

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Mayo 1947

Núm. 228

## Inscripciones especiales en el Registro de la Propiedad

### FERROCARRILES Y CANALES.

Las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan la forma y efectos de la inscripción de los ferrocarriles y canales no pecan, ciertamente, de detallistas y prolijas; dejan cuestiones muy importantes por resolver, y como esta clase de inscripciones son muy poco frecuentes, la jurisprudencia, que en otras materias llena vacíos y resuelve dudas, en ésta es también imprecisa y poco abundante.

Las concesiones de ferrocarriles y canales, como tales concesiones administrativas que son, están comprendidas en el número 10 del artículo 334 del Código civil, tienen consideración de bienes inmuebles y pueden, por tanto, ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Esta materia se ha estimado como puramente reglamentaria, pero por la importancia de estas inscripciones y por la serie de problemas a que dan lugar hubiera cabido perfectamente dedicarles algunos preceptos dentro del ámbito de la Ley. Ni aun en la nueva de 31 de diciembre de 1944 se ha estimado así, y únicamente el Reglamento de 14 de abril último introduce algunas variaciones acertadas en relación con el anterior de 1915. Nos ocuparemos de lo establecido por éste y por las disposiciones concordantes, estudiando después lo nuevamente estatuido en relación con las inscripciones de ferrocarriles y canales.

Estas inscripciones son de las llamadas "anormales". Según Roca Sastre (1), "el ferrocarril, y por lo tanto, la concesión ferroviaria, no es sólo un trozo de terreno, sino algo más: es una entidad patrimonial

(1) *Instituciones de Derecho hipotecario.*

o *res universitas*, compuesta de elementos varios, uno de los cuales es el terreno o parcela que el camino de hierro ocupa. Dentro de la entidad concesión entra un conglomerado de cosas: la vía, almacenes, talleres, terrenos, material móvil y fijo, etc... Todos los indicados elementos constituyen una sola cosa u objeto jurídico: el ferrocarril o concesión. Puede decirse que forman un verdadero patrimonio; es la llamada "unidad ferroviaria".

"La concesión—dice Jerónimo González (1)—atribuye a una persona o Empresa la construcción de un ferrocarril y la gestión del servicio público correlativo, constituyendo una figura jurídica caracterizada en su plenitud por la unidad orgánica de explotación llevada a cabo con sujeción a las leyes y pliegos de condiciones."

"Para determinar la naturaleza del derecho concedido a las Empresas se ha echado mano de conceptos clásicos (enfiteusis administrativa, usufructo temporal, arrendamiento público), ninguno de los cuales corresponde a las características de las concesiones modernas. Estamos más bien en presencia de un derecho de construir y explotar, nacido de un contrato celebrado con el Estado (*jus gestionis*), que se subordina en su desenvolvimiento al poder soberano (*jure imperii*), que del Derecho público recibe autoridad, privilegios y protección y que en la órbita del Derecho privado puede ser clasificado de derecho real inmobiliario."

El Reglamento de 1915 dedica a estas concesiones los artículos 43 y 62 al 65; el de 1947, los artículos 31, 32 y 60 al 66.

El artículo 43, referente a las concesiones administrativas en general, contiene esencialmente tres enunciados: 1.º Que la inscripción en el Registro de la Propiedad puede hacerse mediante el título mismo de la concesión. 2.º Que en aquellas concesiones que requieran, por excepción, el otorgamiento de escritura pública, ésta será el título inscribible. 3.º Que en el primer caso, después de inscrita la concesión, podrá inscribirse mediante escritura pública todo lo referente a las obras realizadas o que se realicen para el aprovechamiento de la concesión.

La Real orden de 26 de febrero de 1867, a la que, a pesar de haberse dictado para un caso concreto, se le dió carácter general, reconoció que la inscripción podría hacerse en virtud del título en que se hubiere otorgado la concesión definitiva de la obra, fuera ley, real

(1) «Las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles», núm. 171 de esta REVISTA.

