee un aviamiento, consecuencia de la organización (1), y este valor se aniquila en cuanto desaparece la organización. La empresa es algo más que una cosa: es un bien, al que se une un interés social en su conservación. Esta amplia concepción se recoge en los modernos Códigos, donde ha penetrado la idea social que tutela a la empresa en cuanto organismo que conserva su eficacia, no sólo manteniendo incólumes todos los elementos que la constituyen, sino en tanto en cuanto éstos producen un rédito (2). El fin que persigue la empresa representa también un límite a la autonomía de la voluntad y a las facultades de disponer de los titulares. No consiste la solución de la empresa en su disolución atomística, sino precisamente en superar esa concepción. Dentro del panorama español contenido en los Códigos, cierto es que la empresa, al carecer de personalidad jurídica, sólo es posible considerarla como una combinación de los factores de la producción que vincula a todos sus elementos en función del fin. Pero al lado del derecho de los Códigos hay un derecho vivo que recoge los últimos avances en el campo doctrinal y en el de la economía y que se impone por la energía interna de los intereses de tutela que buscan su reconocimiento,

(1) Casanova: *Studia sulla teoria dell'Azienda*, Roma, 1938, pág. 23. Ferrara: op. cit., pág. 73.

(2) El artículo 2.561 del Código civil italiano de 1942 obliga al usufructuario a conservar la «eficacia de la organización».

tanto a través de las nuevas leyes especiales, como por la creación de doctrina legal por el Tribunal Supremo.

Pudiera pensarse que el principio enunciado de "conservación de la empresa" no es sino un vago intento de formular la tendencia a configurar la empresa como "unidad" y en función de este primer principio plantear después el problema.

Pero el cambio de orientación de la legislación y de la jurisprudencia en los últimos diez años, nos autoriza a afirmar que hoy se ha reconocido en España el nuevo fenómeno de la empresa mercantil y que la fidelidad a los principios proclamados por el Fuero del Trabajo y reiterados en otras leyes especiales actúan sobre la práctica jurídica. Este principio de conservación de la empresa se advierte en las leyes que con sentido tutelador dicta el Estado y que significan modalidades varias de intervención en la vida económica. Así se manifiesta en todas las modalidades de intervención en la vida de las empresas (Ley de 24 de octubre de 1939, incautación (Ley de 1 de septiembre de 1939) y expropiación (Ley de 25 de septiembre de 1941 y Reglamento del Instituto Nacional de Industria de 22 de enero de 1942).

La Jurisprudencia patria ha evolucionado en la consideración del fenómeno, desde apreciarlo con un "todo" (1), hasta aceptar el concepto del profesor Garrigues a partir de la sentencia de 13 de marzo de 1943, donde se declara que "la Empresa es una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser en su conjunto objeto del tráfico jurídico; la misma idea se reitera en la sentencia de 13 de enero de 1944 y en la de 7 de diciembre de 1945, donde aparece para nosotros un elemento de valor decisivo, la *consideración de la empresa como elemento económico social*.

En función, pues, de estas declaraciones jurisprudenciales y de los principios doctrinales expuestos, creemos que las posibles soluciones de la comunidad hereditaria sobre la empresa son las siguientes:

1.ª Su adjudicación a uno de los coherederos, que habrá de indemnizar a los demás en la porción de su interés (art. 1.062 del Código civil).

(1) Véanse los excelentes comentarios del maestro Polo en la *Revista de Derecho Privado*, 1942, pág. 317; 1945, pág. 333; 1946, págs. 559 y sigs. Girón Tena recoge también esta evolución jurisprudencial en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1946, pág. 475.

2.^a Venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños (art. 1.062 del C. c.).

3.^a Transformación de la comunidad en Sociedad Mercantil.

Este tercer supuesto es el que merece más atención. La especial vocación de la comunidad hereditaria a transformarse en sociedad mercantil aparece en algunas de las disposiciones de nuestros cuerpos legales; así el artículo 1.051 admite que la división prohibida por el testador tenga lugar si ocurren "algunas de las causas por las que se extingue la sociedad". Sin rigor técnico, habla también el artículo 589 del Código de Comercio de una "Compañía" que se presume constituida por los copropietarios del buque. Precisa no olvidar que el origen histórico de la sociedad colectiva se enlaza directamente con la comunidad familiar (1). Es tal la especialidad de la comunidad hereditaria, que en 1935 el Tribunal Supremo declaraba: "La comunidad entre coherederos tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la personal moral." En posición análoga, la doctrina italiana, al abordar este problema, entendía que se constituía una sociedad entre los coherederos (2).

Esto es inaceptable. No es posible que el título hereditario sustituya al contrato o acto conjunto que da origen a la Sociedad. El título hereditario no puede sustituir al contrato ni la falta de inscripción en el Registro se puede considerar subsanada por la continuación en el ejercicio del comercio. La comunidad es un hecho jurídico, extracontractual, que no puede elevarse a la categoría de acto constitutivo de Sociedad Mercantil (cf. arts. 116 y sigs. del C. de C.).

4.^a LA TRANSMISIÓN DEL PASIVO DE LA EMPRESA Y LOS PROBLEMAS QUE OCASIONA.

Las normas del derecho hereditario resuelven el problema del traspaso de los créditos y débitos de la empresa a los herederos, que suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 del C. c.). Dado el estado de comunidad que

(1) Wieland: *Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1921, tomo I, pág. 522. Muller-Erbach: *Deutsches Handelsrecht*, Tubinga, 1928, pág. 188.

(2) D'Amelio: «L'Azienda commerciale nella successione hereditaria», *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, págs. 1 y sigs. Carnelutti: «Azienda commerciale in comunione», *Riv. Dir. Comm.*, 1915, II, págs. 726 y sigs.

aquí estudiamos, todos los coherederos serán responsables en proporción a sus cuotas por las deudas. Si la empresa es una, entre varios de los bienes dejados por el causante se ha dicho que respondería tan solo el heredero que la hubiese obtenido, tesis que no es cierta.

No formando hoy la empresa un patrimonio separado, con responsabilidad limitada a los bienes que la forman como objeto de ejecución, actúa con plena virtualidad el principio consagrado en el artículo 661 del Código civil y todos los herederos responden personal e ilimitadamente, en tanto en cuanto hayan aceptado pura y simplemente, dado que los sucesores de la empresa lo son como titulares del negocio mercantil. Los acreedores podrán dirigirse contra cualquiera de los herederos, sin perjuicio de la acción de reembolso que el perjudicado tenga contra los demás. Esta responsabilidad se entiende siempre en relación a las deudas del causante. Para el futuro, la empresa asignada a uno de los herederos hace a éste, sola y exclusivamente, responsable de los débitos que contraiga en su ejercicio.

En el caso de legado de empresa, se entiende que el legatario sólo sucede en la parte activa del patrimonio. Creemos, en vista del ordenamiento positivo español, que los créditos y débitos anteriores a la muerte del testador quedarán a favor y en contra de los herederos, siendo el legatario responsable del pasivo contraído después de la muerte y gozando de los frutos y rentas a partir de este momento (cf. art. 882 del C. c.), salvo que por disposición expresa haya dispuesto el testador que corra a su cargo dicho pasivo, como disminución del contenido económico de la disposición testamentaria o como condición o accesión de su dominio sobre la empresa (1). En el Derecho alemán, los artículos 25 y 27 del H. G. B. hacen responsable al heredero de un negocio de las obligaciones del anterior propietario, en el caso de que el heredero continúe el negocio de su causante. Esta es la solución que se muestra más de acuerdo con los intereses del tráfico.

5.ª EL BENEFICIO DEL INVENTARIO Y EL DERECHO DE DELIBERAR APLICADOS A LA TRANSMISIÓN HEREDITARIA DE LA EMPRESA

Caso de aceptación de la herencia o beneficio de inventario, responderán los herederos del pasivo del causante hasta el límite del valor de los bienes heredados. El beneficio del inventario es una modificación.

(1) Castán: *Derecho civil*, ed. 1939, tomo II, pág. 391.

del principio romano de la sucesión universal, en virtud del cual el sucesor responde ilimitadamente del pasivo del difunto. Como remedio práctico, es el más conforme a la moderna tendencia de formación de patrimonios separados adscritos a responsabilidades específicas. A la evolución objetiva de la obligación se corresponde una tendencia a transformar la responsabilidad personal en responsabilidad patrimonial, en el sentido de que ésta se limite al mismo patrimonio en consideración al cual se han contraído las obligaciones. Para hacer uso del beneficio de inventario se precisa la declaración de voluntad del heredero, amén de la formación de inventario de todos los bienes que comprende la empresa, dentro de los plazos que establece el Código (cf. arts. 1.011 y 1.013 del C. c.).

Ahora bien, el beneficio de inventario lleva casi siempre a una liquidación de la herencia. La única posibilidad de salvación es el acuerdo a que se refiere el artículo 1.030. del Código civil, que habla de venta cuando es necesaria para satisfacer las obligaciones de la herencia, salvo la conformidad de acreedores, herederos y legatarios, en su caso, para establecer otra forma o formas de pago que asegure la vida de la empresa.

El beneficio de inventario da al heredero la posibilidad de limitar su responsabilidad al patrimonio hereditario, transformándolo en una masa, sobre la cual puede actuar la ejecución. Consecuencias de ese beneficio son las siguientes:

1.^a El sucesor no está obligado, por el pasivo de la empresa anterior a su gestión, sino hasta el importe que cubran los bienes de la misma.

2.^a En virtud de la separación de patrimonios, no se verifica la confusión de créditos, permaneciendo separados los que pertenecen a la empresa como tal.

3.^a Patrimonio de la empresa y patrimonio del heredero quedan separados, sin que se verifique la confusión en perjuicio de éste (artículo 1.023 del C. c.).

El derecho de deliberar rara vez se utiliza; es un plazo dentro del cual queda en suspenso la aceptación de la herencia, hasta tanto que el llamado a ella reflexione en vista del balance de situación que se le presente.

La existencia del beneficio de inventario hace que el derecho de deliberar nunca o rara vez se utilice.

6. EL LEGADO DE EMPRESA.

El legado de empresa hay que considerarlo de cosa específica y determinada, y, por tanto, el legatario adquirirá su propiedad desde la muerte del testador, haciendo suyos los frutos y rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte (art. 882 del C. c.).

El mismo artículo determina el paso de los riesgos desde este momento al legatario.

En cuanto a las deudas y créditos anteriores a la muerte del testador, creemos que no responde el legatario de ellas, sino que correrán a cargo del resto de los herederos.

Este principio general tiene las siguientes excepciones:

1.^a Cuando por disposición expresa del testador se le impongan dichas obligaciones como cargas del legado (arts. 797 y 959 del C. c.).

2.^a En el caso de que toda la herencia se distribuya en legados, prorrateándose entonces las deudas y gravámenes de la misma entre los legatarios en proporción a sus cuotas respectivas (art. 891 del C. c.).

Conviene advertir que en ningún caso está el legatario obligado por más del importe de su legado, en cuanto que no es sucesor a título universal, es decir, en todos los derechos y obligaciones, sino en cosa determinada, lo que representa una limitación de la responsabilidad, que actúa sola y exclusivamente en relación con las deudas del difunto de que haya de responder el legatario en virtud de las excepciones apuntadas.

ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR.

Cuestión resuelta por el Reglamento Hipotecario vigente

También los preceptos legales, como las personas, caen a veces en el infortunio. Y el peor para una disposición legislativa es el de que, por su novedad, se detenga en ella de un modo implacable la aguda y penetrante mirada del comentarista.

Cuando así ocurre, basta que la atención de aquél crea que se emplearon palabras de más o de menos o que no se eligieron las más adecuadas dentro del rigor de la técnica, para que lo que parecía claro y en consonancia con los principios o sistema del código o ley de que la norma forme parte, se convierta por obra y gracia de la glosa en algo oscuro, anómalo y excepcional.

Tal es el caso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (regulador del Procedimiento Judicial Sumario) en el punto relativo a la subsistencia de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, que constituyó una de las más trascendentales reformas hechas por la Ley de 1909.

Esta ley, lo mismo que la vigente, en el mismo citado artículo, disponen en cuanto a la materia de que se trata:

En su regla 8.^a, que en los anuncios de la subasta se expresará: “ y que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate”.

En la 10.^a, con relación al supuesto de adjudicación de la finca al acreedor, también se dice que la adjudicación se hace aceptando la subsistencia de dichas cargas y subrogándose en la obligación de satisfacerlas. (A esto llama hoy condición el artículo 229 del Reglamento Hipotecario vigente.)

En la 11.^a a los requisitos de la adjudicación se le llama ya "condición".

Y, por último, en la regla 13.^a se dispone que "En el acto de la subasta se hará constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a, y si no las acepta no le será admitida la proposición."

Del concienzudo y aquilatado estudio de los párrafos que anteceden, hecho por destacados hipotecaristas y procesalistas, se llegó a formar una corriente de opinión uniforme, como en seguida vamos a exponer muy brevemente.

El gran maestro de maestros, Jerónimo González, con su indiscutible autoridad en materia hipotecaria, sostuvo (1) que la subrogación de las reglas del artículo 131 equivale a un cambio forzoso del sujeto pasivo o deudor de la obligación garantizada por la hipoteca y que otra solución no se compadecería con el repetido empleo del verbo "subrogar", que implica sucesión total, ni con el texto literal de aquellas reglas, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal característico de dicho artículo y siguientes. Añadió la razón de equidad de que sería injusto que adjudicada la finca al mejor postor en menos de su valoración, y quedando éste subrogado en la obligación hipotecaria anterior se exigiera después, andando el tiempo, al primitivo deudor el pago de esa misma obligación.

Guasp (2) también sostiene la subrogación en la obligación personal: que el deudor se libera del pago y que, por tanto, no responde de él a sus antiguos acreedores.

Al rebatir la opinión de Blázquez (3), ratifica su criterio, y entre otros hace este razonamiento: Cabe preguntar, dice, para establecer que el rematante sustituya al deudor en la responsabilidad real, sólo en dicha responsabilidad, ¿sería necesaria la declaración de la regla 8.^a del artículo 131, según la cual ha de expresarse en los anuncios que el adquirente queda subrogado en la responsabilidad de los gravámenes? ¿No sería esto, en tal caso, una superflua aclaración?

(1) «La memoria de este año». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de 1929, pág. 120.

(2) «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria». Rev. cit., 1942, número 169, pág. 392.

(3) «En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles». Rev. cit., 1945, núm. 202, pág. 154.

También aduce la misma razón de equidad antes expuesta de evitar se produzca en el rematante un enriquecimiento injusto.

Contra el argumento de Blázquez de que para la subrogación es preciso el consentimiento del acreedor, opone esto: Que el precepto del artículo 1.205 del Código civil es de carácter general y la citada regla 8.^a una norma especial y posterior; que ésta es de derecho público y no de derecho privado, y que el Código civil no es una fuente de Derecho procesal.

Benedicto Blázquez (1) afirma: Que al aceptar el rematante, en el procedimiento sumario, las dichas responsabilidades, se subroga en la obligación de pago de la misma, pero que es una subrogación parcial "en cierto modo", y en sentido vulgar, que hay subrogación en algo; pero que para el Código civil no es propiamente subrogación por faltar el consentimiento del acreedor según el naturalísimo precepto contenido en su artículo 1.205.

Sanz Fernández (2) sostiene que al exigir la regla 13.^a del artículo 131 que el rematante acepte la subrogación y la necesidad de su expreso consentimiento no tiene sentido si no se refieren a la subrogación en la obligación personal, ya que la subrogación en la responsabilidad real siempre tiene lugar sin necesidad del consentimiento del adquirente. Que la reforma de 1909, en cuanto a la subsistencia dicha de cargas, se hizo en beneficio de los acreedores titulares de las mismas sin que se propusiera el legislador empeorar con ello la situación del deudor, y que, por tanto, éste debe quedar totalmente liberado de su obligación, ya que sería injusto pudiera perseguirse por acción personal al primeramente obligado que fué privado de una parte real del precio de la finca. Considera, en síntesis, que en el remate de que se trata, y en cuanto a las cargas que quedan subsistentes, existe una hipótesis de descuento de la carga en el precio con asunción de la deuda personal por el rematante.

Roca Sastre (3) también cree que el rematante o adjudicatario queda subrogado plenamente en el débito personal y que por ello el ejecutado queda liberado o desligado de la obligación sin necesidad de

(1) Rev. cit., 1944, núm. 193, pág. 364.

(2) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 433, en relación a la nota 14 de la 368.

(3) *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo III, 2.^a edición, pág. 165.

de que consienta el acreedor, pues ello, dice, es cosa impuesta por la Ley del procedimiento ejecutivo.