disposición o escritura pública, en el Registro de la Propiedad correspondiente al punto de arranque de la obra, extendiendo breve referencia en los libros de los Ayuntamientos por donde atravesara, pertenecientes a aquel o a otro Registro. La Real orden de 16 de febrero de 1892, en relación con el Reglamento de Ferrocarriles de 24 de mayo de 1878, exigió, en cuanto a las concesiones de éstos, el otorgamiento de escritura pública, siendo ésta el título apropiado para que las concesiones fueran inscritas en el Registro de la Propiedad, porque "aun la concesión hecha directamente por el Poder legislativo no varía la índole de la relación jurídica nacida entre el concesionario y el Estado, y que para considerar perfecto el contrato de concesión, en cuanto a su forma, es indispensable escritura pública, tanto más cuanto que de haber querido el legislador marcar diferencia entre unas y otras concesiones, a los efectos de que se trata, lo hubiera expresamente establecido". Y añade "que la escritura es, bajo otro aspecto, el único documento fehaciente en que se hace constar la aceptación por parte del concesionario de las obligaciones contraídas por la concesión. Todo ello por ser pertinente al caso del artículo 24 del Reglamento". La Resolución del Centro Directivo de 5 de septiembre de 1908 confirma esta doctrina.

El artículo 31 del nuevo Reglamento, referente también a concesiones administrativas en general, mantiene la misma doctrina del anterior; pero, con una redacción más acertada, dispone que "las concesiones administrativas, en cuanto se refieran a bienes inmuebles o derechos reales, se inscribirán mediante la escritura pública correspondiente, y en los casos en que no se requiera el otorgamiento de aquélla, mediante el título mismo de la concesión...". Es decir, que aunque la idea sea la misma del artículo 43 del Reglamento anterior, en tanto que en éste el caso de inscribir por la escritura pública es lo excepcional y por el título de concesión lo general, en aquél lo general es que la inscripción de la concesión administrativa se lleve a cabo por la escritura pública en que conste, y sólo en los casos en que ésta no sea precisa se inscribirá mediante el título mismo de la concesión.

La segunda parte del mencionado artículo 31, referente a la inscripción de las escrituras en que consten las obras ejecutadas para el aprovechamiento de la concesión, coincide con la del artículo 43 antiguo.

El Reglamento Hipotecario de 1915 amplía en los artículos 62 al 65, concretamente para los caminos de hierro, canales y demás obras

públicas, las disposiciones que para las concesiones administrativas en general contiene el artículo 43. Dispone el artículo 62 que la inscripción deberá practicarse en el Registro de la Propiedad que corresponda al punto de arranque, y claro es que en el libro del Ayuntamiento en que aquél radique, haciendo constar, además, las circunstancias generales de la Ley, en cuanto sean aplicables, las especiales de mayor importancia que resulten de los pliegos de condiciones generales, particulares y facultativas, o de los planos, cuadros o presupuestos que se acompañen.

Este primer párrafo del artículo 62 prevé, al decir "las circunstancias generales de la Ley, en cuanto le sean aplicables", que algunas de esas circunstancias no pueden consignarse en casi ninguna de las concesiones especiales; así, los linderos y la extensión superficial no podrán incluirse cuando se trate de inscripciones de ferrocarriles, canales, aguas, etc., pero, en cambio, deberá fijarse en ella la medida longitudinal a que el ferrocarril o canal alcance.

Cómo se reputarán estas fincas al efecto de encabezar la inscripción, rústicas o urbanas? Esta calificación es precisa, si ha de cumplirse lo dispuesto en el número 1.º del artículo 61 del Reglamento, en relación con el número 1.º del artículo 9.º de la Ley. Galindo y Escosura plantean la cuestión, que resuelven con grandes dudas en favor de considerarlas como rústicas, aunque reconocen que en muchos Registros se prescinde de esa clasificación, que no estiman absolutamente precisa. Esa práctica será seguramente la mejor, pues si bien un ferrocarril o un canal que atraviesa campos y montañas puede estimarse por eso como finca rústica, no es natural tal calificación cuando en ello se incluyen edificios, viviendas, almacenes, etc., y el arranque es a veces en el interior de las grandes poblaciones.

En cuanto a las circunstancias especiales de mayor importancia, teniendo en cuenta que el documento inscribible ha de ser siempre la ley o decreto de concesión o la escritura pública, todos esos documentos de que habla el artículo que comentamos, pliegos de condiciones, planos y presupuestos, es corriente que figuren incluidos en el título de concesión mismo o en la escritura pública, en su caso, porque de no ser así no podrán tenerse en cuenta sino en cuanto a aquel título haga referencia a ellos, porque a veces los pliegos de condiciones y los planos mismos se modifican por causas diversas, y aquí viene como anillo en el dedo el enunciado de la Real orden de 16 de febrero de 1892, que insertamos antes, de que la escritura pública es el único documento

fehaciente de la aceptación por el concesionario de las obligaciones contraídas por la concesión.