* * *

Que las opiniones coincidentes de tan insignes autores están basadas, dentro del modesto campo de la interpretación literal, en argumentos de alguna lógica es cosa evidente, como también lo es que persiguieron un fin de equidad y de justicia. Mas, a pesar de ello, nunca aceptamos, y menos ahora, que la intención del legislador fuera imponer la subrogación en la deuda u obligación personal como se ha pretendido, ni que las palabras empleadas fueran suficientes para admitir que la citada subrogación se había establecido de un modo categórico.

Es cierto que los párrafos citados del artículo 131 son pródigos en palabras innecesarias que provocan la confusión. En efecto, hubiera bastado que como una de las bases del procedimiento judicial sumario se hubiese declarado lisa y llanamente que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor quedaban subsistentes, tal como así se hace en el apartado segundo del artículo 133 al hacerlo extensivo a los demás apremios. Sentado el principio como norma legal obligatoria, era innecesario llevarlo a los anuncios de la subasta y, sin embargo, puede observarse que se trastocaron los términos, pues se indica en los repetidos anuncios lo que la Ley no había establecido aún previamente.

Ordenada la subsistencia de esas cargas, repetimos, ¿qué falta hacía el advertir que el rematante las aceptaba, que quedaba subrogado en la responsabilidad de ellas y que el precio del remate no se destinaría a su extinción? Todo ello era natural que así sucediera, ya que derivaba de dicho principio y de los que regulan los efectos de las cargas en cuanto al tercer adquirente.

Más superflua e inexplicable aún es la condición de la regla 13.^a que se impone al rematante de aceptar las que llama obligaciones, no pasando del carácter de prevención o advertencia de la regla 8.^a.

La única razón que pudo explicar la redundancia de expresión del legislador de 1909 pudiera ser la de la necesidad de prevenir del alcance e importancia de la reforma que se llevó a cabo en la Ley de Enjuiciamiento civil. Sabido es que en el procedimiento de apremio de esta Ley se tasaban las fincas, como base para la subasta, en su valor real sin deducción alguna por razón de las cargas que las afectasen; que

todas estas cargas quedaban después del remate, extinguidas (salvo los censos y demás perpetu@s) que el rematante entregaba el precio total, sin más rebaja que el importe de repetidas cargas perpetuas, y que la parte correspondiente de él se destinaba al pago de las hipotecas anteriores, y como con el sistema de la Ley de 1909 quedaban subsistentes las cargas que indicamos y por ello habían de afectar en lo futuro al rematante y el precio entregado por el mismo ni en todo ni en parte se dedicaba al pago y extinción de las citadas cargas, quizá, repetimos, se creyó necesario hacer la oportuna advertencia en los edictos en evitación de perjuicios al rematante.

En esta misma Revista (1), al tratar de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, quedó consignado nuestro criterio, contrario al "subrogacionista" citado, y que fué fundamentado incidental y brevemente al no ser entonces tal punto objeto especial de aquel nuestro estudio.(2). Hoy, al cabo de cerca de cuarenta años de la vigencia de la Ley de 1909 ha sido resuelta, como vamos a ver, la importante cuestión debatida.

El artículo 118 de la Ley, una de las novedades introducidas por la llamada Ley de Reforma Hipotecaria, sirve de base a los que examinaremos después del Reglamento Hipotecario vigente.

En su apartado primero se regula el caso de venta de finca hipotecada en que se pacte que el comprador se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal por ella garantizada. Lo único que aquí nos interesa destacar es que para la Ley (en contra de lo sentado por alguno de los citados autores) el término "subrogación" se puede referir no sólo a la obligación personal, sino también a la hipoteca o responsabilidad real.

En su segundo apartado, con referencia también a la venta de finca hipotecada, regula la Ley este otro supuesto distinto al anterior: Que no habiéndose pactado la subrogación de la obligación personal en el comprador, éste descuente o retenga del precio de la venta el importe de dicha obligación.

Si al vencimiento de ésta, dispone, fuera satisfecho por el deudor,

(1) Número 215, de 1946.

(2) Este ha recibido el honor de ser citado y calificado de «concepción propia», y, en verdad, en cuanto al punto de que ahora se trata y en nuestro fuero interno, lo creimos no sólo propio y atrevido, sino hasta herético, al separarse abiertamente de la ruta marcada por autorizados maestros. (Véase Roca Sastre, tomo citado, pág. 451, nota.)

vendedor de la finca, queda éste subrogado en lugar del acreedor hipotecario hasta que por el comprador se le reintegre del importe retenido, o descontado.

Señalan los autores que esta subrogación es anómala y excepcional. Lo primero porque ese dispositivo de la hipoteca que garantizaba un crédito contra el deudor, ahora vendedor, se utiliza después para garantizar a éste contra el comprador la parte de precio que dejó de satisfacerse. Y es además excepcional porque va contra los principios sobre subrogación sentados por los artículos 1.210 al 1.212 del Código civil, que no consienten al deudor subrogarse en los derechos de su propio acreedor, y al no subrogarse en el crédito personal, tampoco puede hacerlo en los derechos accesorios o de garantía como la hipoteca.

Anotemos, a los fines que después se verán, que según el precepto del artículo 118 citado, para que esa subrogación pueda darse es requisito indispensable que el comprador no haya asumido o tomado a su cargo la obligación personal garantizada por la hipoteca que grava la finca vendida.

Sobre esta base examinemos ahora los dos preceptos nuevos contenidos en el Reglamento Hipotecario vigente con relación a la materia que se estudia.

Son éstos los artículos 231 y 232, colocados ambos bajo el epígrafe y subepígrafe de "Ejercicio de la acción hipotecaria"—"B—En el procedimiento judicial sumario".

El primero de ellos es el más importante, y para ahorrar mayores molestias a los que se hayan tomado la no pequeña de seguirnos, vamos a copiar su apartado primero, que es el de mayor interés a los fines de este estudio. Dice así: "Subrogado el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, si el importe de alguna de dichas cargas o gravámenes hubiese sido satisfecho por el deudor o el tercer poseedor sin haber sido cancelada en el Registro la garantía real, se entenderán estos últimos subrogados, según el artículo 118 de la Ley, en los derechos del titular de unos u otros para exigir su importe al rematante o adjudicatario."

En su apartado segundo se dispone que la subrogación se hará constar por nota al margen de la inscripción de la carga, mediante la escritura o acta notarial acreditativa del pago, de las que aparezca que éste se hizo por el deudor o tercer poseedor, y que si en ellos no se ex-

presare que se hace uso de la subrogación, se acompañará instancia al efecto por el deudor o tercer poseedor.

Un detenido examen de este artículo pone de relieve a seguida:

1.º Que a pesar del remate o adjudicación y de subrogarse el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de los citados gravámenes subsistentes, no se ha producido la pretendida sustitución de deudor o el cambio de sujeto pasivo de la deuda u obligación personal. Sigue siendo deudor el que lo era antes, ya que el texto se refiere a él como elemento personal distinto y contrapuesto al rematante o adjudicatario.

2.º Que el repetido rematante o adjudicatario no se había subrogado o asumido las obligaciones personales garantizadas por las aludidas cargas y que, por tanto, su situación jurídica es la de un simple o neto "tercer adquirente" de bienes gravados con cargas hipotecarias. Así se desprende de un modo implícito, pero claro, del precepto reglamentario, ya que exige que la subrogación en el dispositivo de garantía de las cargas o gravámenes anteriores sea según el artículo 118 de la Ley, y según expusimos en el párrafo segundo de éste, sólo permite la tan repetida subrogación cuando el adquirente de los bienes no haya asumido o tomado a su cargo la deuda personal garantizada. Por todo ello puede sostenerse que el rematante o adjudicatario, al adquirir los bienes, descontó o dedujo del precio del rematante o del valor de la adjudicación la cantidad señalada como responsabilidad de los bienes por razón de las cargas que quedaron subsistentes. (Esto se observará aún más claramente del artículo 232 que después examinaremos.) Debemos señalar además que el Reglamento amplía la subrogación que concedió la Ley en estos dos puntos: A) La establece no sólo para el caso de remate (compra en subasta por enajenación forzosa), sino para el de adjudicación en pago al acreedor). B) Y no sólo concede el beneficio de la subrogación al deudor, sino también al tercer poseedor. Es posible que aquí se refiera el Reglamento sólo al que adquirió los bienes antes del procedimiento y que por pacto con el deudor-transmisor de ellos hubiera asumido la obligación de pagar la deuda de que se trate, y si es así, ello explica la referencia que en términos generales, sin señalamiento de apartado, hace al artículo 118 de la Ley.

El artículo 232 del mismo Reglamento aplica también la tan repetida subrogación a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito u otras análogas cuando se acredite que la obligación garantizada no llegó a contraerse o se extinguió. Esto aclara de un modo

perfecto que lo que puede exigirse al rematante o adjudicatario, en todo caso, no es lo que el deudor pagó o pudo pagar, sino la cantidad que como responsabilidad real se hubiese señalado a los bienes transmitidos, que es precisamente lo que hay que presumir descontó o dedujo el rematante o adjudicatario al adquirir los bienes.

Con el nuevo Reglamento quedan, a nuestro juicio, aclaradas todas las cuestiones que plantearon los autores, no sólo la principal que hemos examinado, sino también otras secundarias como la de si la pretendida subrogación personal tenía lugar en las deudas de carácter personalísimo (como las de las hipotecas legales, por razón de cargo o profesión, etc.).

Digamos, para terminar, que el criterio de la subrogación del rematante o adjudicatario solo en la responsabilidad real, que siempre mantuvimos, es el más conforme con la naturaleza de nuestras hipotecas y gravámenes de garantía y con el principio de especialidad de nuestro sistema, ya que descansa en una base de mayor exactitud, pues el límite de la responsabilidad real de los bienes gravados es siempre conocido, lo que no sucede siempre con el de la obligación personal, en la que existe a veces incertidumbre, como en los casos del citado artículo 232 del Reglamento, y esto en los apremios puede perjudicar no sólo al rematante, sino al mismo deudor, ya que puede impedir la concurrencia de postores en la subasta. También con el criterio reglamentario queda a salvo el peligro del enriquecimiento injusto, que por motivos de equidad tanto preocupó a los autores.

Tales son, a grandes rasgos, las consideraciones que nos sugieren los preceptos examinados de ese admirable cuerpo de doctrina hipotecaria que se llama Reglamento Hipotecario vigente.

JUAN RUIZ ARTACHO

Registrador de la Propiedad.

La publicidad substantiva (*)

Ha venido a ser una difícil facilidad la implantación en nuestro clima jurídico de un régimen de publicidad inmobiliaria con fuerza probatoria absoluta, pues no obstante que sus excelencias y ventajas resaltan tan pronto se le enuncia o estudia, sin que se descubran en él los inconvenientes de otros sistemas, lo cierto del caso es que ya va resultando su creación entre nosotros algo así como una cuestión histórica, sin posibilidad de realización.

A la distancia de más de un siglo que nos encontramos del luminoso anteproyecto de Luzuriaga, aún podemos hacernos eco de su aspiración, ya que, como observa Campuzano, no hemos podido alcanzar, mucho menos rebasar, el grado de progreso que vislumbrara aquella genial mentalidad. Es, en verdad, asombroso el fenómeno de contraste que presentan, a través de ese largo período, con las Bases de 1843, los distintos cuerpos legislativos que tan afanosamente se han ocupado en la elaboración de la técnica inmobiliaria de publicidad.

¿Qué poderosas causas han impedido hasta ahora que pueda cristalizar en fórmulas y normas objetivas de inmediata aplicación lo que todos ven claro y bueno, superior a lo actual?

Varios y grandes son los obstáculos que han demorado ese adelanto en nuestro Derecho inmobiliario de distintos órdenes: económico, político, técnico y hasta no han faltado los de matiz psicológico; pero,

(*) Nuevamente nos honramos en insertar un trabajo original de un joven y competente jurista cubano, D. Manuel Robles Espinosa, perteneciente al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad de la isla de Cuba, a quien felicitamos.

Esperamos fundadamente que nos llegarán más artículos de prestigiosas firmas de la República hermana, así como que nuestros colaboradores nos remitirán algunos trabajos para su publicación en las revistas profesionales de aquel país, a fin de continuar sin interrupciones el intercambio cultural iniciado.

indudablemente, todos de posible remoción e infinitamente pequeños si se les compara con los positivos beneficios de la publicidad esencial. Sin aires de novedad, creemos oportuno salir a su defensa en esta ocasión, cuando acaba de lograrse en España una admirable reforma de esta rama jurídica, por algunos considerada como meta y no como piedra miliar en el camino del perfeccionamiento, que, por obra humana que es, resulta siempre posible y nunca totalmente alcanzado.

Se dirá que este propósito no pasa de ser una gran ilusión. Quizá sea ello cierto, pero, como es bien sabido, las más grandes transformaciones y las realidades que hoy constituyen el culmen de la civilización, primero han vivido en el mundo de la quimera, en la mente de sus *ilusos* propulsores. Pertenece, pues, esta humilde contribución al mundo de las ilusiones; mas no olvida su designio aquella verdad del filósofo francés: "Lo que está concebido por la imaginación, ya está medio realizado."

Antes de seguir adelante, una aclaración: ¿Quiere esto decir que neguemos originalidad y autonomía al régimen español y nuestro de publicidad? De ningún modo. Siempre hemos tenido una reverente admiración para la obra portentosa a que dieron cima los jurisconsultos de la Gran Comisión que formó la primitiva Ley Hipotecaria. Su obra constituyó, para su tiempo y para las circunstancias en que surgiera, un verdadero prodigio. Pero, aparte de graves razones históricas y tradicionales por ellos señaladas, la existencia de dos regímenes jurídicos paralelos y excluyentes (el civil y el hipotecario), con orientaciones tan disímiles, teniendo el primero la del Derecho romano y el segundo la del Derecho germánico, hizo que las dificultades que presentaba una labor de enlace o acoplamiento de tendencias tan inconciliables diera como fruto una legislación híbrida y que aquéllas fuesen vencidas sólo en la medida humana y posible. De ahí que un nuevo planteamiento de la empresa, con una doble orientación que se me antoja más lógica y con base de actualidad, por ser hoy distintos los elementos que concurren y más propicios a su logro, nos llevaría seguramente a determinar para el régimen de publicidad bases muy próximas a las del Derecho alemán y suizo, que son las que corresponden, en puridad, al que quiso instaurarse desde el principio.

Aceptemos en buena hora la dualidad de sistemas (civil e hipotecario), pero demos a cada cual lo suyo, sustanciándolo con sus propios elementos. Por lo que respecta a la publicidad, estableciéndola con ca-

rácter necesario y sobre bases inconvencionales, una vez que se obtengan los factores que le faltan para su integral realización, que hasta ahora no han tenido éxito, y son a saber: 1.º La depuración de los historiales del Registro; 2.º La formación del catastro parcelario del territorio nacional, exacto, completo y con finalidad jurídica, y 3.º El establecimiento de un fondo de seguro inmobiliario que responda eficazmente a las consecuencias de aplicación del régimen de publicidad substantiva.

Analizaré separadamente y con toda brevedad estos tres elementos:

I. DESLASTRACIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.—Uno de los mayores aciertos de la novísima reforma española lo constituye la ampliación dada al restringido y raquítico expediente de liberación de la legislación anterior, respecto a cargas, trabas, condiciones tácitas, derechos sin contenido ni virtualidad, y en cuanto a dar mayor facilidad para la extinción o caducidad de anotaciones preventivas, etc., que se observa en su articulado. Puede decirse que la Ley de 1944 ha dado un gran paso adelante en ese procedimiento de eliminación de titularidades muertas y de depuración de los libros del Registro y de los historiales de las fincas, tan necesarias en todo caso, pero más aún para poder implantar un régimen de publicidad substantiva, cuya pureza no deben perturbar inútiles parches ni turbias titulaciones, sedimentos estratificados de pasados errores y de abandonos propiciados por un régimen defectuoso.

En un todo de acuerdo estamos con D. Ramón de la Rica (1) acerca de lo que él llama "el rejuvenecimiento formal de la institución del Registro". Todo lo que él expresa en su libro debe hacerse porque es inaplazable, pero, sobre todo, sería de vital importancia para un régimen de publicidad con fuerza de cosa juzgada. Mejor nos irá copiando sus palabras:

"Todo ello evidencia la necesidad de remozar la institución en su aspecto formal externo, arbitrando un procedimiento legal, práctico y sencillo para que, bien a instancia de los interesados, bien por iniciativa del Registrador, pueda, al inscribirse un título traslativo del dominio, *comenzar de nuevo* la historia registral del inmueble, abriéndole nuevo folio y dándole nuevo número en el libro corriente, con declaración expresa de quedar cancelado y sin valor todo el anterior historial y con afirmación también expresa, previo un procedimiento fácil de depuración de gravámenes—que la ley de Reforma ya ha establecido

(1) *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, 1945, págs. 260 y sigs.

en gran parte—, de que el actual estado jurídico-registral de la finca queda íntegramente expresado en el nuevo y primer asiento de la finca. Tan simple receta se reduce a “empezar de nuevo”, sin establecer solución de continuidad con lo antiguo, sino tomando precisamente como punto de partida todo lo útil, lo aprovechable y lo vivo del pasado.”