Esta falta de precisión del artículo 62 antiguo viene remediada en el 60 moderno, que previene que en las escrituras de concesión se insertará literalmente el pliego de condiciones generales, la ley especial de concesión, las condiciones particulares y económicas y la tarifa de derechos máximos; que deberá consignarse asimismo la naturaleza de la concesión, la clase y denominación del ferrocarril, si la tuviere, puntos de arranque y término, longitud y anchura de la línea y términos municipales que atraviese.

Suponen estas disposiciones reglamentarias que estas obras o servicios públicos, ferrocarriles, canales, etc., se realizan generalmente por concesión administrativa; pero en algunos casos, sobre todo tratándose de vías férreas, es el Estado mismo el que construye y explota, y entonces, como no se trata de contrato, sino de un acto unilateral de soberanía estatal, la ley o decreto acordando la construcción, con las disposiciones administrativas complementarias, constituirán, aquél el documento inscribible y éstas los adicionales, de donde habrán de tomarse todos los demás datos reglamentarios a que se refiere el artículo en cuestión, observación ésta que puede hacerse tanto a las disposiciones del Reglamento anterior como a las del actual, que no se ocupan concretamente de este caso, a pesar de que Roca Sastre, en obra tan reciente y tan apreciada como la que antes citamos, hace también esta salvedad, y de que la Ley de 24 de enero de 1941, sobre rescate de los ferrocarriles por el Estado, puede haber aumentado considerablemente la importancia de este problema.

El párrafo 2.º del artículo 62 se ocupa de las nuevas inscripciones que hayan de extenderse a continuación de esta primera, bien como adición o como rectificación, o como resultado de declaraciones administrativas o judiciales que afecten a la existencia o extensión del derecho inscrito. Es decir, que si se ha inscrito (p. ej., sólo la concesión del ferrocarril o canal, o simplemente la ley o decreto en que el Estado acuerda su concesión) la escritura pública o documento administrativo fehaciente en que se describan las directrices, obras, edificaciones, etc., constarán en una o varias inscripciones que se extenderán a continuación de la primera y asimismo las resoluciones administrativas o judiciales que modifiquen la concesión o constituyen cargas o gravámenes sobre ella, pues a tal efecto, el artículo 154 de la Ley Hipotecaria

vigente, que no ha variado en el mismo número de la anterior, en el caso de la constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, dispone que la escritura pública en que conste se inscribirá, en caso de obra pública, en el arranque o cabeza de ella. El párrafo 2.º del artículo 62 anterior motiva en el nuevo Reglamento un artículo especial, el 61, sustancialmente igual, pero con la adición de un segundo párrafo en que se amplía a los canales y demás obras públicas, en cuanto sea posible, las disposiciones de este artículo y del anterior.

Esta serie de inscripciones en los libros de los Ayuntamientos a que corresponda la cabecera o arranque del ferrocarril o canal son, pues, las verdaderamente interesantes y de efectos jurídicos e hipotecarios perfectamente definidos, pues las breves referencias que habrán de extenderse en los libros de los restantes términos municipales por donde la vía férrea o el canal atraviere son harto desdibujadas e imprecisas.

De ellas se ocupa el siguiente artículo 63, según el cual se extenderán en los demás Registros, Ayuntamientos o Secciones cuyo territorio atraviere la obra pública, bajo número especial, un breve asiento de referencia en que se consigne la naturaleza y denominación de la concesión, la fecha del título, con las particularidades de su autorización, y el libro, folio, número y Registro en que la inscripción principal se haya practicado, tomando estos datos de la certificación expedida al efecto por el Registrador que practicó la inscripción primordial y que ha de quedar archivada en el último Registro, conservándose en los demás donde sea presentada copia bastante.

El Reglamento anterior, como el actual, han aceptado el sistema de inscripciones en el Registro de la Propiedad, para ferrocarriles y demás obras públicas, que inició la Real orden de 26 de febrero de 1867, base primordial en la materia, que se dictó para solucionar las dificultades que el sistema de inscribir en cada Registro de la Propiedad de tránsito la totalidad de la obra o concesión ocasionaba; la repetición de tales inscripciones en los libros de cada Ayuntamiento era de un trabajo, de una pérdida de tiempo y de un coste abrumadores, y ello determinó la adopción de este otro método, distinto y más sencillo que el anterior y distinto también de los posteriores, prusiano (Ley de 8 de julio de 1902) y suizo (Ley de 24 de junio de 1874), consistente en dedicar a las inscripciones ferroviarias un libro especial del Registro.