“Un sistema de caducidad de inscripciones, con las máximas garantías, por supuesto, y siempre sobre la base del óbito del titular inscrito, es también tema para futuras reformas, ya que la presente sólo lo estableció respecto a las anotaciones preventivas.”

Con un procedimiento similar o idéntico al ideado por el sabio Académico y Registrador acabado de citar, en unión de los demás coeficientes de la publicidad absoluta, se llegaría a alcanzar plenamente el ideal perseguido.

II. EL CATASTRO PARCELARIO.—Muy sumariamente voy a referirme a ésta, que es la institución básica para la implantación de un régimen de publicidad inmobiliaria con fuerza probante absoluta, pues es harto conocida y ello me releva de una explicación detenida (1).

Para señalar la importancia que esta institución tiene respecto al Registro de la Propiedad, basta con decir que ella constituye la base de objetividad substantiva para la exactitud, firmeza y seguridad de los pronunciamientos registrales afirmados en sus datos de hecho, pues como el Catastro es el único medio cierto de establecer un paralelismo entre la realidad y el Registro, claro se ve que sin este instrumento de comprobación aquella oficina del Registro resulta algo ficticio, ya que los datos que contienen sus folios son meramente teóricos, basados en las declaraciones de los interesados (no contradichas por el propio Registro) y a veces en planos que no ofrecen la garantía de exactitud necesaria por su misma parcialidad. Dicho se está que quien contrata o adquiere con vista sólo de los libros no puede tener nunca la seguridad del contenido y alcance de su derecho en tal forma adquirido, ni siquiera de su existencia.

(1) De ella me ocupé extensamente en un artículo publicado en el año 1938 en la *Revista del Colegio de Abogados de la Habana*, donde se presenta un cuadro de sus antecedentes históricos, su concepto, sus fines, su confección y un comentario exegético de la legislación vigente en Cuba sobre la materia (Ley de 17 de diciembre de 1937 y Reglamento orgánico—Decreto presidencial núm. 67, de 13 de enero de 1938—), en su nexa con la legislación concordante de reivindicación de bienes del Estado (Ley de 17 de diciembre de 1937—igual fecha—y Decreto núm. 85, de 16 de enero de 1938) y con otras disposiciones atinentes.

La comprobación de estas verdades es un hecho de observación frecuente; de ahí que pensemos, ¿cuánto no ganaría el Registro de la Propiedad en prestigio y exactitud con la confección de un buen catastro, nacional y parcelario, con su servicio de conservación y rectificación cuidadosamente llevado, y con la regulación adecuada de su coordinación o enlace con aquella oficina?

A esto podría argumentarse, como he oído decir muchas veces, que hoy por hoy se realizan inscripciones con un ritmo normal, que la institución del Registro está aceptablemente regulada y ha dado todos los frutos esperados, sin necesidad del Catastro ni de otras instituciones complementarias de aquél. Pero al discurrir así se olvida que los inversionistas o adquirentes de bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, más que en el Registro o en las cosas confían en las personas (justamente lo que se quiso evitar desde el origen), pues ninguno habrá tan ingenuo que solamente fundado en la búsqueda de los libros o en la certificación correspondiente realice operaciones de alguna importancia sobre bienes inscriptos. Antes, guiado por la prudencia, acudirá a todos los medios a su alcance, visuales, objetivos, técnicos etc., para cerciorarse a vista de ojos de la realidad y asesorarse contra los riesgos posibles, pero sobre todo de la clase de persona con quien ha de contratar. Conozco casos en que ha sido preciso, además, ir al Municipio correspondiente o al Departamento de Obras Públicas para averiguar si estaba o no planeado el trazado de una calle o de un camino o ferrocarril, y, por tanto, si iba a ser expropiada una zona o faja de terreno que afectara al inmueble, circunstancias que, naturalmente, no aparecían del Registro.

No obstante los positivos resultados que se derivarían de un buen catastro, presenta grandes dificultades su confección y conservación, máxime si ha de comprender todo el territorio nacional, requisito indispensable para el propósito jurídico que anhelamos. Esas dificultades no son otras que el elevadísimo costo de su formación y el mantenimiento de personal técnico y administrativo que requiere su conservación y constante rectificación. Reconocemos ese obstáculo, pero no exageramos su entidad. Hoy existen medios adelantadísimos (como la aviación, especializada y dotada para tomar las vistas generales, con un gasto mínimo y una precisión máxima), que facilitan extraordinariamente la obra. Otra de las dificultades radica en el dilatado espacio

de tiempo que requiere su terminación hasta dejar determinadas y deslindadas las parcelas individuales; mas a ello hay que decir lo mismo que a la dificultad anterior: que la técnica moderna acelera prodigiosamente esas labores, hasta el punto de que ya ese inconveniente se ha reducido al minimum. La del Catastro Nacional es empresa que debe confiarse al patriotismo y buena voluntad de nuestros gobernantes y técnicos porque se trata de una ingente realización, pero su logro lleva implícita la gloria inmortal de sus autores y la gratitud de la posteridad.

Consecuencias inmediatas que se derivarían de la existencia del Catastro son las siguientes:

1.^a Posibilidad de implantación de un régimen de publicidad inmobiliaria con fuerza probatoria absoluta, lo que levantaría el crédito territorial y, con la firmeza de las operaciones, aumentaría considerablemente el volumen y número de éstas. ¡Cuántos beneficios, *urbi et orbi*, nos traería esa realización! Un buen indicio de las posibilidades que abriría la publicidad absoluta se descubre en el síntoma siguiente: según datos estadísticos recientemente publicados, que merecen entero crédito por proceder de fuentes bancarias, pasan de mil millones de pesos los depósitos de capital ocioso y sus dueños no se deciden a movilizarlos, seguramente, por falta de seguridad en las inversiones y por los obstáculos de que se resiente una legislación que se ha ido alejando cada vez más del crédito territorial.

Como por arte de encantamiento desaparecería la enemiga que todavía se observa contra la institución del Registro de la Propiedad, proclamada por los mismos Registradores y principalmente por éstos. Y, por encima de todo, vendrían a constituir una bella realidad aquellos fines que, como una aspiración, hasta ahora no lograda, señalaba el preámbulo del Real decreto de 8 de agosto de 1855: establecer un régimen que garantice suficientemente la propiedad, ejerza saludable influencia en la prosperidad pública, asiente en sólidas bases el crédito territorial, dé actividad a la circulación de la riqueza, modere el interés del dinero, facilite su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble y dé la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales.

2.^a Otra consecuencia ventajosa del Catastro marcan los tratadistas (como Roca Sastre y Campuzano): la de facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues ofrece un medio perfecto de in-

matriculación o intabulación de las fincas. "La certificación catastral—dice el primero—, con otros trámites indispensables, podrían constituir este medio único de inmatriculación." Y especialmente para la inscripción posesoria—añade el segundo—"substituyendo con ventaja, por su rapidez y economía, las informaciones posesorias". Aunque no somos partidarios de que la posesión *como tal* (señorío de hecho) ingrese en el Registro, y menos en esa forma artificiosa que hoy está regulada en la legislación hipotecaria vigente en Cuba, no puedo dejar de reconocer esta ventaja que señalan los autores, y que entre nosotros es tanto más atendible cuanto que la ley que reguló la liquidación de aquel estado tradicional de buena parte de nuestra propiedad rústica conocido por "haciendas comuneras" (1)—de un embrollo tal en su titulación que aún no se ha aclarado del todo, no obstante la copiosa legislación y jurisprudencia que ha tratado de informarlo y normalizarlo—, permite que la posesión se convierta fácilmente en dominio.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que con el catastro se difanizarían todos esos conflictos y otros innumerables que existen en nuestro régimen inmobiliario actual.

3.^a También se indica como consecuencia fundamental del catastro parcelario la posibilidad de crear, con base en esa institución, verdaderos títulos reales de propiedad, término éste que envuelve un concepto ambiguo y conviene a nuestro objeto dejar bien aclarado.

Si por título real de dominio se entiende el que jurídicamente brinda a la persona investida con él de la seguridad y exactitud de que se es tal titular, en la medida, calidad, extensión y circunstancias que revelan los libros del Registro (desde un punto de vista jurídico) y los datos catastrales (en su aspecto físico), es decir, que aquél se encuentra adornado de substancia jurídica y de substancia física, fielmente reflejadas en sus peculiares contenidos con relación al objeto, o sea, el inmueble inscripto, entonces no cabe duda que mediante el catastro, su enlace o coordinación con el registro y la implantación en la ley de un régimen de publicidad esencial, se llegará a la creación de verdaderos títulos reales de propiedad, y que de ellos surgirán positivas ventajas para "la solidez y seguridad del dominio inmobiliario y el fomento y desarrollo del crédito territorial".

(1) Orden militar núm. 62, de 5 de marzo de 1902, complementada por las leyes de 22 de octubre de 1904 y 13 de noviembre de 1905; Decreto del Gobierno provisional núm. 99, de 9 de noviembre de 1906, y Decreto número 1.080, de 9 de noviembre de 1907.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de crear documentos con el nombre de "títulos reales de propiedad", con el fin de dar una extraordinaria movilidad al valor de los inmuebles (cuyo desenvolvimiento tiene origen en la teoría que considera la utilización del valor de los inmuebles con independencia de la titularidad de su dominio, o sea, distinguiendo un aprovechamiento directo o estático de otro indirecto o dinámico), para facilitar el tráfico bursátil de esos títulos o láminas representativas del dominio de tales bienes, no nos parece necesario ni conveniente a los fines de la publicidad, siendo muchos los peligros que presenta para los propietarios y para la economía nacional.

Con admirable previsión histórica insinuaban ya los individuos de la Gran Comisión que los títulos de crédito relativos a los inmuebles creados con miras a su circulación constituyen una construcción artificial y que no conviene a la naturaleza de los predios. Séanos permitido insertar algunas palabras de D. Rafael Atard (1) a este respecto:

"Las instituciones de movilización del valor de la propiedad existen para las necesidades de un uso honrado y digno del crédito y para las conveniencias de la misma propiedad inmueble, ya dotándola de los elementos que reclama su mejor utilización y productividad, ya facilitando su adquisición a los más capaces. Pero esto no significa, en modo alguno, que a la propiedad inmueble, como tal, no convenga, en su titularidad y en su explotación, una buena estabilidad."

Coordinación y enlace de ambas oficinas.—Para terminar este capítulo conviene advertir que no quedaría completa la obra de una y otra institución (Registro y Catastro), a los fines indicados, sin una tercera indispensable, constituida por *la coordinación o enlace entre ambas*, que se halle regulada orgánicamente en la ley correspondiente y que produzca la exacta correspondencia y paralelismo entre la realidad física y la manifestación jurídica, de modo que tanto los sujetos como los objetos y sus circunstancias se encuentren reflejados con toda fidelidad en los libros, cuadernos y planos respectivos que integren el régimen de publicidad, para que nadie pueda llamarse a engaño respecto a la entidad y situación jurídica de los inmuebles (2).

(1) Preliminar al *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, de Arthur Nussbaum, pág. xi.

(2) La brevedad con que tengo que redactar este trabajo no me permite extenderme en consideraciones; para una mejor documentación pueden consultarse las «Observaciones» de D. Jerónimo González al artículo de Castañeda y Agúndez sobre «El Registro Inmobiliario en Suiza» (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1929, págs. 764 y sigs.)

III. EL FONDO DE SEGURO INMOBILIARIO.—Esta institución complementaria, cuya creación obedece (como en todas las contingencias de la vida moderna) a un espíritu de previsión que subsane los inevitables errores, deficiencias, inexactitudes, excesos o negligencias, efectos de los cuales serían la pérdida o lesión de legítimos intereses; o bien, para suplir la merma que padezcan los derechos por la aplicación rigurosa del sistema de publicidad esencial, una de cuyas características radica en superponer el interés social y el orden público al derecho individual desde su aspecto meramente formal, pero otorgando en este caso, por vía de indemnización, el equivalente económico del derecho perjudicado.

Esta solución mira a salvaguardar el prestigio del Registro y a fomentar la credigeología, en su más amplio sentido de seguridad y estabilidad de las inversiones y adquisiciones inmobiliarias. Y precisamente esta institución se halla directamente vinculada a la circulación del crédito hipotecario, pudiendo aquélla presentar dos aspectos: de seguro hipotecario y de fondo o caja de resarcimiento territorial.

El llamado principio de *responsabilidad* se desenvuelve en dos formas:

a) *Reclamaciones*.—Que pueden entablar los interesados o los Notarios contra las decisiones o calificaciones de los Registradores, a cuyo objeto debe existir un procedimiento adecuado, que puede ser administrativo, judicial o mixto, y que en gran parte depende de la clase de autoridad o funcionario que realiza la calificación: Registrador, Juez territorial, Alcalde, encargado del Catastro u otro funcionario administrativo.

Lo anterior sólo se dará, claro está, cuando se deniega o suspende la operación que se pretende; una vez realizada la inscripción o asiento de que se trata, sólo cabe discutir ante los Tribunales la validez del asiento, bien por lo que respecta a su fondo, debatiendo entre sí los interesados y pidiendo su cancelación como consecuencia de la nulidad de sus presupuestos básicos, o bien obteniendo igualmente su cancelación en virtud de haberse declarado su nulidad formal, con la consiguiente indemnización a los perjudicados. Ambos procedimientos deberán ser jurisdiccionales y declarativos, con todas las garantías del juicio plenario, que es el que corresponde por tratarse de una reclamación de cuantía inestimable.

b) *Responsabilidad*.—Esta consecuencia de una actitud negligente

te o dolosa del funcionario encargado del Registro, o del Catastro, puede hacerse efectiva directamente de dicho Oficial o bien indirectamente, reclamando en primer término del Estado, Municipio o Fondo de indemnizaciones, sin perjuicio de repetir éstos contra el funcionario responsable de los quebrantos que haya ocasionado su conducta funcional; y también en aquellos casos en que, sin intervenir arbitrariedad, ignorancia o descuido del funcionario, deba indemnizarse a los perjudicados, para salvar la incolumidad del régimen y del crédito territorial.

La forma establecida en nuestra legislación, de una fianza a toda luz insuficiente, y en algunas hipótesis sin términos hábiles para hacer efectiva, total ni parcialmente, esa responsabilidad (1), se halla completamente desacreditada, por la razón indicada, por las injusticias a que puede llegarse y porque no comprende más aspectos que el de responsabilidad *personal* del Registrador o su sustituto por los errores, negligencia, ignorancia o dolo en que puedan incurrir (la que se convertirá en una indemnización, acaso parcial, de daños y perjuicios), pero olvidando otros supuestos importantísimos que debiera cubrir la garantía.

Aquí tampoco podemos extendernos en los detalles de una regulación minuciosa de esta institución del seguro inmobiliario, pero sí conviene señalar la necesidad de que en la ley sean precisadas las formas de reclamar y percibir las indemnizaciones, según que la falta proceda de los funcionarios o de los particulares; si la acción de que se trata ha de admitirse directamente contra la Administración del Fondo o sólo con carácter subsidiario en defecto de pago por el funcionario responsable, y sin perjuicio, en todo caso, de la repetición; la extensión de los plazos que se otorguen para reclamar y, en fin, la cuota, el tipo o tanto por ciento de las primas que integren el fondo, así como la manera de deducirlas o descontarlas en cada operación de Registro.

En el proyecto "Registro y seguro de la propiedad inmueble y de organización del crédito territorial", de D. Emilio Pozuelo Lara, inspirado en el proyecto de bases debido a dicho señor, y a D. Buenaventura Agulló y D. Diego Pazos, se establece una notable regulación de estas materias, bajo los epígrafes "Caja de garantía territorial" (títu-

(1) Véase el artículo de D. Diego Pazos García, intitulado «Responsabilidad civil de los Registradores de la Propiedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 126 (1915), págs 271 y sigs.

lo VI) y "El seguro hipotecario" (título IX), que desenvuelve con técnica precisa, en relación con otro donde trata "De la circulación del crédito hipotecario" (título XIII) (1), y se hace con miras a nuestro Derecho. A esa obra remitimos a quienes tengan la benevolencia de leerlos, por la utilidad que pudiera brindar en la formación legislativa de esta entidad inmobiliaria.

Lo expuesto es bastante para evidenciar que el seguro inmobiliario resulta indispensable en un régimen de publicidad con fuerza de ley; como el que propugnamos, si se quiere lograr la irrevocabilidad del título.

* * *

Entremos ahora en otro género de consideraciones que conviene a nuestro estudio examinar, pues ha sido objeto de inacabables discusiones: aquellas que se refieren al título y al modo de adquirir, a las relaciones entre la posesión y el Registro y a la institución del Notariado, todas ellas en cuanto ofrecen relación directa con la publicidad absoluta.

I. EL TÍTULO Y EL MODO DE ADQUIRIR.—"Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa y, por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos sólo nacieron de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles." Esto dijeron los sabios individuos de la Gran Comisión en la exposición de los motivos de la primitiva Ley, y han repetido ínclitos autores, tejiendo alrededor de esa gran verdad tradicional acertadísimas observaciones.

Don Jerónimo González, el Maestro de todos, hace un estudio insuperable de la teoría del título y el modo, donde cita la histórica misiva de D. Eduardo Pérez Pujol a D. Bienvenido Oliver, y analiza la materia en todas las altitudes y latitudes de la ciencia jurídica preeminente, donde brillan con propio esplendor los profesores Sánchez Román y Clemente de Diego (2). Sus pensamientos, y el de García Guijarro al

(1) Don Emilio Pozuelo y Lara: *Proyecto de ley del Registro y Seguro de la Propiedad inmueble*, Madrid, 1918, *passim*.

(2) Véanse sus *Principios hipotecarios*, págs. 19 y sigs. Especial referencia merece el estudio «Sobre la transmisión de la propiedad en Derecho comparado», del profesor Eduardo Le Riverend Brusone, en *Revista Cubana de Derecho*, julio-diciembre, 1937, págs. 237-288.

respecto, son como luminarias en el camino, pero todos tropiezan, cual ocurrió a la legislación de 1861—y ya observaba atinadamente don Jerónimo—, con las dificultades intrínsecas de una armonía imposible, la del sistema romano con el germánico.

Esa imposibilidad, que no es meramente filosófica o dogmática, sino de hecho, enraizada en la historia misma de nuestras comunes tradiciones, no puede superarse con fórmulas sutiles incorporadas a cuerpos de factura heterogénea ni con adaptaciones innecesarias de elementos extranjeros; innecesarias a la postre, por cuanto en la cantera venerable y luminosa del Derecho tradicional está la clave y solución del problema, con el prestigio que le otorga una decantación de siglos. Ella no es otra, a mi juicio, que establecer la distinción fundamental entre el régimen de Derecho puramente civil y el Inmobiliario de publicidad. Sustanciemos el primero con lo español, que es original, sabio y autónomo. Y en lo registral implantemos también un régimen puro, escogiendo entre los varios que existen en el mundo, o sean: el alemán, o de la inscripción; el australiano, o de la inmatriculación, y el francés, o de la transcripción. Cuál de ellos sea mejor es determinación en que influye mucho el gusto particular. Para nosotros el mejor de todos, indiscutiblemente, es el sistema alemán, por su flexibilidad, por las seguridades que ofrece por su perfeccionamiento técnico, por sus facilidades y la rapidez de sus desenvolvimientos, por la exactitud de sus datos, por la irrevocabilidad, en general, de sus pronunciamientos, bien sean constitutivos, declarativos o extintivos, y por las excelencias de sus resultados. Claro es que estamos aludiendo a un sistema puro, pues no desconocemos que el rigor primordial se ha ido atenuando y ductilizando en la propia Alemania a través de una elaboración refinada, con los altibajos propios de la teoría pura y por los inconvenientes de una realidad administrativa defectuosa que al fin se ha impuesto a la técnica abstracta. Pero ello no disminuye los méritos intrínsecos del sistema.

Las notas predominantes de ese régimen superior, muy conocidas por cierto, residen en las indicadas características y en los principios que lo informan, de *publicidad absoluta* en su doble sentido de conocimiento y efectividad, complementado y robustecido por el de *especialidad* y el de *determinación*, a que tan eficazmente coadyuvan los datos catastrales; el de *legitimidad* o investidura solemne del titular, quien sólo mediante el registro adquiere los derechos o éstos se extin-

guen, y ejercita sus acciones o responde a las ejercitadas de contrario. Otros principios adicionales adornan el sistema, no siendo los menos importantes los relativos a la organización y manera de llevar los Registros con jurisdicción propia y relativa, tomando por base las fincas y no las personas o los títulos, pero relacionando todos esos elementos entre sí mediante índices cruzados y complementados con los datos del Catastro.

Nuestra legislación vigente contiene elementos valiosos que deben conservarse en caso de implantación de la publicidad esencial, entre ellos, el Diario de las presentaciones, las anotaciones preventivas, el sistema de estadísticas, etc., pero perfeccionando su organización con las medidas que aconseja una práctica prolongada. ¿Y cuál sería el resultado de adoptar ese régimen de publicidad absoluta en nuestros países donde coexistiría con un Derecho civil de tipo romano o hispanorromano? A esto habría que contestar con las palabras del inolvidable Oliver: la inscripción vendría a ser "el único modo *absoluto* de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos sobre cosas inmuebles".

Contra esta apreciación se levantan en seguida montañas de libros de excelentes autores, y las sentencias y resoluciones dictadas en materia hipotecaria. Pero no podemos enfocar la cuestión con un criterio de comodidad y de menor esfuerzo, sino de comenzar a construir algo mejor y superior, dejando en el recorrido jirones históricos de un derecho muerto y conservando lo útil, lo verdaderamente bueno y con virtud de posteridad.

¿Subsistiría en nuestro Derecho la teoría del título y el modo a pesar de la grandiosa transformación que implica la publicidad absoluta? No sólo creo que subsistiría la teoría (concepto dogmático), sino que perduraría su práctica (concepto pragmático), que está profundamente vinculada a nuestras costumbres jurídicas con fuerza incontrastable. Pero bien entendido, por lo que atañe a los inmuebles la forma absoluta sería la inscripción, conviviendo, como hoy ocurre, con otras formas menores de adquisición: tradición, escrituraria, judicial, documental privada y verbal.

Un punto y aparte merece la usucapión de inmuebles, por constituir un caso especialísimo de hecho jurídico del cual se derivan consecuencias importantísimas, por los móviles y las circunstancias económicas, sociales, etc., que en él concurren, los cuales no puede el Derecho

desconocer y desamparar; pero de esta cuestión nos ocuparemos seguidamente al tratar de las relaciones entre la posesión y el Registro.

II. LA POSESIÓN EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO HIPOTECARIO.—Uno de los principales obstáculos con que tropieza la publicidad de las relaciones jurídicas inmobiliarias reside en la coexistencia y coordinación entre la posesión y el Registro, porque tratándose de instituciones incompatibles entre sí resulta muy difícil (mas no imposible) su adaptación; lo que hizo exclamar a D. Jerónimo González: "Por eso resultan delicadísimos los problemas referentes al ejercicio de la acción publiciana por el poseedor no inscrito y a la adquisición del dominio de fincas inscritas por medio de la prescripción" (1).

Don Manuel Calderón Neira, uno de los mejores expositores del Derecho hipotecario, se ocupó desde remota fecha en el estudio de este conflicto (2).

Para este ilustrado autor, que hacía notar el laconismo de la Ley primitiva al regular la inscripción posesoria y la ligereza con que trataron sus comentadores este punto, la posesión debe venir al Registro *como tal*, no obstante tratarse predominantemente de un hecho con efectos jurídicos, porque uno de esos efectos es la adquisición del dominio, y por ello la definía, siguiendo a Savigny, como "la posibilidad realizada por actos intencionados de ejercer sobre una cosa el derecho de propiedad", la cual comprende diversos grados en la relación posesoria según la calidad de su titular.

Estas ideas del malogrado Registrador están muy en su lugar con respecto a un sistema de publicidad de *sustantividad relativa o funcional* (como le llama mi querido maestro D. Manuel Dorta Duque), porque ese régimen tiene como figura céntrica el nombrado "tercero", los desenvolvimientos de cuya teoría han sido tan elaborados y, sin embargo, nunca se agota su estudio (3); y además porque, como expresa mi citado maestro, refiriéndose a la legislación vigente en Cuba: "La posesión puede inscribirse por sí sola en el Registro de la Propiedad, *pero suponiendo el dominio*", pensamiento que explica más adelante con estas palabras:

(1) *Principios*, pág. 156.

(2) *Estudios hipotecarios*, cuestión tercera, págs. 69 y sigs.

(3) He tratado de contribuir a precisar su concepto, y particularmente en la cuestión posesoria, en mi trabajo «Algunas ideas sobre la noción del tercero hipotecario» (*Revista Cubana de Derecho*, enero-marzo, 1943, páginas 22-70).

"Robustece nuestro punto de vista que la posesión viene al Registro por sí sola, es decir, como *entidad inscribible*, con independencia del dominio, pero suponiéndolo, y precisamente sobre esas bases, es decir, sobre la suposición de *que existe en realidad el dominio respaldando la posesión que se inscribe*, del que ésta es su apariencia, su signo exterior y sobre la virtualidad de la posesión como situación de hecho real y efectiva, es que subsiste y produce efectos la inscripción posesoria, por lo que ésta pierde su eficacia y su trascendencia cuando se acredita que existe un mejor derecho a la propiedad del inmueble poseído; o sea, cuando se justifica que la posesión inscrita no corresponde a la propiedad, que no es el signo exterior, la apariencia de propiedad que se presumía (salvo el caso en que la posesión haya engendrado el dominio por prescripción), o cuando se prueba que cesó la situación de hecho que la respaldaba, y así vemos que la inscripción posesoria no puede surtir sus efectos de transformarse en inscripción de dominio, cuando se acredite que la posesión cesó por más de un año, como se lee en el párrafo final del artículo 393 de la Ley Hipotecaria (de Cuba)" (1).

Cuando miramos a un sistema de publicidad absoluta, la situación se agrava, las dificultades del conflicto suben de punto, porque no es posible concebir la existencia de dos posesiones igualmente verdaderas y, por tanto, legítimas, ni superponer una a otra, absurdo al cual nos llevaría darle preeminencia o prelación a cualquiera de ellas en detrimento de la otra. En efecto; la posesión es por encima de todo una potestad efectiva, de hecho, y salvo los casos de proindivisión, que no contradicen esa verdad (ya que aquí todos los partícipes poseen *el todo* sin determinación de partes concretas, aunque existan distintas participaciones ideales o matemáticas), no pueden existir dos situaciones posesorias independientes sobre el mismo objeto en el sentido de *tota in toto corpore, te tota in qualibet parte*, por las razones perfectas que daba Paulo (2) y que, por cierto, son válidas para todos los regímenes publicitarios: "Es contra la naturaleza de las cosas que dos poseen a la vez *"in solidum"*, como lo es que tú tengas lo que yo tengo, como lo es que ocupes el espacio que yo ocupo".

La esencia de la posesión, institución netamente civil y predominantemente económica y social, está reñida con las normas del Derecho

(1) *Curso de Legislación Hipotecaria*, 3.^a edic., Habana, 1945, tomo I, páginas 106 y 109 y sigs.

(2) L. 3, § 5, D, XLI, 2.

público que destacan un régimen de sustantividad del Registro inmobiliario, lo que aconseja la exclusión del mismo de situaciones aun *reales* cuya vida, vicisitudes y acabamiento no dependen de los asientos en los libros; cualquier creación artificiosa que pretenda dar mayor relieve a las manifestaciones registrales que a la objetividad de los hechos sería contraria a la naturaleza de la posesión y, lejos de robustecer la inscripción, la debilitaría por lo que envuelve de descrédito y de falsedad. Mas en seguida aclaramos que ello no significa en modo alguno que la publicidad deba desentenderse de la relación posesoria en absoluto, pues que a la postre, cuando aquélla se convierta en dominio por la integración del proceso que la ley civil determina, tendrá que verse las caras con la situación que aparece del Registro, batalla en la cual vencerá a los titulares de derechos reales materiales y será vencida por los de derechos reales formales, y esos aspectos del conflicto deben ser previstos por el legislador y regulados con justicia.

En el sentido indicado es de admirar la construcción que formulan los artículos 35, 36 y 38, en armonía con el 41 de la novísima reforma peninsular al admitir las dos clases de prescripción (*secundum tabulas y contra tabulas*) y establecer una equitativa distinción entre las diversas personas a quienes pueda interesar la relación posesoria, y así, frente al prescribente, señala el titular inscrito de derechos reales de valor, no posesorios (hipotecas, censos, etc.), y el dueño según registro, subdistinguiendo en cuanto a éste si se trata de inscripción derivada con onerosidad y buena fe o bien de inscripción originaria, con gratuidad o mala fe, todo lo cual se encuentra previsto con minuciosidad, con definición de los respectivos derechos y procedimientos para salvaguardarlos. Un cambio de régimen en el sentido propugnado por nosotros aclararía, seguramente, la complejidad de situaciones.

Nadie podía ver contradicción en lo que decimos antes, pues, por una parte, el poseedor, para legalizar su adquisición en absoluto, tendría que pasar por el Registro, sobre todo para poder realizar eficazmente a título de dueño futuras operaciones con base del inmueble prescripto (por ser la inscripción el único modo *absoluto* de adquirir), y, por otra parte, el sistema de la sustantividad, como el actual, frente a la prescripción, dejaría a salvo los derechos inscriptos que no llevan implícita posesión del inmueble, por múltiples razones que ha admitido y declarado la jurisprudencia. Con todo ello, quedaría reconocida la fuerza y valor absolutos de la inscripción, aun frente a esa situación especialísima de la

usucapición, sin que entre en juego el fondo de indemnizaciones, ya que el derecho del prescribente no se perfecciona hasta tanto no se ha integrado el proceso prescriptivo e ingresado en el Registro y, además, como el Registro es público, no le es lícito al poseedor desconocer los derechos inscritos de titulares que no han tenido con él ningún género de contacto y cuya entidad es perfectamente compatible con la posesión (como lo es con el dominio).

Tampoco podría verse una reminiscencia del "tercero" en la distinción entre titulares registrales frente al prescribente, pues el que unos salgan mejor librados que los otros del conflicto posesorio no dependería de la condición de tercero (que es siempre imprecisa), sino de las condiciones jurídicas, reconocidas expresamente por la ley y la jurisprudencia, que, integrando normas y preceptos del régimen de que se trate (sea el que fuere), son por ello mismo de obligado acatamiento y se hacen necesarias en el caso contemplado, que es *excepcional* y hay que resolverlo, como lo han resuelto las legislaciones de Alemania y Suiza, no obstante la sustantividad de la inscripción que allí predomina.

De ahí los distintos puntos de vista en los autores, y que alguno, como D. José Uriarte Berasátegui, tan sabio y ponderado, en recentísimo escrito publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (1), se pronuncie, con solidísimos argumentos, no sólo contra la inscripción posesoria, sino hasta adversario de su intento de regulación en la Ley del Registro, y si eso lo hace con relación al régimen actual, ¿qué no diría frente a uno de sustantividad absoluta? De él consignaremos este párrafo:

"Aunque no se ciñe al tema que desenvolvemos, no queremos dejar pasar la oportunidad que aquí se nos ofrece de expresar nuestra aspiración, frustrada por los artículos 36 y 38 de la Ley nueva, *de que ésta hubiera prescindido de regular la posesión, dejándola fuera del sistema registral, con todo el vigor, aun contra éste, del sistema civil*. Creemos que cada sistema debe actuar con su propia fuerza y que toda supervaloración artificiosa del registral sobre el civil ha de cuartear el total sistema inmobiliario, que se nutre de las fuerzas de uno y otro. Y que, en definitiva, en este aspecto inmobiliario general, en persecución de la paz social y estabilidad de las relaciones inmobiliarias, la base firme, la

(1) *La nueva Ley Hipotecaria y el «tercero»*, noviembre 1946, págs. 679 y siguientes.

decisiva, es la posesión. Algún día intentaremos exponer su inmenso poder y hallaremos, tal vez, que el mismo sistema de Registro ha de nutrirse, necesariamente de la posesión de hecho, para subsistir. Pero no de la presumida, sino de la real. Posesión real, insustituible por la presunción jurídica, que puede presumirlo todo menos la realidad vital."

Si las dificultades en la coordinación de instituciones tan disímiles como la posesión y el registro son casi invencibles, como se ha revelado, ¿cuál sería una solución justa al problema en un régimen sustantivo, que es el que ahora nos interesa? A nuestro entender, no hay otra sino dejar al Derecho civil puro (material y procesal) el campo de la posesión en sus múltiples peripecias y sin entrar a distinguir entre usucapión ordinaria o extraordinaria, por lo que hace al Registro, y que sólo venga a los libros transformada en dominio, es decir, cuando aquel hecho con relieve jurídico se haya transmutado en un derecho real perfecto e indisputable, con todas las garantías de un procedimiento solemne terminado por sentencia firme que así lo declare, produciendo entonces en el Registro el desplazamiento de titularidad por extinción del derecho material anteriormente inscripto.