Del sistema de inscripción de los ferrocarriles en el Registro de la Propiedad anterior a la citada Real orden de 1867, y que, como hemos dicho, motivó la redacción de ésta, da idea la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de febrero de 1864, que señala como documento inscribible, tratándose de ferrocarriles, la real cédula de concesión; que la inscripción debe verificarse en todos los Registros de la Propiedad por donde pase la vía, expresando en cada uno la parte que al mismo corresponde; que la transferencia o fusión del camino de hierro deberá también registrarse en los mismos Registros en que conste la línea; que hecha la inscripción de la vía férrea no hay necesidad de volver a inscribir los terrenos que la componen, salvo en el caso en que se hubieran separado de otras fincas, en que los propietarios de éstas deberán solicitar que en las inscripciones de ellas se haga una breve mención de la separación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento Hipotecario.

Los únicos datos que las breves referencias han de contener, conforme a la citada disposición vigente, son:

1.º Naturaleza y denominación de la concesión (ferrocarril de Madrid a Irún, o canal de Aragón, etc., etc.).

2.º Fecha del título, con las particularidades de su autorización (Escritura otorgada por . . . , ante el Notario D. . . , en tal fecha; o traslado por el Ministerio de . . . de la Ley o Decreto de tal fecha otorgando la concesión o acordando la construcción de la vía férrea o canal).

3.º Tomo, libro, folio, número de la finca y de la inscripción extendida en el Registro de arranque de la línea férrea o del canal.

El artículo 62 del nuevo Reglamento es exactamente igual al 63 del anterior.

Ahora bien, ¿pueden estos datos estimarse suficientes? Para dar publicidad registral a que el ferrocarril o el canal pasa por el término municipal en cuyos libros se halle la breve referencia extendida, sí; pero para conocimiento de las demás circunstancias que puedan ser de interés, en forma alguna. Este asiento nada dice de la situación, extensión y características de estaciones, apeaderos, almacenes, depósitos de agua, y menos aún del número de kilómetros que la vía o el canal desarrollan dentro del territorio municipal a que aquél hace referencia, pero como tales datos y otros que pudieran ser igualmente interesantes no constan tampoco en la inscripción primordial, no hay

forma de que puedan averiguarse por el simple examen de los libros del Registro.

Morell (1) estima también insuficientes tales datos y entiende que el contenido de la Real orden de 26 de febrero de 1867 es en este particular mucho más perfecta. Y es así, indudablemente, porque conforme al número 4.º de la referida disposición, las breves referencias deben contener la extensión superficial del terreno que la obra pública ocupe en el término municipal en cuyo libro registral se extienda el asiento y las condiciones de los derechos reales que puedan ser de interés particular en aquellos distritos, sin necesidad en ningún caso de expresar los linderos de las propiedades colindantes ni de la propia inscripción del terreno adquirido para la construcción del camino o canal; y añade el número 5.º "que las estaciones, almacenes, presas, puentes, acueductos y demás obras que constituyan parte integrante del mismo camino o canal, como necesarias para su existencia o explotación, no requieren inscripción separada y especial, sino que se incluirán en la general o particularidades de la propia obra pública, haciendo constar en cada Registro las que se hallen enclavadas en la extensión de la línea en él comprendida".

Esta doctrina, confirmada expresamente por la Dirección General de los Registros en Resolución de 3 de julio de 1863, dibuja perfectamente la idea desenvuelta después en el Reglamento actual de que tanto la inscripción principal como las breves referencias hacen relación a la concesión de la obra pública y no a los contratos por los que el Estado o la entidad concesionaria adquieren los terrenos que aquélla ocupe, y por ello llega a no considerar precisa la previa de éstos, y señala perfectamente la necesidad de que en la breve referencia extendida en los libros de cada término municipal consten los datos que enumera y que son indispensables si la inscripción ha de tener alguna utilidad.

Morell (obra citada) observa, muy acertadamente, que este artículo 63 modifica la doctrina del párrafo 2.º del artículo 10 y del párrafo final del 57 del propio Reglamento, echando de menos en este último el no consignar expresamente en él la excepción para el caso de estas inscripciones especiales.

El repetido artículo 63 expresa, asimismo, que la extensión de las breves referencias se hará tomando los datos de que ya hemos hablado, de una certificación expedida por el Registrador que practicó

(1) *Comentarios a la Legislación hipotecaria.*



la inscripción primordial, y que ha de quedar archivada en el último Registro, conservándose en los demás, lo que sea presentado, copia bastante.

Se ofrece a Morell la duda de si los datos a que se refiere el artículo en cuestión son sólo los de la inscripción primordial, tomo, folio, etc., o todos los que deban contener las breves referencias, y si la certificación a que también se alude debe, en consecuencia, ser en relación o literal. Entiende, con razón, que esa parte del artículo está redactada con poca claridad y propone como solución el que la certificación que se expida de la inscripción principal sea literal y con ella, sin otros documentos, puedan extenderse las breves referencias en los libros de los otros Ayuntamientos por los que la línea férrea o canal atraviesa.

Bien está, pero nosotros no vemos realmente la necesidad de dicha certificación. Los documentos que han servido para extender la inscripción primordial pueden servir lo mismo para las de breve referencia, pues como en ellos ha de constar la nota de aquella inscripción, de tal nota podrán tomarse los datos del tomo, folio y demás de ésta, y de los documentos los otros datos que en la breve referencia se hayan de consignar.

Esa certificación, que habrá de tener enorme extensión, aun siendo literal, sólo podrá reproducir en parte el contenido de los documentos que produjeron la inscripción, y es claro que ni puede surtir más efectos ni añadir más claridad a dicho contenido.

¿Será precisa la certificación para extender las breves referencias en los libros de los Ayuntamientos por cuyo territorio atraviase la obra y que pertenezcan al mismo Registro donde se extendió la inscripción primordial? De la letra de los artículos 63 anterior y 62 actual parece deducirse que sí, pero como estimamos absurdo que un Registrador tenga que expedir certificación de una inscripción para extender otras teniendo en su poder el título que produjo aquélla, entendemos que esa certificación en este caso no debe ser precisa, y así lo hemos practicado.

Es de observar que para las breves referencias que, en caso de concesiones mineras, consigna el artículo 67, a pesar de que ha de constar en ella algún dato más que los que el artículo 63 exige, no se precisan esas certificaciones, sino que, como es natural, se toman esos datos del título que haya producido la inscripción principal.

El Reglamento moderno copia en el artículo 62 el total contenido

del 63 anterior, sin aclarar en nada las dudas que autores de tanta autoridad como Morell exponen, conservando esa inútil certificación y no dándonos siquiera un poco de luz con un modelito de breves referencias.

Aunque los artículos 64 del Reglamento anterior y 63 del moderno son sustancialmente iguales, éste está mucho más detallado y perfecto. Los artículos reglamentarios a los que hasta ahora nos hemos venido refiriendo hacen relación a la inscripción de la concesión administrativa o a la obra pública, es decir, como tal concesión o como tal obra, independientemente de la inscripción de los terrenos que haya sido preciso expropiar o adquirir por convenio para su realización. Los artículos ahora referidos plantean y resuelven ese problema en cuanto es posible su resolución.

Conviene ambos en lo principal, pero mientras que el del Reglamento de 1915 dice que, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, para que produzca efecto contra tercero la expropiación forzosa o la adquisición por convenios particulares de fincas o derechos inscritos, será necesaria la cancelación total o parcial de la respectiva inscripción por medio de notas marginales análogas o las formuladas en el artículo 157, el 63 actual dice textualmente: "No obstante lo dispuesto en los tres artículos anteriores, para que produzcan efecto respecto de tercero la adquisición de expropiación forzosa o por convenios particulares de fincas o derechos inscritos que hayan de formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación, será necesario que se inscriba a favor del concesionario, haciéndose constar en la inscripción que quedan destinadas e incorporadas a la obra pública considerada como unidad y que no podrá verificarse inscripción alguna posterior sin la oportuna autorización ministerial. En la inscripción de la concesión practicada en el libro del Ayuntamiento o Sección en que radicaen las fincas, se hará constar la incorporación por nota marginal."

Como se ve, el párrafo en cuestión precisa que las adquisiciones de terreno que hayan de formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación han de inscribirse a favor del concesionario con las demás circunstancias ya expuestas, todas de gran interés y precisión, sin que baste la cancelación de la inscripción anterior que tuviera a su nombre el transmitente.