Insistiendo en lo dicho hasta aquí, creemos inútil y utópico el conato de solución, que tanto se ha ensayado con resultados estériles y que sólo embrollan la cuestión. La situación posesoria y sus relaciones con el Registro se nos antojan fáciles y claras en el enfoque que quisiéramos darles: si aquélla es institución puramente civil, dejemos a ese Derecho su regulación pormenorizada, y si al Registro sólo deben tener acceso títulos de situaciones reales *incontrovertibles* (salvo aquellas medidas preventivas de aseguramiento taxativamente enumeradas y claramente reguladas por la ley), no admitamos que perturben su majestad construcciones confusas y hechos discutibles hasta el último momento de su perfección.

A mayor abundamiento, la solución que proponemos tiene rancios antecedentes, como el párrafo segundo del artículo 1.946 del proyecto de Código civil del año 1851, a su vez tomado del artículo 511 del Código prusiano (1), siendo dicho párrafo del tenor literal siguiente:

"Contra un título inscripto en el registro público, no tendrá lugar la prescripción de que se trata en este artículo (la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios), sino en virtud

(1) Véase *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, de D. Florencio García Goyena, tomo IV, págs. 307 y sigs.

de otro título igualmente inscripto, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo."

No quiere esto decir que desconozcamos ninguna de las calidades del derecho posesorio, a veces muy superior en intensidad económica y social al meramente dominico; pero así como existen otros derechos reales que por su peculiar naturaleza no deben venir al Registro de la Propiedad, así la posesión no debe ingresar en él mientras sea tal, porque no se trata de un Registro de la posesión (1).

Quizás nos esté dando la razón la nueva ley española, en cuanto rechaza la posesión de mero derecho civil frente al titular inscripto, elaborando, como hemos visto, una doctrina de técnica profunda y superior, pero que tropieza con las dificultades de armonizar la realidad con el Registro en este punto, señaladas con clarividencia por D. Jerónimo González, con estas líneas (2):

"Si la posesión consiste principalmente en un señorío de hecho sobre las cosas, en un sometimiento efectivo de la misma a la voluntad humana, la llamada posesión registral o titular, basada sobre la inscripción de una finca o de un dercheo real en el Registro a favor de persona determinada, no es verdadera posesión. La titularidad emanante del asiento no implica potestad inmediata sobre la cosa ni ejercicio del derecho. De ahí que pueda aparecer como poseedor jurídico una persona no inscrita."

La cuestión, siempre polémica, que plantea la concomitancia de la posesión y la inscripción, presentó de nuevo a la ilustrada Comisión de la última reforma española el dilema de siempre: suprimir la posesión (en lo que no podía entrar) o enfrentarse con los agudos problemas de su correlación con el Registro. Como no era posible prescindir de esa poderosa entidad de nuestra realidad jurídica, sus egregios individuos se dieron a la ímproba tarea de construir la justa doctrina que diera fin al conflicto, con dominio absoluto de sus términos y el mayor grado de acierto posible.

(1) Un antecedente valioso de lo que decimos puede encontrarse en las Resoluciones de la Dirección General de 31 de mayo de 1893 y 8 de enero de 1896, al consignar la doctrina siguiente: «La interpretación del precepto reglamentario en caso de duda ha de ser restrictiva más bien que extensiva, no sólo porque amplió el de la Ley y éste es el que ha de servir de norma, sino también porque la posesión, como estado jurídico, constituye una verdadera anomalía, que es preciso limitar si se desea impedir que el Registro de la Propiedad degenera en *Registro de la posesión*.»

(2) *Principios*, pág. 155.

Una vez admitida la posesión con efectos adquisitivos del dominio y demás derechos reales susceptibles de aquélla, no hay términos hábiles para desentenderse de sus relaciones con la inscripción, pues si se dejan como debe ser, al Derecho civil puño las cuestiones que sus vicisitudes acarrean entre las partes de la relación posesoria, al fin y al cabo, cuando se haya integrado el proceso de la usucapión, ya no estaríamos frente a un simple poseedor, sino a un nuevo titular del derecho real respectivo, con potestad inmediata sobre el objeto de la relación, de bases tan firmes y sólidas como son las que engendra la ocupación material, avallada por el tiempo y los demás elementos económicos, psicológicos, sociales y jurídicos que invistieron al nuevo titular de un derecho perfecto. Cuando a tales supuestos se agrega la sustanciación de un juicio plenario, con todas las garantías y solemnidades del Derecho procesal, en que por sentencia firme se declara que la interversión del título (de poseedor en propietario, etc.) ha tenido lugar, entonces el Derecho civil ha agotado su misión y deja el paso franco al legislador de la Publicidad, no quedando a éste más camino que el de resolver los conflictos que surgen, desde luego, entre el nuevo titular y los que aparecen del Registro, sean éstos de derechos reales, materiales o formales.

Por eso, al contemplar la reforma española en este punto, aplaudimos de buen grado su técnica, no obstante su inevitable complejidad, porque ha logrado vencer en buena parte las dificultades del asunto y porque el artículo 41 del texto vigente, con admirable precisión, comunica un robustecimiento efectivo a la inscripción (lo más que hoy puede hacerse) y otorga las mayores garantías para todos los intereses en combinación. El día que se cuente con un catastro parcelario bueno, la inscripción podrá asentarse sobre bases inmovibles y salvarse con mayor seguridad los inconvenientes de este grave conflicto.

Con gran autoridad se ha afirmado (1) que este problema, tan pavoroso en la apariencia, no lo es tanto en la realidad, porque: "Es posible que se dé excesiva importancia teórica a estas cuestiones, que en la práctica la van perdiendo, pues los casos de prescripción adquisitiva ordinaria son casi imposibles, y los de extraordinaria no son demasiado frecuentes." Ello es cierto, afortunadamente; pero también lo es, al menos en Cuba, que a espaldas del Registro se ha ido creando una titulación privada y sin garantías respecto a las situaciones reales de los

(1) De la Rica: Ob. cit., pág. 95.

inmuebles, una veces; otras se formalizan los títulos ante Notario y no se llevan al Registro, para evitar pagos y recargos al fisco, honorarios al Registrador, etc., y otras, el simple abandono de herederos, que nada hacen por legalizar sus títulos civiles, y pasan los años y se repiten las operaciones, siempre al margen de la publicidad, produciéndose con ello una desvinculación total entre el Registro y la realidad, un régimen de clandestinidad tan extendido y frecuente, que obliga a meditar en lo que será el Registro del futuro si no variasen las circunstancias.

Y así, *no los poseedores, sino los propietarios y titulares reales inmobiliarios*, mediante esa práctica viciosa—que los Tribunales se ven forzados a admitir al tenor de una legislación deficiente—irán acentuando el cuadro de dos situaciones cada vez más distanciadas: una, registral falsa, y otra, real antijurídica; y cuando los titulares prudentes quieran rectificar los errores y abandonos de sus antecesores, los obstáculos serán casi insuperables, y, por una lógica preferencia, acudirán a la puerta falsa de los expedientes posesorios o a procedimientos especiales (como el de la ley sobre haciendas comuneras), que ofrecen una extremada facilidad para la inscripción, con burla y desprestigio de un régimen de publicidad, que permite se creen y mantengan tales situaciones.

Además de todo eso, otros desafueros se cometen a la sombra del régimen actual; a modo de ejemplo, puede señalarse una plaga de la economía nacional, conocida con el nombre de los “geófagos” o usurpadores de tierras, cuyo apelativo alude a personas que, llenas de nequicia e inventando un trampantojo cualquiera (a veces burdo), llegan por medios judiciales a apoderarse de lo ajeno, convirtiéndose, con frecuencia, en latifundistas poderosos o en afortunados propietarios urbanos. Lamentamos no poder extendernos en la descripción de esta fauna y sus ingeniosos procedimientos, pero sí queremos denunciar que tales hechos pueden sólo ocurrir a favor de la confusión de un régimen de publicidad imperfecto, lo que no podría suceder en uno de control absoluto.

III. LA INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO Y LA PUBLICIDAD ABSOLUTA —Fué nada menos que D. Jerónimo González (1) quien, después de exponer la teoría de los actos jurídicos abstractos, tan propia del régimen de publicidad esencial, dijo:

(1) *Principios*, págs. 101-2.

"Aceptemos estas ideas como postulados de un sistema hipotecario, y deduciremos como inmediatas consecuencias las siguientes: 1.^a Para transferir, constituir, modificar o extinguir un derecho real sobre inmuebles, basta el acuerdo de los interesados, acreditado *en debida forma*. 2.^a Es inútil la presentación en el Registro del acto jurídico causal, si es que se ha formalizado. 3.^a No hay inconveniente en admitir una simple declaración en que el titular A transmite su finca o derecho a B sin otras explicaciones, siempre que aparezca firmada por ambos y *acreditada su identidad y capacidad*. 4.^a La calificación del Registrador se circunscribirá al *acto real*, sin retroceder a la causa. 5.^a El Registro se aleja cada día más de la contratación ordinaria, o, mejor dicho, *del derecho de obligaciones*."

Algunos deducen de esas sabias palabras que las mismas nos llevan como de la mano a la supresión del Notariado en cuanto a sus relaciones con el Registro de la Propiedad. En seguida probaremos que no hay tal cosa.

En el año 1916 escribió Ventura en sus excelentes "Fundamentos del derecho inmobiliario" (1), donde consigna gran número de opiniones al respecto y, entre ellas, la de don Ecequiel Zarzoso:

"Incluyo esta interesante opinión entre la de los partidarios de la supresión de la escritura para la transmisión de bienes inmuebles, porque *a ello conduce fatalmente el dar valor absoluto a las inscripciones* y el refundir las Notarías y los Registros, siendo para el caso indiferente que aquéllas se agreguen a éstos o que éstos se unan a aquéllas."

Los Notarios que han aceptado la supresión o refundición, tan ilustres como el propio Zarzoso, Monasterio y Gali y otros, propugnan la idea de que esa oficina pública refundida pueda ser servida indistintamente por Notarios o Registradores, ya que son idénticos sus conocimientos y los requisitos de moralidad y afianzamiento que a los mismos se les exigen. Expresa Zarzoso a este propósito en 1844 (2):

"Los Registros Civil, de la Propiedad mueble, inmueble e intelectual *deberían correr a cargo de los Notarios*, si el Notariado es una especie de Magistratura popular, si el protocolo contiene la historia de la familia y de todos los contratos referentes a la constitución de ésta "

"Un eminente jurisconsulto propone que el Registro se organice de tal manera, que los datos consignados en sus libros *tenham valor*

(1) Ob. cit., pág. 75, nota.

(2) Discurso pronunciado en la Casa Colegio Notarial de Valencia.

absoluto y fe legal, firme y concluyente, sin admitir en caso alguno prueba en contrario; pero, de admitirse esto, estaba de más el protocolo del Notario y, puesto en unificar, más lógico sería que se llevase el Protocolo como los Registros de la Propiedad. La Ley exige hoy iguales conocimientos al Notario que al Registrador; el ingreso en una y otra carrera se hace por oposición. Abogados y Notarios pueden presentarse a ella; fórmese una sola clase de los Notarios y Registradores con el nombre de Notarios, que tiene más precedentes históricos . "

Los que no son Notarios, naturalmente, arrecian los cargos sin tantos miramientos, entre ellos el polígrafo Costa, el que fuera diputado a Cortes don Juan Maluquer, el señor Santamaría, el propio Ventura, el profesor don Luis García Guijarro y tantos más. Se llegó hasta a nombrar una Comisión que preparara un proyecto de ley en tal sentido (R. O. de 1.º de febrero de 1863), y el señor Maluquer presentó al Congreso, en enero de 1888, una proposición de ley que resucitaba el proyecto de 1864 en esa parte.

Todo ello hizo que, oportunamente, el Notario señor Falguera, "temiendo que con aquella innovación tendría que suprimirse la mayor parte de las Notarías de poblaciones subalternas y quedarían reducidos a pedir limosna" los que las servían entonces, ancianos en su mayor parte, gestionase la eliminación de aquel artículo, ofreciendo a cambio fórmulas de salvación para la clase.

Es, pues, antigua la tendencia y se consideraron débiles las razones que esgrimían los partidarios de la dualidad de funciones y de la escritura pública y solemne. "No conviene—dicen—que el mismo que inscriba, autorice el acto o contrato inscrito, porque la función más característica del Registrador es la calificación de los documentos sometidos al Registro, la cual desaparecería si él mismo los autorizase en su fondo" (1), argumento que se basa en el pasaje de la Exposición de Motivos de la ley de 1861, que expresa: "Respecto (de la incompatibilidad del cargo de Registrador con el de Notario) se agrega la importantísima circunstancia de entrar en las miras de la Comisión que los Registros de la propiedad e hipotecas y los protocolos sean una comprobación, una fiscalización recíproca que no podría siempre esperarse si unos y otros archivos estuvieran encomendados a las mismas personas."

(1) Cita de A. Ventura, *ibíd.*, pág. 82.

No es tan simple la razón que abona el mantenimiento de ambas funciones, y se olvida el gran principio de la *autenticidad* (que debe ser anterior en tiempo) de los documentos o títulos que vayan al Registro. En otro lugar de dicha Exposición, al tratar de los títulos sujetos a inscripción, se dice:

"Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya *autenticidad* aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los Registros. Cambiar en este punto, y por regla general, lo existente, empeoraría, en vez de mejorar, la condición de la propiedad y del crédito territorial: *no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad.*"

Pero no es eso solo (que viene avalorado por el prestigio secular de una institución como el Notariado, que tanta fe inspira de antiguo en los países latinos, por su perfeccionamiento indudable y por la respetabilidad y competencia de sus individuos); existen otras razones de mayor evidencia.

Es bien sabido que en el Registro de la Propiedad se asientan *derechos*; al paso que el Notariado es un Registro de *hechos o declaraciones*, y que la esfera de acción de este último es infinitamente más amplia que la de aquél, pues que abarca casi todos los actos humanos de la vida civil con relieve jurídico (excepto los que van al Registro del estado civil), y aun en este último aspecto, la ley cubana de 17 de diciembre de 1937 otorga al Notario facultad para autorizar todos los actos de jurisdicción voluntaria y muchos del estado civil, como matrimonios, reconocimiento de hijos, etc., lo que evidencia que la institución notarial es autónoma, ajena al Registro y que en todo caso no podría suprimirse por el hecho de que se le restasen los otorgamientos sobre bienes inmuebles. ¿Qué finalidad o conveniencia tendría entonces esta supresión? No la alcanzamos.

Es más: de llevarse al Registro la función Notarial (o viceversa), aparte las razones de la Exposición de Motivos ya citadas, se embarazaría extraordinariamente la función registral, hasta el punto de que se dificultaría el estudio de los títulos, con la falta de garantía que supone el tener que hacer el despacho a una velocidad peligrosa (como vemos ocurre hoy en algunos Juzgados y Tribunales por exceso de trabajo y escasez de personal). Se argüirá que el personal puede aumentarse (aumentando, por supuesto, los gastos), pero entonces se caería en la misma situación, con la agravante de la confusión y la falta de

garantía que se deduce de que una persona califique lo hecho por sí misma o por sus subalternos, a lo cual podría redargüirse que existen recursos gubernativos y judiciales contra la arbitrariedad y el error (pero estos recursos ya constituyen un engorro en sí mismos, con aumento de gastos, dilaciones, etc.), lo que casi está eliminado en el sistema actual precisamente por la mutua comprobación de los archivos. No tiene, pues, objeto la supresión o refundición desde este otro punto de vista.

Una nueva razón es que el Notario resulta cerca del Registrador como una primera instancia en el orden procesal, el último es como una segunda instancia, y el recurso gubernativo como una casación. Las ventajas de esta susceptibilidad de revisión en cada caso son evidentes. No cabe la supresión o refundición tampoco, habida consideración de este fundamento.

Pero hay otra razón más, entre las múltiples que existen, y es la que se deduce de la diversidad de títulos que pueden venir al Registro, sin contar los documentos *privados*, que por excepción también ingresan en dicha oficina; son a saber: *Notariales*, *Judiciales*, *Administrativos* y en algunos países (España, Cuba) los *Eclesiásticos*. De suprimirse o unificarse las instituciones de Notariado y Registro, la misma razón habría para hacerlo con las oficinas y archivos correspondientes a los otros ramos que se indican (al menos, por lo que hace relación a títulos inscribibles), cuyas funciones, especialidad, esfera de competencia y jurisdicción son tan distintas e imposible de suprimir o refundir. El absurdo salta a la vista. Y sólo queda la inanidad de una supresión o refundición inútiles, ilógicas e inconvenientes.

Queden en buena hora organizados como están los institutos tradicionales que tanto nos honran y favorecen, así en lo interno como en lo internacional; no imitemos establecimientos apropiados a otros climas, idiosincrasias y organizaciones políticas, por mera afición novedosa o por la sugestividad engañosa de lo extranjero; implantemos, sí, pero con sello propio, lo mejor de otros países para beneficio de nuestros pueblos, no lo que pueda traernos catastróficas consecuencias. Máxime sea dicho cuando de continuar dichas instituciones nada impide que instauremos la publicidad con fuerza absoluta, previa la constitución de sus elementos básicos ya apuntados, y coloquemos, si es posible, nuestro sistema inmobiliario de publicidad a la cabeza de los que existen en el mundo.