Son sustancialmente iguales los párrafos 2.º y 4.º de este artículo 63 a los 2.º y 3.º del 64 del Reglamento de 1915, añadiendo aquél un párrafo 4.º referente a los derechos reales que graven las fincas adquiridas, los cuales se inscribirán bajo el mismo número que lleve la inscripción primordial o la de referencias, conforme al artículo anterior.

Este artículo es el que plantea mayores y más interesantes problemas con relación a esta clase de inscripciones. Sentado ya que la inscripción de la concesión administrativa no sólo es cosa distinta de la de los terrenos ocupados para la obra, sino que no basta para que esas adquisiciones territoriales perjudiquen a tercero, hemos de examinar la forma y efectos de tales inscripciones. Conforme a las disposiciones reglamentarias ya mencionadas, serán título para ellas las hojas de valoración, actas de ocupación de los inmuebles o convenios otorgados por los interesados "según el Registro", dice el artículo 64 anterior, y "con arreglo a la Ley", dice el artículo 63 actual, aunque debieran unirse los dos enunciados diciendo: "los convenios realizados conforme a la Ley por los interesados según el Registro".

Son, pues, tres las clases de documentos que pueden producir estas inscripciones; examinémoslos someramente. Las actas de ocupación deberán extenderse conforme al artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley de expropiación forzosa, pero ese artículo se limita a decir que una vez hecho el pago de la expropiación la Administración entrará desde luego en posesión de los terrenos o fincas expropiadas, y el acto tendrá lugar ante el Alcalde de la jurisdicción respectiva. ¿Quién extenderá, pues, ese acta? Deberá ser el propio Alcalde, toda vez que no se dice que deba asistir el Secretario ni ningún otro funcionario ni autoridad que puede dar a ese documento carácter de fehaciente, y en ella habrá de hacerse constar todos los datos consignados en el párrafo 1.º del artículo 63, puesto que esa acta es el único documento de donde el Registrador los puede tomar.

Los convenios del Estado o de la entidad concesionaria de la obra con los particulares, ¿habrán de constar en escritura pública? Entendemos que sí, cuando se hayan verificado fuera de los trámites de los expedientes de expropiación; pero si lo han sido dentro de ellos, podrán perfectamente incluirse en las hojas de valoración en que haya conformidad de partes o legalizarse mediante un acta de ocupación.

En cuanto a las hojas de valoración, aunque el párrafo 2.º del mencionado artículo 63 la señala como documento inscribible, sin

añadir otras circunstancias, entendemos que por sí solas no alcanzarán ese resultado. Las hojas de valoración formuladas por el perito de la Administración o de la entidad concesionaria no pueden ser bastantes para inscribir, sin la conformidad de los interesados o la resolución firme de los recursos que éstos puedan entablar, conforme a los artículos 52 al 58 del Reglamento para la aplicación de la Ley de expropiación forzosa y sin acreditarse el pago del precio, conforme a los artículos 59 al 65 del propio Reglamento.

Cumplidas estas formalidades, dispone el párrafo 2.º de dicho artículo 65 que las copias de esas hojas de valoración, autorizadas por el Gobernador civil, serán título para producir la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque no hubiera mediado escritura pública. Es de advertir que los expedientes de expropiación forzosa rara vez contienen dato alguno que tenga relación con el Registro de la Propiedad, a pesar de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de expropiación forzosa y de la Real orden de 12 diciembre 1894; de forma que con tales documentos poco o nada puede saberse de la situación registral de las fincas contenidas en estos expedientes, que no sólo suelen carecer de esos datos, sino de otros tan importantes como la descripción de las parcelas segregadas cuando la expropiación no es de la finca total y el título de adquisición del propietario expropiado.

Estas inscripciones, cualquiera que sea el documento que haya de producirlas, supone que están previamente registradas las fincas a favor de la persona de quien se adquieran, pues de lo contrario saldrá al paso la prohibición del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el adquirente sólo podrá utilizar en tal caso uno de los medios supletorios de inmatriculación.

De lo expuesto resulta que las fincas adquiridas por convenio o expropiación para la vía férrea o el canal pueden encontrarse en cuatro situaciones distintas con relación al Registro de la Propiedad:

1.<sup>a</sup> Situación normal. El Estado o entidad propietaria de la concesión han inscrito la finca a su favor, bien por medio de expediente de expropiación, por convenio con los interesados o valiéndose de un medio supletorio de inmatriculación.

2.<sup>a</sup> Las referidas entidades no han inscrito la adquisición y las fincas siguen registradas a favor de los transmitentes.

3.<sup>a</sup> El mismo caso anterior, pero en el que la finca figura inscrita a nombre de tercera persona.

4.<sup>a</sup> Cuando la finca no está inscrita a nombre de nadie.

Los dos casos primero y cuarto no plantean, en realidad, ningún problema, pero los otros dos, segundo y tercero, sí que los ocasionan, y de gran importancia. El artículo 63 en cuestión es terminante; esas adquisiciones de fincas con destino a la concesión administrativa de la obra pública, aun inscrita ésta, no perjudica nada al tercero si tales fincas no se han inscrito también a nombre del concesionario, pero como acertadamente dice Morell, esas adquisiciones no se inscriben casi nunca, por lo que llega a la conclusión de que si el dueño del terreno según el Registro lo vende o grava y el adquirente inscribe su derecho, la entidad concesionaria, a pesar de tener inscrita la concesión, no puede perjudicar el derecho del tercero y habrá de indemnizarle en forma legal, ya particularmente o previas nuevas diligencias de expropiación.

Esta especie de duplicidad de inscripción, la del terreno a favor de una persona y la de la concesión que le absorbe en favor de otra, convierte, según acertada frase de Roca Sastre, las inscripciones de ferrocarriles en una especie de monstruo que devora fincas, las cuales al ser asimiladas por el ente concesión sufren una especie de transustanciación registral.

La duplicidad de inscripción no es nueva, ni siquiera poco corriente, en nuestros Registros de la Propiedad; los sistemas antiguos de inmatriculación y, entonces y ahora, la falta de un catastro parcelario en que cada finca tenga su número y éste haya de figurar en todo acto o contrato de transmisión y gravamen de ella, hace posible y casi inevitable tal duplicidad.

Los expedientes de información posesoria anteriores a la reforma de 1909, casi el único medio de inmatriculación en aquella época, en que bastaba que el dueño según el Registro, en caso de inscripción contradictoria, prestara su conformidad o simplemente no compareciera al llamamiento judicial para que la nueva inscripción pudiera extenderse, producían automáticamente la duplicidad de asientos, porque como el nuevo no llevaba consigo la cancelación del anterior, quedaban los dos vigentes. Recuerdo a este efecto una finca rústica inscrita por acciones, de las que siendo ochocientas las en que estaba dividida, había más de novecientas inscripciones legalmente vigentes, por causa de la multiplicidad de las inscripciones de posesión, que, como ya hemos dicho, durante muchos años fueron las únicas de inmatriculación que se producían en muchas regiones españolas.

Mucho adelantó en el camino de corregir estas anomalías la reforma de 1909, pero aun con ella bastaba desfigurar un poco la descripción de la finca que se trataba de inscribir, con relación al asiento contradictorio, y que el titular de ése dijera que la nueva finca no era la suya, para que, inscrita ésta, quedaran en realidad dos inscripciones contradictorias, aunque las descripciones de los predios en ellas comprendidos no fueran absolutamente iguales.

Suprimida por completo por el artículo 5.º de la nueva Ley Hipotecaria la inscripción de posesión, establecida el acta de notoriedad como medio de llenar las lagunas que puedan impedir la reanudación del tracto sucesivo y dadas mayores facilidades para la incoación de los expedientes de dominio con facultades cancelatorias de posibles inscripciones contradictorias, se hará más difícil en lo sucesivo la duplicidad de inscripciones, pero no se llegará a un estado perfecto sin un también perfecto catastro parcelario.

Los artículos 64 y 65 del nuevo Reglamento son, aquél, de orden general, y éste, especial para los ferrocarriles que estén hipotecados. Prevé el primero de dichos artículos el caso de que algunos de los terrenos incorporados a la obra pública para el servicio de explotación sean declarados sobrantes, por ser innecesarios para estos fines. Tal puede suceder con el nuevo trazado de vías, cruces de ellas, variación de estaciones, almacenes, etc., y claro es que esto mismo puede llevar aneja la incorporación de nuevos terrenos para otros servicios o para sustitución de los anteriores.