De todo lo expuesto se colige fácilmente que lo que expresara el sabio hipotecarista en sus brillantes "Principios" no es en modo alguno incompatible con la institución del Notariado y las demás fundamentales del Estado, y que con la instalación de un régimen de publicidad con carácter absoluto, antes bien se complementan y perfeccionan en la convivencia de una Administración bien organizada. Obsérvese como él exige la *autenticidad* en la primera y tercera de sus conclusiones, como en la cuarta delimita nítidamente el alcance de la calificación registral y en la quinta distingue con gran claridad lo que es objeto del Registro (titularidades reales, derechos reales primarios o secundarios, vinculaciones dominicas) del Derecho de obligaciones (que sólo indirectamente y a efectos de garantía o aseguramiento de futuras entidades reales pueden llegar al Registro y ello provisional o eventualmente). La técnica del ilustre desaparecido es perfecta y tan diáfana que nadie puede equivocarla. Además, patrióticamente hablando, eso es lo nuestro, orgullo de nuestra raza y autónomo en sus contornos y en sus detalles, por lo que debemos conservarlo y amarlo "con aquella especial dilección con que se quieren las cosas propias".

* * *

Despejado ya, como hemos visto, el campo de la publicidad inmobiliaria y logrados sus elementos constitutivos fundamentales, es llegado el caso de su implantación con fuerza legal, absoluta e irrevocable, y para ello veamos someramente cómo debe funcionar en nuestro Derecho. No creemos que haya que variar mucho, siguiendo para el intento la sabia conducta de los reformadores del 61 de progresar conservando.

Digno de la más alta mención, por constituir un paso adelantadísimo en esta orientación, es el anteproyecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado, "plausible y democráticamente remitido para su estudio e informe a todos los Registradores de la Propiedad en los últimos meses del año 1943", debido esencialmente al excelentísimo señor don José María Porcioles, Director General (1).

(1) Visible en los muy notables *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, de D. Angel Sanz Fernández, docto Notario de Madrid y Vocal de las Comisiones redactoras del proyecto de Ley, del texto refundido y del Reglamento hipotecario (Madrid, 1945). Véase págs. 14 y sigs. y nota (2) a las páginas 15 y sigs.

Por lo que atañe a la organización administrativa del Registro de la Propiedad, nada aconseja que se cambie su actual regulación, en cuanto a su jurisdicción propia, autónoma y relativa; al modo de llevarlo por fincas, con sus índices cruzados y sus estadísticas, mejorando y aumentando los datos relativos a personas, derechos y aprovechamientos, valor en venta y renta, de las fincas y de sus afectaciones; conservando el Diario de las Presentaciones, las Anotaciones preventivas, etc. Este sistema, que es el tradicional, lo consideramos el más acertado.

En cuanto a si la inscripción ha de ser forzosa, voluntaria o necesaria, claro está que ha de ser *voluntaria*, porque en los regímenes constitucionales modernos no es posible llevar la coacción del Estado hasta el extremo de obligar a los individuos a realizar actos de esta naturaleza contra su voluntad, y porque los mismos implican desembolsos, dispendios de tiempo y esfuerzo personal, lo que sería injusto imponérselo por medios compulsivos; pero como, por otra parte, sería *necesaria* como constitutiva para dar vida y existencia jurídica a los derechos reales inmobiliarios, no creemos que alguno haya tan simple que, comprendiendo sus inmensas ventajas, no se acoja al seguro oficial y deje en descuido sus intereses, quizá cuantiosos, por no hacer un pequeño sacrificio. Estos medios indirectos, que preconizaba don Pedro Gómez de la Serna, son los adecuados y de una influencia moral incontrastable.

Conforme a los principios básicos que informan este sistema, la inscripción es *necesaria* en cuanto a todos para toda clase de títulos traslativos, declarativos, constitutivos, modificativos, reconocitivos y extintivos de derechos reales o de situaciones jurídicas, reales o no, pero que por ministerio de la Ley deban inscribirse.

De lo expuesto se deduce que la inscripción será en lo futuro predominantemente *constitutiva erga omnes* y será *declarativa* en aquellos casos en que el derecho real de cuya registración se trate ya existía con anterioridad en favor del mismo titular por ministerio de la Ley (como el llamado derecho hereditario); será, además, definidora de una situación jurídica real o no real que por ley deba asentarse en el Registro, en aquellos supuestos, como los de incapacidad, en que ese estado afecta al poder de disposición del titular inscrito y debe ser conocido por todos; y, por último, constituirá un asiento provisional (vocación próxima de un derecho real, *jus ad rem*, anotaciones preventivas) o

cuyos efectos plenos queden suspendidos por un plazo moderado, en aquellos casos en que, por requerimientos de la legislación civil, no pueda prescindirse de sus disposiciones (v. gr., la inscripción de derechos sucesorios en favor de herederos voluntarios, por la posibilidad de que aparezca un testamento ológrafo dentro de cinco años o bien un hijo natural, etc.).

En otros términos, que en este sistema el principio de legitimación despliega todo el alcance y fuerza de que es susceptible, invistiendo rigurosamente al titular, según Registro, de todas las acciones que se derivan del derecho inscripto y como responsable de las acciones que de contrario se le entablen o dirijan en función de su titularidad *ob rem*.

En cuanto a las acciones rescisorias y a las condiciones resolutorias meramente civiles, puede en principio afirmarse que las mismas desaparecerán, por cuanto "lo que no está en el Registro no está en el mundo". que es el corolario obligado de la publicidad esencial, y que, por lo que respecta a las primeras, tomada razón oportunamente en el folio real de la finca respectiva del procedimiento entablado o inscribiendo la ejecutoria correspondiente, producirán efectos; y en cuanto a las segundas, sólo haciéndolas constar explícitamente en el Registro cuando proceda podrán surtir efectos para todos. Ahora bien, como por ministerio de la ley existen casos de afectación real que vinculan a todo titular, inscrito o no, es visto que tales normas deberán ser aplicadas siempre, por su carácter genérico, porque figuran expresamente en la ley y a nadie es lícito ignorarlas, y porque son bien conocidas y escasas en número. A ello habrá que agregar que por efecto de las nuevas corrientes del Derecho social la propiedad se considera amenazada por sorpresivas disposiciones que mermen su contenido y que por ser de carácter general y obligatorio todos deban cumplirlas.

A riesgo de incurrir en una digresión, digamos cómo entendemos el llamado Derecho social: Nos parecen maravillosas las ideas expuestas por el profesor Castán, en cuanto a esa nueva manifestación jurídica, en especial las conclusiones a que arriba, en su estudio, profundamente filosófico, publicado hace algunos años en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1). Deploramos que la escasez de espacio no nos permita examinarlo ahora y remitimos a su provechosa lectura.

(1) *El derecho social (En torno a los diversos criterios de definición y valoración de esta nueva categoría jurídica)*, por D. José Castán Tobeñas; loc. cit., año 1941, págs. 513-538.

En una conferencia nuestra sobre "La función social de la propiedad" (1), dijimos:

"Ultimamente se ha hablado mucho entre nosotros de la *función social* de la propiedad, y es porque el artículo 87 de la nueva Constitución ha puesto de moda ese tema; pero como la obligada interpretación de un concepto tan amplio ha servido a ilustrados autores para atribuirle un sentido conforme con los gustos y orientación científica de cada uno, hemos visto fluctuar aquella noción de un extremo a otro, desde aquel que considera a la propiedad con sus atributos clásicos hasta aquel de más marcado sabor abolicionista; desde el que considera que el precepto constitucional es irrelevante hasta el que la atribuye toda una teoría de derecho colectivista.

Para nosotros, la expresión no significa otra cosa sino que de la propiedad debe hacerse un uso *normal*, y que las extralimitaciones deben ser reprimidas, o sea, que cuando el dueño abusa de su derecho o las demás personas interfieren o lesionan los legítimos intereses de aquél, el Estado debe interponer su función moderadora hasta conseguir que el dominio vuelva a sus justos límites y que nadie los traspase hacia dentro ni hacia fuera."

Esa es nuestra orientación en cuanto al sentido que deberá tener el Derecho social en sus frecuentes contactos con las instituciones del Derecho clásico y tradicional, y por ello nos lucen sumamente pesimistas e inaceptables (no obstante la gran autoridad de quien provienen) las ideas de Hedemann (2) al respecto, cuando advierte que supondrá gran dificultad apartar de la tierra "la maldición del dingro"; que los libros hipotecarios, nadie duda que se conservarán, pero sí cabe poner en duda con qué finalidades y valor; que la propiedad vinculada a las familias o considerada *res extracommercium*, los patrimonios inembargables e inscritos en listas especiales, y las hipotecas anatematizadas como guardias del maldito dinero, son cuerpos jurídicos que para nada necesitan el aseguramiento frente a terceros del Registro, ni la revocabilidad de las transmisiones, ni el desarrollo capitalista del crédito; y que mucho menos utilizará el nuevo técnico *la sustantividad de la inscripción*, la *fides publica*, la protección de las ejecuciones judiciales, el juego rígido

(1) Publicada en la *Revista del Colegio de Abogados de la Habana*, año IX, núm. 62, abril-junio 1946, págs. 240 y sigs.

(2) Citado por D. Sebastián Moro Ledesma en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año XXII, núm. 222, noviembre 1946, págs. 657 y sigs.

de los principios y el sorprendente engranaje de los elementos del sistema inmobiliario.

Y afirmamos que no es posible prescindir de las conquistas seculares del Derecho, porque ellas se cimentan en el desenvolvimiento de la vida y en la evolución normal de las ideas, que constituyen, a fin de cuentas, el valladar granítico que contiene los embates irreflexivos de las tendencias extremistas.

El gran principio de publicidad con fuerza absoluta, una vez admitido, producirá como uno de sus mejores objetivos el de hacer desaparecer la figura mal llamada y peor entendida del "*tercero hipotecario*". Aunque no se lograra otro resultado, ya eso sería bastante. ¡Cuántos dolores de cabeza nos ha dado a todos esa entidad fantasmal, que ha tenido la triste virtud de quitar el sueño a nuestros jurisconsultos, por la facilidad con que aparece y desaparece al combinar los preceptos que informan un problema jurídico inmobiliario! Todos hemos observado en nuestra práctica profesional cómo en los problemas hipotecarios, tan importantes, el tercero es la clave y que para los intereses de nuestro cliente puede significar la ruina o el éxito.

De poderse implantar, como anhelamos, la publicidad substantiva en nuestro Derecho, evitaremos que se pueda seguir diciendo, con razón, que aún tienen la misma vigencia de hace un siglo las bases que formulara don Claudio Antón de Luzuriaga, y lograremos, como suprema conquista, que dejen de ser una como aspiración inalcanzable los fines que se proponía la reforma hipotecaria, según el preámbulo del R. D. de 1855, y haremos que se conviertan en una esplendorosa realidad, para honra y prez de nuestras Patrias.

MANUEL ROBLES ESPINOSA.

Abogado

La Habana.

Temas sobre el Impuesto de Derechos reales

Hemos retrasado más de lo que fuera nuestro deseo la continuación del diálogo que, en las páginas de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, venimos sosteniendo con el muy culto Registrador de la Propiedad Sr. Ruiz Artacho. Vamos, pues, a reanudarlo hoy y a evacuar el trámite de *duplica*—empleando por analogía el tecnicismo procesal civil—en este litigio académico (1).

El matiz en el que nuestros respectivos puntos de vista llegan al ápice de la disparidad es el referente al concepto “adjudicación para pago” cuando la deuda de que se trate no tenga el carácter de reglamentariamente deducible.

La tesis que se nos opone es ésta, planteada en estas palabras: “En el punto fundamental del problema planteado y con relación sólo a la herencia, mantuvimos el criterio de que para que proceda la liquidación por el concepto de *adjudicación para pago de deudas* se precisaba, entre otros requisitos que no hacen al caso, el de que existan deudas que, según el Reglamento citado, fueran deducibles. Aparte de en las consideraciones y citas de resoluciones que allí hicimos, nos fundamos principalmente en el número 13 del artículo 103 del citado texto reglamentario que condiciona la práctica de tal liquidación al hecho de que existan deudas que fiscalmente sean deducibles. En el caso—dice—de que proceda la deducción o rebaja de deudas...”

“De aquí surge la consecuencia—sigue diciendo el Sr. Ruiz Artacho—de que si en una herencia se alega la existencia de deudas que no sean deducibles reglamentariamente, hágase o no adjudicación de bienes para su pago, no procede rebajar su importe de la herencia, pero

(1) Pueden consultarse los números de esta REVISTA correspondientes a agosto-septiembre de 1946, y enero y marzo de 1947.

tampoco procede girar liquidación alguna por el consabido concepto de adjudicación para pago de deudas."

Frente a esa teoría, la nuestra es esta otra: la alegación de la existencia de deudas contra el caudal relicto en una testamentaria, causa, en todo caso y sean o no deducibles, liquidación, siempre que en el documento particional se haga adjudicación de bienes, sea en pago, sea para pago.

Empecemos por el caso o supuesto—siguiendo a nuestro interlocutor—en que "los interesados se limiten a hacer constar la existencia y cuantía de las repetidas deudas con la natural pretensión de obtener una ventaja o rebaja del impuesto" y sin hacer especial adjudicación de bienes para su pago.

Ante tal hipótesis, sostiene que "es indudable que deberá girarse la liquidación por la cuantía total de la herencia, sin deducción alguna por razón de esas deudas", y que, lejos de nacer el concepto deducido de adjudicación para pago, "tal liquidación, no sólo sería injusta, sino que constituiría una evidente extralimitación del liquidador", ya que no sería posible encontrar disposición ni cita jurisprudencial en qué apoyarla.

A ello vamos a enfrentar nuestro punto de vista, no sin decir antes que no se nos alcanza qué es lo que se quiere decir o cómo se comapagina la afirmación de que los interesados se limitan a hacer la declaración en los términos dichos a fin de "obtener una ventaja o rebaja del impuesto", con la afirmación subsiguiente de que se ha de liquidar por el total importe de la herencia sin deducción alguna, puesto que si declaran la deuda para conseguir dicha rebaja o ventaja y, sin embargo, la liquidación ha de girarse por el total caudal inventariado sin deducción alguna, ¿en qué consiste o dónde ha ido a parar aquella ventaja para el contribuyente?

Esto aparte de que cuando los contribuyentes declaran deudas en las testamentarias no lo hacen platónicamente, sino con el fin primordial de que se les tengan en cuenta y se les deduzcan de la base liquidable en el concepto de herencia, especialmente cuando el tipo de liquidación que a ésta corresponde es más gravoso que el de adjudicación.

Supuesto, pues, que el caso se presente en los términos dichos, decimos que para nosotros es palmario que lo primero que tiene que hacer el liquidador es dilucidar si la deuda declarada reúne o no los requisitos reglamentarios para ser considerada como deducible y de ello

sacar las consecuencias fiscales, porque no nos parece discutible que el liquidador, ante una relación de bienes por fallecimiento de una persona y una vez practicada la comprobación, lo primero que tiene que determinar es el importe de la herencia propiamente dicha para fijar a continuación actos, conceptos y bases, y, por consiguiente, ello requiere dilucidar si las deudas son o no deducibles.

Llegados a este punto, con el cual no dudamos que estaremos conformes ambos contendientes, sigamos la primera de las hipótesis: las deudas no son deducibles y no se hace adjudicación alguna por los interesados para su pago. Entonces—decimos—ninguna liquidación puede girarse en tal concepto. Todo el caudal tiene el concepto fiscal de herencia y sobre su totalidad se ha de liquidar al tipo de herencia que corresponda, siempre, claro está, que a cada heredero se le adjudiquen los bienes en la proporción que con arreglo a la Ley, o al testamento, en su caso, le corresponda, porque si así no ocurriese, se estaría en el caso de aplicar el precepto del apartado 9) del artículo 9.º del Reglamento por los excesos o diferencias en más.

¡Ah!, pero si la deuda fuese deducible, entonces el liquidador, aunque no haya adjudicación de bienes con relación a ella, tendrá que tener en cuenta el acto deducido de adjudicación y liquidarlo junto con el de herencia, si bien descontando de la base liquidable de ésta el importe de la deuda. Y tendrá que hacerlo así, porque, como antes decíamos, ha de discriminar jurídicamente lo que es herencia y lo que no lo es, o, dicho de otra manera, los distintos conceptos en que los bienes pasan del causante a los herederos. La trascendencia de estas normas se ve más claramente con un ejemplo: herencia de padres a hijos, caudal una casa gravada con una hipoteca de 50.000 pesetas y valorada en 100.000, sin que en la testamentaria se diga nada de adjudicación en pago, ¿es que se ha de liquidar como herencia por 100.000 pesetas y prescindir del concepto reglamentario de adjudicación sobre la base de 50.000 pesetas, con injuria de claros principios jurídicos fiscales y perjuicio evidente, además, para el Tesoro?

El segundo supuesto que el Sr. Ruiz Artacho establece es el de deudas hereditarias que no son fiscalmente deducibles, y ello, no obstante los interesados, las deducen del importe de la herencia y hacen expresa adjudicación de bienes para su pago.

El caso requiere una subdivisión de supuestos para quedar completamente esclarecido, según el enfoque que nosotros le damos.

Si el heredero no es más que uno, no hay problema. Al no ser la deuda deducible, todo el caudal es herencia y todo lo recibe el heredero como tal y no hay, por consiguiente, más acto liquidable que el de herencia sobre su total cuantía, aunque parte de ella se la atribuya como heredero y el resto como adjudicatario. Si por este concepto se le liquidase sin deducir el importe de la base de esa liquidación de la herencia, se produciría una verdadera duplicación de pago.

Si los herederos son dos o más, el problema cambia radicalmente de perspectiva y de solución, siempre y cuando la adjudicación en pago o para pago no se haga a todos con estricta proporción a lo que reciben por herencia, ya que si esta proporcionalidad se guarda estaríamos en el caso anterior.

Efectivamente, si los herederos son dos o más y sólo a uno de ellos se le forma hijuela de adjudicación de bienes en pago o para pago con deducción de los mismos de la herencia, entonces la liquidación por herencia sobre el total caudal inventariado es incuestionable y también lo es la que proceda por adjudicación.

¿Sobre qué base? Esto es lo que con extensión tenemos reiteradamente expuesto y ahora volvemos a reproducir, siquiera sea resumido, aunque tengamos en contra no solamente el parecer de contradictor tan competente como el Sr. Ruiz Artacho, sino también el del Tribunal Central Económico-Administrativo, cuyos respetos, claro es, dejamos a salvo por entero.

Poníamos el caso concreto—real, por otra parte, y objeto de un fallo del aludido Tribunal—de un haber hereditario de 200.000 pesetas en el que son partícipes dos herederos. Aparecen 50.000 pesetas de deudas que reglamentariamente no son deducibles, sea porque no lo són en sí mismas, sea porque no se justifican como el Reglamento exige.

Los dos herederos hacen la deducción y dejan reducido el caudal hereditario a 150.000 pesetas, adjudicándose en tal concepto de herederos la mitad cada uno, o sean 75.000 pesetas. Las restantes 50.000 son adjudicadas a uno de ellos en el concepto de adjudicación para pago.

Queda, pues, patente que ese heredero adjudicatario nunca podría percibir como *heredero* más que 100.000 pesetas, mitad del caudal inventariado, y, sin embargo, percibe 75.000 como heredero y 50.000

como adjudicatario, o sean 25.000 pesetas más sobre aquel máximo de cuota hereditaria.

¿Cuál o cuáles son las liquidaciones que reglamentariamente han de practicarse?

El liquidador que intervino en el caso concreto del que nosotros exhumamos el ejemplo, giró a los dos herederos sendas liquidaciones por el concepto de herencia sobre la base de 100.000 pesetas a cada uno, y otra al adjudicatario de las 50.000 pesetas, sobre esa base y en el concepto "adjudicación en comisión para pago", y el Tribunal Central anuló esta liquidación fundado en que esa liquidación suponía una inmotivada doble tributación sobre dicha cantidad.

En ese criterio abunda el Sr. Ruiz Artacho, y al enfrentarle el nuestro empezamos por decir que para nosotros la doble tributación no alcanza más que a la base de 25.000 pesetas, no a la de 50.000. Ello se evidencia con sólo tener en cuenta que ese adjudicatario recibe en total 125.000 pesetas y paga sobre 100.000 como heredero y sobre 50.000 como adjudicatario; luego es claro que sobre 25.000 paga dos veces.

Dicho de otra manera: lo que resulta es que él, realmente, lo que recibe de exceso sobre las 100.000 pesetas de su haber hereditario —por las cuales ya paga como heredero— son 25.000 pesetas, y sobre ellas es completamente indiscutible que debe tributar por el concepto en que las recibe, que es el de adjudicación para pago, so pena de desconocer los principios más elementales del impuesto.

Se dirá que sobre esas 25.000 pesetas ya ha pagado el otro heredero, puesto que lo que el liquidador hizo fué liquidar a cada uno sobre 100.000 pesetas por herencia y que ahí es donde está la duplicación de pago; pero el argumento lo desatamos diciendo que es verdad lo primero y también que es verdad que esas 25.000 pesetas tributan dos veces, y, sin embargo, no lo es que de ahí nazca una duplicación de pago, porque la verdadera duplicación supone que el pago se realice no solamente sobre los mismos bienes, sino también por el mismo acto y concepto, y aquí, aunque los bienes sean los mismos, el concepto es distinto en cuanto a las repetidas 25.000 pesetas, puesto que es el de adjudicación para pago.

Aunque sea machaconamente, volvamos a decir que cada uno de ellos adquiere por ministerio de la ley, dado el supuesto de que se trata, 100.000 pesetas, y que, por lo mismo, es inconcuso que sobre

esa cifra han de girarse sendas liquidaciones; y al mismo tiempo es una realidad jurídica que por acuerdo y conveniencia de ambos el uno recibe 25.000 más, por las que necesariamente tiene que tributar en el concepto en que las adquiere, que no es el de heredero, sino el de adjudicatario para pago.

Sobre ellas ha pagado como heredero el otro derechohabiente, es verdad; pero ese pago no puede aprovechar al que por convenio las adquiere ni ello envuelve duplicación de pago, porque cada uno tiene que tributar por lo que adquiere por ministerio de la ley, aparte de todo convenio entre ellos, y, por consiguiente, si uno de ellos consiente en desprenderse de una parte de lo que la ley le asigna lo hará disponiendo de lo suyo y el coheredero lo adquirirá no ya del causante, sino en virtud del convenio, y no podrá decir que por esa porción de bienes está ya pagado el impuesto sucesorio y que el exigírselo engendra doble exacción. El impuesto sucesorio sí está pagado, pero no lo está el que engendra la nueva convención.

Mas es, según esa teoría, sobre la duplicación de pago contra la que nos revolvemos, salvando toda la consideración que los contradictores merecen, habría que borrar el párrafo 9) del artículo 9.º del Reglamento, que dice así: "Cuando en las sucesiones hereditarias se adjudiquen al heredero o legatario bienes que excedan del importe de su haber en concepto de tal, satisfará el impuesto que corresponda por la cesión de dicho exceso sin perjuicio de que todos los herederos abonen el impuesto correspondiente a la transmisión hereditaria del mismo exceso"; cuyo principio fiscal, dicho sea de paso, es el mismo que informa el apartado 18 del artículo 19 del mismo texto legal.

Habría que borrarlo, sí, porque en él bien claro está el doble pago sobre el exceso de adjudicación, y, por lo tanto, patente está la duplicación de pago tal cual la entienden los que no participan de nuestro modo de pensar.

Volvamos al ejemplo propuesto y confrontándolo con el párrafo reglamentario transcrito, siempre ante el supuesto de que la deuda aludida no es deducible reglamentariamente—que es tanto como decir que fiscalmente no existe—, veremos cómo nuestra tesis se refuerza y confirma.

Cada heredero tiene derecho a un haber de 100.000 pesetas en concepto de tal, mas ellos, por las razones que sean—en el caso por-

que admiten la existencia de cierto pasivo—, adjudican a uno de ellos 75.000 pesetas y al otro 125.000, es decir, 25.000 pesetas de exceso “sobre el importe de su haber en concepto de tal” heredero. ¿Qué hacer? ¿Cómo liquidar? El precepto es tajante: al que adquiera la parte de exceso se le liquidará éste como cesión, y sin perjuicio de eso los dos herederos “satisfarán el impuesto correspondiente a la transmisión hereditaria del mismo exceso”, como el precepto impone.

¿Es esto duplicación de pago, rectamente entendida? No; no solamente por las razones que van dichas, sino porque sería absurdo suponer siquiera que el Reglamento la acoja.

Expuestos los anteriores razonamientos no queremos pasar por alto el argumento que nos hace nuestro académico contrincante cuando se enfrenta con uno de los que nosotros exponíamos en nuestro anterior artículo.

Era aquel en que decíamos que al encontrarse el liquidador con una adjudicación expresa de bienes para pago—con la salvedad antes dicha—tiene necesariamente que ser liquidable dada la inexorable división tripartita de los actos jurídicos en sujetos, no sujetos y exentos, y dado que no puede ser calificada ni de no sujeta ni de exenta; y a ello opone dos argumentos, que vamos a analizar separadamente:

Primer argumento—“Si la Administración resuelve que en tales casos no existen fiscalmente las pretendidas deudas, tendrán que aceptarse todas las consecuencias de ello derivadas y, por tanto, si no existe o no se admite deducción, no hay adjudicación de bienes para su pago.”

Francamente, el argumento nos parece deleznable y por añadidura sofístico: la Administración no se mete a dilucidar si las deudas tienen existencia real; lo que se dice es que fiscalmente no existen y que *no son deducibles*, lo cual es completamente distinto, y esto lo hace, como es bien sabido, no solamente para cerrar el portillo de la defraudación en aquellos casos en que el tipo hereditario es mayor que el de adjudicación, sino para poder determinar además la verdadera base liquidable por razón de herencia.

Segundo argumento.—Este lo da nuestro ilustrado colega como refuerzo del anterior, y dice que en el caso ocurre algo análogo al de aquellos otros en que se discute la verdadera naturaleza jurídica del negocio declarado por los interesados, en cuyo supuesto manda el artículo 41 que se prescinda de la nomenclatura adoptada por éstos y que el impuesto se exija según la que civilmente le corresponda; y

aplicando esa norma añade: si las partes "otorgan una compraventa, y por estas o aquellas razones el liquidador descubre que lo que pretendieron fué enmascarar una verdadera donación en fraude del Tesoro, además de esa donación ¿habrá de ser liquidada la compra con el pretexto de ser acto sujeto?"

Contestación: Negamos en redondo que exista ni la más leve paridad entre lo previsto en la aludida norma general de liquidación del impuesto y el caso que tan prolijamente estamos debatiendo. La previsión reglamentaria se refiere a un problema de puro derecho, cual es el de precisar la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato declarado—de un solo acto—, y el caso que nos ocupa va más allá y dilucida si además del acto liquidable que la herencia engendra por si misma hay otro que de él se desprende a virtud de las normas jurídico-fiscales aplicables a la distribución de la herencia hecha por los interesados. Por consiguiente, en aquel primer supuesto sería absurdo pensar en la posibilidad de girar dos liquidaciones.

Hemos llegado al fin del camino, aunque no sabemos si nos habremos detenido demasiado en él, y damos fin a estas apostillas sin rehuir ninguno de los argumentos que se nos han opuesto, e incluso hemos hecho referencia, sucinta, para no exagerar la prolijidad, a los "excesos de adjudicación", accediendo a los deseos e invitación del competente colega con quien polemizamos.

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

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

APLICACIÓN RIGUROSA DEL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL. NO OBSTANTE LO DETERMINADO EN EL 882 DEL MISMO, SEGÚN EL CUAL SE TRANSMITE AL LEGATARIO LA PROPIEDAD DEL LEGADO DE COSA ESPECÍFICA Y DETERMINADA, PROPIA DEL TESTADOR DESDE QUE ÉSTE MUERE, ES DE OBSERVANCIA EL ANTES CITADO ARTÍCULO 885, QUE, SIN DISTINCIÓN ALGUNA DE LAS DIVERSAS CLASES DE LEGADOS, PROHIBE AL LEGATARIO OCUPAR, POR SU PROPIA AUTORIDAD, LA COSA LEGADA, CUYA ENTREGA Y POSESIÓN DEBERÁ PEDIR AL HEREDERO O AL ALBACEA CUANDO ÉSTE SE HALLE AUTORIZADO PARA DARLA.

Resolución de 19 de mayo de 1947 («B. O.» de 19 de septiembre).

Don J. L. otorgó testamento abierto ante el Notario que fué de Badajoz, D. Jesús Rubio, el 6 de mayo de 1936, y entre otras disposiciones figuran las siguientes: que sus bienes consistían principalmente en dos fincas urbanas radicantes en Badajoz: una, en la calle de Martín Cansado, núm. 62, y otra, en la carretera de Valverde; pero que en todo caso se estaría, en cuanto a este particular, a lo que resultare el día de su fallecimiento de sus documentos respectivos; legó en pleno dominio la casa de la calle de Martín Cansado a su hermana de madre, M. S., y en la otra casa, así como en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituyó herederos en pleno dominio y por terceras e iguales partes, en cuanto a una, a los hijos de su difunta hermana J., llamados A., A., J. y F.; respecto a la otra, a los hijos de su fallecido hermano de madre, M., llamados J. y A., y, finalmente, en la tercera parte restante a su hermana de madre, O.

Con estos antecedentes el Notario de Badajoz D. Ramiro Theinudo y Hurtado autorizó el 17 de diciembre de 1945 una escritura de aceptación de legado específico y adjudicación de bienes en la que compareció don J. J., como mandatario de doña M. S., debidamente autorizado a tal efecto por escritura otorgada ante el mismo Notario el 7 de noviembre de 1945, e hizo constar: que don J. L. falleció en Badajoz el 30 de octubre de 1945, estando viudo del unico matrimonio contraído con doña M. L., del que no había tenido sucesión; que dicho causante otorgó testamento abierto ante el Notario que fué de Badajoz D. Jesús Rubio el 6 de mayo de 1936 y dispuso de sus bienes en la forma que se hizo constar anteriormente; que los gastos de última enfermedad, entierro y sufragios del finado los había satisfecho la poderdante de su peculio propio, renunciando a su reintegro, por lo que no se hacían bajas del caudal hereditario; que no existían deudas contra la testamentaria ni más bienes que la casa sita en la calle de Martín Cansado, núm. 62; que en la cláusula segunda del testamento el causante determinó los bienes que le pertenecían y que eran, aparte de la casa antes aludida, otra situada en la carretera de Valverde; que la primera fué legada a su representada, doña M. S., y en la otra, así como en el remanente de sus bienes, nombró herederos a los designados anteriormente; que la citada casa en la carretera de Valverde fué vendida por el causante a don J. C. C., según escritura autorizada por el Notario de Badajoz don Jesús Rubio, oportunamente inscrita; que, en consecuencia, no habían quedado al fallecimiento más bienes que la casa legada a su representada, y la institución de herederos había quedado sin efecto por no existir bienes; que por esta causa no concurrían los herederos al otorgamiento, pues si bien es cierto que conforme al artículo 885 del Código civil la legataria no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, como el testador no nombró albaceas, pidió a los herederos nombrados la posesión de la casa que les fué concedida, faltándole únicamente el requisito formal de haberla recibido por instrumento público; que, además, conforme al artículo 882, adquirió la propiedad del inmueble desde el momento de la muerte del causante, y así lo confirma la Resolución de 30 de diciembre de 1916; que por esta aceptación y adjudicación no se perjudican los derechos de los herederos del causante; y que, en consecuencia, llevaba a efecto la

adjudicación, y en el concepto en que intervenía aceptaba la escritura y el legado para su mandante.

Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Badajoz, causó la siguiente nota:

«No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto no subsanable que impide tomar anotación preventiva, aunque se solicitara, de otorgarse la escritura de aceptación y adjudicación de la cosa legada por la propia legataria, representada por su mandatario, don J. J., siendo así que por imperativo del artículo 885 del Código civil el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla, y resultando del testamento del causante que éste no designó albaceas ni contadores partidores con facultad de entregar legados, y que instituyó herederos por terceras partes a las personas que en él se designan, son tales herederos los que han de verificar la entrega y otorgar la correspondiente escritura para que pueda ser inscrita la cosa legada en el Registro, sin que a esta exigencia se oponga la consideración de que en los legados de cosa específica y determinada propia del testador el legatario adquiera su propiedad desde que aquél muere, porque hay que relacionar el artículo 882 del Código civil, que así lo establece, con el requisito formal exigido por el 885 antes citado, aparte de que una cosa es la adquisición civil de un derecho real y otra su consumación por la tradición y los requisitos formales de la entrega para que tal derecho tenga acceso al Registro; criterio que confirma la ley Hipotecaria al establecer en su artículo 42, núm. 7.º, el derecho de pedir anotación preventiva al legatario que no tenga derecho según las leyes a promover el juicio de testamentaría, no sólo tratándose de legados de género o cantidad, sino, como determina el artículo 47, también el legatario de bienes inmuebles determinados; anotación que sería innecesaria si el legatario de una finca pudiera inscribirla sin necesitar que se la entregaren los herederos del testador.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto presidencial, declara que la escritura no se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, en mérito de la brillante y correcta doctrina siguiente:

Que el artículo 882 del Código civil, según el cual se transmite

al legatario la propiedad del legado de cosa específica y determinada propia del testador desde que éste muere, es necesario ponerlo en relación con el 885 del mismo Cuerpo legal, que sin distinción alguna respecto de las diversas clases de legados, prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, cuya entrega y posesión deberá pedir al heredero, o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla; doctrina que se inspira en el precedente del Derecho romano consignado en el «D. 43, 3, 1. 2».

Que la exposición de motivos de nuestra primitiva ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados, consigna que «cuando la cosa legada es determinada o inmueble, con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expire el testador; el heredero es el que tiene que entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio», y agrega que «mientras llegue el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero que, por tener inscrito su derecho y ser él adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación...», y estas palabras demuestran que la tradición de la cosa legada compete a los herederos.

Que esta solución es la unánimemente proclamada en nuestro Derecho inmobiliario y defendida por los demás destacados comentaristas del Código civil, los cuales convienen en que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia «sine qua non» para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical, que tendrá lugar en los términos prevenidos por el citado artículo 882.

Que el causante en su testamento, después de hacer constar que sus bienes consistían principalmente en dos fincas urbanas, legó una de ellas, en pleno dominio, a doña M. S., y en la otra, así como en el remanente de sus derechos y acciones, instituyó herederos por terceras e iguales partes a las personas que designó; de todo lo cual se deduce la coexistencia de una institución de herederos

y de un legado de cosa específica que determinan la rigurosa observancia del artículo 885 del Código civil.

Que esta argumentación se ve reforzada por las siguientes características que concurren en el caso planteado: 1.^a Que el tenor literal del testamento no permite afirmar que no existan más bienes que las dos fincas urbanas, toda vez que el testador se limitó a consignar que aquéllos consistían principalmente en los dos inmuebles, lo cual da a entender la posible existencia de otros bienes de distinta naturaleza, a los que concedía carácter secundario. 2.^a Que este criterio aparece reiterado, porque después de legar la casa de la calle de Martín Cansado, instituyó herederos a su hermana y sobrinos en la otra casa, y «en el remanente de sus bienes, derechos y acciones», de lo cual se infiere que no entendía que quedara agotado su patrimonio con las anteriores disposiciones relativas a ambos inmuebles. 3.^a Porque expresamente ordenó el testador que se estaría sobre este extremo a lo que resultare el día de su fallecimiento de los documentos respectivos. 4.^a Que, en consecuencia, parece aventurada la manifestación del mandatario de la legataria de que no existan más bienes que la casa objeto del legado, y peligrosa la liquidación realizada de la herencia sin la concurrencia ni consentimiento de los herederos. 5.^a Que la distinta residencia de los mismos, alegada por el recurrente como una de las causas que han impedido la entrega del legado no puede ser estimada en buenos principios jurídicos, especialmente cuando la legataria no ha utilizado la facultad que le confiere el artículo 1.005 del Código civil para conocer con exactitud la posición que adoptan los instituidos, y 6.^a Que la declaración contenida en la escritura de que la institución de herederos ha quedado sin efecto por no existir bienes propiedad del finado tampoco puede aceptarse desde el momento que falta la prueba terminante que justifique tal aseveración, y, además, porque el artículo 743 del Código impide ampliar los casos de ineficacia a supuestos preteridos por nuestro ordenamiento jurídico.

Que no cabe desconocer la existencia de situaciones en que por la falta de activo hereditario o escasa cuantía del mismo, los herederos carezcan de interés para aceptar la herencia y dificulten con su actitud pasiva la entrega de los legados establecidos, supuestos en los que sería de desear un procedimiento más flexible que im-

pidiera posibles perjuicios; mas estas anomalías sólo podrán ser corregidas mediante una reforma legislativa.

Y, finalmente, que la Resolución de 30 de diciembre de 1916, alegada por ambas partes, decidió un caso en que toda la herencia se había distribuido en legados, y la inexistencia de herederos, cuyo lugar ocuparon los legatarios para la liquidación del patrimonio, permitió entonces adoptar un criterio tolerante, y a esta misma solución podría llegarse en el caso ahora planteado si justificada debidamente la renuncia de todos los herederos quedase únicamente subsistente el legado, porque no habría posibilidad de un perjuicio de legítimas, que parece ser el motivo del legislador para impedir al legatario ocupar por sí la cosa legada sin efectuar previamente las operaciones de liquidación de la herencia y conocer mediante ellas si la manda debe quedar íntegramente subsistente o si, por el contrario, ha de ser reducida e incluso anulada.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1947.—*Riesgo en los contratos recíprocos.*

Que la Sala interpretó acertadamente el contrato, tanto por no ser lícito ni jurídico que en materia de obligaciones recíprocas un contratante pueda suspender por fuerza mayor el cumplimiento del servicio prometido y a la vez exigir el pago del precio estipulado para la prestación no efectuada, aunque si bien la cláusula 27 exime de responsabilidad a la arrendadora en el caso de que los anuncios colocados fueran objeto de destrucción o desperfectos por causa de guerra, y para este efecto se pacta que quedará en suspenso el contrato «sin pérdida para la anunciadora de sus derechos contractuales»; la interpretación lógica de la cláusula no puede ser otra que la que acertadamente le dió la Sala sentenciadora, esto es, que durante la guerra, y ante el evento de la destrucción de los anuncios, quedaría en suspenso toda la vida del contrato por ser este efecto suspensivo total el que corrientemente dimana del caso fortuito y no el de suspensión de la prestación de una de las partes, manteniendo en vigor la de la otra, como entiende el recurrente, dando a la cláusula una interpretación literal que ni es exacta ni podría ser admitida en régimen de obligaciones bilaterales por falta de causa lícita de la prestación que se pretende mantener viva sin contraprestación; máxime en caso como el de autos, en que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.285 del Código Civil, nunca sería procedente fijar la intención de los contratantes a través de la cláusula 27, prescindiendo de otras que claramente repelen la interpretación que le da el recurrente.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1947.—*Cuenta jurada. Concurso.*

La Ley de Enjuiciamiento civil, después de señalar preceptivamente en su artículo 1.158 las condiciones que han de concurrir para que a instancia de uno o más acreedores legítimos haya lugar a la declaración del concurso necesario, exige en el artículo 1.159, con términos precisos y sancionando en el 1.160 su inobservancia con la denegación de aquélla, que el promoviente justifique su personalidad, fundándose en un título que, o presentado con anterioridad como necesariamente ha de haber sucedido si deduce su

pretensión en un juicio ejecutivo, o acompañándolo al deducirla, tenga fuerza ejecutiva, y al ordenarlo así la Ley procesal priva de legitimación activa para promover el concurso de acreedores a todo el que, aun siéndolo demostradamente, no se encuentra asistido de un título de crédito que lleve aparejada ejecución. Esta inexcusable condición no puede quedar cumplida sino cuando el documento del que resulte la existencia del crédito que se invoque sea alguno de aquellos a los que, enumerándolos taxativamente, otorga el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil virtualidad ejecutiva, o por tenerla también, una sentencia firme de las que se refiere el artículo 921 de la misma Ley, en ninguno de cuyos casos se encuentran los que se derivan de la facultad que ésta concede en su artículo 8.º a los Procuradores como especial privilegio, y por ello sin posibilidad extensiva de su limitada finalidad para obtener el pago de sus derechos y suplidos sin más requisito que el de la prestación del juramento de que les son debidos, con el que se inicia el excepcional procedimiento regulado por el mismo precepto y que si en lo que tiene de apremio se asemeja al ejecutivo, se aparta radicalmente de él en la indefensión en que al litigante deudor coloca hasta que verifica el pago, y en lo que el precitado artículo previene y sanciona en el último de sus párrafos.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1947.—*Compraventa. Entrega de la cosa y precio durante la guerra civil.*

De las declaraciones de la Sentencia resulta que la actora remitió carbón contratado al puerto de Barcelona, el que fué entregado, habiendo ingresado en los almacenes de la Compañía demandada, en donde se hicieron cargo de los mismos las personas físicas que ordinariamente ostentaban facultades para ello, y habiendo sido también utilizado para los fines de la explotación, y esto sentado, no puede menos de reconocerse que la demandante cumplió, como parte vendedora, con la obligación fundamental que le imponía el contrato entregando la mercancía vendida a la compradora, sin que pueda estimarse, como la recurrente afirma, que por haberse realizado la entrega de dicha mercancía después del 18 de julio de 1936 y cuando la Red Nacional de los Ferrocarriles roja se había incautado de la Compañía demandada, tal entrega no se hizo ni pudo hacerse a la demandada, sino a una tercera persona, como era la Red roja, porque aunque la anomalía del periodo en que ejercieron su dominio sobre determinadas zonas del territorio nacional los elementos rojos dió lugar a la colectivización de ciertas empresas, al terminarse la guerra de liberación y ser recuperadas aquéllas por sus legítimos dueños éstos fueron los continuadores en el orden económico de estas empresas colectivizadas, cuyo activo y pasivo hicieron suyo, y tal principio de continuidad económica ha de aceptarse con todas sus consecuencias, por lo que no es lícito a la Compañía demandada considerar aisladamente cada uno de los actos realizados por la Red Nacional roja para poder invalidar los que estime perjudiciales y consentir los que resulten beneficiosos. En cuanto al pago de la obligación por la

demandada, sienta el Tribunal Supremo que para que éste produzca liberación del deudor no es bastante con que completamente se haga la entrega de la cosa o se realice la prestación en que la obligación consiste, según los términos del artículo 1.157 del Código Civil, sino que es preciso, conforme al 1.162, que el pago se haga a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación o a su representante legal o voluntario, estimándose que el pago hecho a un tercero solamente es válido cuando se hubiese convertido de utilidad para el acreedor o cuando se hiciese de buena fe a) que esté en posesión del crédito, como prescriben los artículos 1.163 y 1.164; pero según los términos de la Sentencia el pago discutido se hizo a una real o supuesta representación del llamado Gobierno rojo de Asturias, organismo que ni directa ni indirectamente podía tener representación legítima de la entidad actora, cuyos negocios no gestionaba, ni en último término tal pago aprovechó en forma alguna a la actora ni trascendió a su economía, por lo que no ha podido producir el efecto de liberar al deudor de su obligación.

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1947.—*Casación. Remoción de un vocal en el Consejo de familia.*

Olvida notoriamente el recurrente que la apreciación hecha por la Sala de instancia de los hechos aducidos para poder calificar una conducta y llegar a la formación de un criterio que encuentre su adecuación en el propio precepto del número 4 del artículo 238 del Código Civil, que es el fondo de esta litis, sólo es atacable en casación mediante la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con expresión del acto o documento que, deficientemente apreciados, produjeron el error evidente del juzgador en la formación de su criterio, cosa que en el presente recurso no se ha hecho, y, además de esto, que por sí solo sería suficiente para desestimar estos motivos, hay que añadir también que la falta de asistencia a las sesiones del Consejo de familia que como signo de abandono se atribuyen al recurrente no es el único hecho en que se fundamenta su remoción del cargo, sino que existen otros más, como el haber inducido a los colonos a desatender los requerimientos del tutor y a que entregasen las rentas al recurrente y no a aquél.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1947.—*Ley de Bases no es Derecho a los efectos del artículo 1.692, número 1.º, Ley de Enjuiciamiento civil. Reconocimiento forzoso de la paternidad.*

La Sentencia recurrida, si bien reconoce que de las pruebas practicadas resultan las relaciones íntimas entre la demandante y el demandado y su convivencia bajo un mismo techo; que el demandado abonó los gastos causados por la actora en el sanatorio donde dió a luz el hijo cuyo reconocimiento se pretende, y que en diferentes cartas del demandado se alude a dicho niño en términos cariñosos, ni estas cartas constituyen, como en-

tiende la Sala de instancia, el reconocimiento expreso de hijo natural, ni tampoco aquellos hechos son suficientes para constituir la posesión de estado por actos del padre o de su familia a que alude el artículo 135 del Código Civil. Alegada por la recurrente la infracción del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por aplicación indebida de la base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, dicho motivo no puede prevalecer, ya que tal Ley no puede ser aplicable por los Tribunales, porque se limita a dar al Gobierno las normas para la redacción del Código Civil, sin perjuicio de que puedan ser tenidas en cuenta como expresión de la voluntad del legislador al interpretar los preceptos del Código Civil, y en cuanto al artículo 135, si bien es verdad que éste no establece una prohibición directa de la investigación de la paternidad, como lo hace aquella base, es lo cierto que limita el reconocimiento forzoso del hijo natural a los tres casos que taxativamente menciona, y en ninguno de ellos es posible encajar el caso de autos. En cuanto al motivo segundo, donde bajo idéntico fundamento procesal se acusa la infracción de los artículos 140 y 141 del Código Civil por interpretación errónea, por entender el recurrente que, como éstos prohíben la investigación de la paternidad de los hijos ilegítimos, no naturales, a *contrario sensu* permite el Código Civil la de la paternidad puramente natural, interpretación que entiende más adecuada al estado actual de la conciencia jurídica; pero este criterio no puede prevalecer contra la terminante limitación que en este orden imprime a la pesquisa de la paternidad el artículo 135, en armonía con la base 5.ª a que anteriormente se ha hecho referencia, puesto que, sea cual fuere la opinión sustentada sobre tema tan debatido en la doctrina y en las legislaciones, los Tribunales deben someterse al imperio de las normas vigentes en tanto no sean éstas derogadas por aplicación del artículo 3.º del Código Civil, por lo que procede declarar inadmisibile el presente recurso.

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1947.—*Indemnización al arrendatario en caso de derribo.*

El desahucio por el que se demanda indemnización en el presente pleito se fundó en el propósito del propietario de derribar el edificio para construir otro en el mismo terreno, y como esta causa de desahucio no está expresamente determinada en el Decreto de 21 de enero de 1936, que se dictó para los locales ocupados por establecimientos mercantiles e industriales, dado el carácter aclaratorio de esta disposición del anterior de 29 de diciembre de 1931, hay que estar a las disposiciones de éste sobre tal causa de desahucio, el cual regula en el apartado E) de su artículo 5.º. Disponiendo en su párrafo 2.º que en esos casos el inquilino tendrá derecho a las cantidades marcadas en el párrafo 3.º del apartado A) del mismo artículo como indemnización de los daños y perjuicios que esta legislación presume *juris et de jure* que se causen en todo desahucio como mínimo indeterminable, pero sin reconocerles ese apartado E) ningún otro derecho ni distinguir las diversas variantes que aprecian otros párrafos de ese

misimo apartado A), por lo cual es evidente que el recurrente tiene derecho, por lo menos y en todo caso, a que le abone el propietario demandado, en concepto de indemnización, una cantidad igual al alquiler de seis meses que pagaba por la vivienda y de un año por el local para bar o restaurante, y al no reconocerlo así la sentencia recurrida procede la casación de la misma.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1947.—*Casación.*

Conforme a lo prevenido en los números primeros de los artículos 1.689 y 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sólo procede el recurso de casación contra las sentencias definitivas de las Audiencias o contra los autos que, recayendo en un incidente o artículo, ponen término al pleito, haciendo imposible su continuación; y, en consecuencia con estos preceptos, ha sancionado repetidamente la jurisprudencia que no tienen el carácter de definitivas, y por tanto no procede el recurso de casación contra las resoluciones que desestiman las excepciones dilatorias, porque, lejos de poner fin a la litis, facilitan su curso.

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1947.—*Competencia.*

En el ejercicio de las acciones personales dimanantes de la compraventa mercantil, cual es la de autos, es Juez preferente para el conocimiento de la cuestión litigiosa, a falta de sumisión expresa o tácita, el del lugar en que debe cumplirse la obligación reclamada, entendiéndose que si la acción versa sobre el pago del precio de la cosa vendida, y los interesados no han designado el lugar en que habrá de efectuarse, se cumplirá la obligación de pago donde se hubiera realizado la entrega real o ficticia de la mercancía, según dispone la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, interpretado por reiterada jurisprudencia en relación con los artículos 1.500 del Código civil y 50 del de Comercio, y en la carta de pedido suscrita por un intermediario y tácitamente reconocida por el comprador en las diligencias de protesto de letras de cambio acompañadas a la demanda, se expresa que la mercancía sería puesta por Valencia, expresión significativa a efectos de competencia, de que la traditio ficta se efectuaría, como se efectuó, en el puerto de aquella ciudad, por lo que se declara la competencia de Valencia, no obstante haber sido libradas letras de cambio para el cobro del precio al domicilio del comprador, porque no se ejercita la acción cambiaria, sino la derivada directamente de la compraventa, y las letras referidas sólo entran en juego como mera facilidad de pago.

LA REDACCION