Para separar esos terrenos sobrantes e inscribirlos en el Registro de la Propiedad exige el artículo 64: 1.º, traslado de la orden ministerial en que se haga dicha declaración; 2.º, que en ella se describan dichos terrenos con arreglo al artículo 9.º y concordante de la Ley Hipotecaria, y 3.º, que también en dicha orden se autorice la libre disposición de los referidos terrenos o parcelas sobrantes.

Aquí puede ocurrir la duda de que si en el caso de que la orden no contenga todas las circunstancias del artículo 9.º de la ley y concordantes, podrán éstas ser suplidas por solicitud o documento auténtico. A pesar de que la hermética redacción del artículo que examinamos no parece dejar resquicio alguno a solución distinta, entendemos que si la orden ministerial careciera de alguno de los datos legales o reglamentarios precisos para poder inscribir tales parcelas, no habría incon-

veniente en que fueran suministrados éstos por un documento complementario, incluso por una solicitud de la entidad concesionaria.

Según el párrafo segundo del mencionado artículo 64, en caso de que los terrenos, parcelas o edificios declarados sobrantes no estuvieran inscritos, se inscribirán mediante la presentación de la orden ministerial y de los títulos de adquisición referidos en el artículo anterior, o conforme al Título VI de la Ley. Es decir, que la Orden ministerial no tiene facultades inmatriculatorias, y que si esos terrenos sobrantes no están inscritos a favor del concesionario, para inscribirlos éste tendrá que acudir a la titulación supletoria que autoriza la Ley.

El párrafo tercero se refiere a las reservas que el título de adquisición o la Orden ministerial contuvieran a favor de anteriores titulares o interesados en servidumbres que hayan de quedar vigentes. Prevé, pues, la posibilidad de que los antiguos propietarios que fueron desposeídos de todo o parte de sus fincas hagan uso del derecho de volver a adquirirlas en el caso de que ya no sean precisas para la explotación de la obra pública a que fueron destinadas, y también el posible renacimiento en igual caso de servidumbres desaparecidas cuando los terrenos ahora sobrantes se incorporaron a la obra pública. Este precepto, perfectamente equitativo y justo, ha sido tomado por el nuevo Reglamento del artículo 4.º del Real Decreto de 28 de junio de 1918.

Del mismo Real decreto ha sido tomado también el siguiente artículo 65 del propio Reglamento, de aplicación especial a los ferrocarriles cuando éstos se encuentran hipotecados y se segreguen de ellos parcelas sobrantes a las que se refiere el artículo anterior. Por el enlace del 65, a que nos referimos, y del párrafo 3.º del 62, previos los trámites de notificación notarialmente o por edictos a los titulares de las hipotecas, sin que en el término de treinta días se haya entablado reclamación judicial, las parcelas separadas quedarán libres de la hipoteca, lo cual se hará constar por nota marginal en las inscripciones respectivas, como también las que se hubieren incorporado a la obra quedarán afectas a las hipotecas existentes, haciéndose constar así en su inscripción.

El artículo 66, copia del 65 del Reglamento anterior, se refiere a los edificios o construcciones, huertas, jardines, montes, plantíos o cualquiera otras fincas rústicas o urbanas y derechos reales anejos a los ferrocarriles, canales y demás obras públicas, que por no estar destinados al servicio público sean del dominio particular de los concesionarios. Estas fincas deben inscribirse separadamente en el Registro de la Propiedad,

conforme a las condiciones exigidas por la Ley y el Reglamento hipotecarios, es decir, como otras fincas cualquiera que nada tengan que ver con la concesión.

El interés que este precepto puede ofrecer estriba especialmente en que siendo las concesiones administrativas en general, y las de ferrocarriles en particular, revertibles al Estado, con todos los bienes que las constituyen, cuando llegue el plazo fijado en la condición, estas fincas que son de propiedad particular de la entidad concesionaria, no están comprendidas en la reversión y siguen siendo propiedad de aquélla, pudiendo antes y después de dicha fecha ser enajenadas libremente. Ahora bien, las hipotecas que pesen sobre la concesión pueden extenderse a estas fincas de propiedad particular del concesionario, y generalmente sucede así, cosa que ya ha prevenido la Real orden de 26 de febrero de 1867, supuesto en que se apoyan los artículos 190 y 192 del Código de Comercio, al expresar aquél que la acción ejecutiva contra la Compañía podrá dirigirse... "y contra los demás bienes que la misma posea, no formando parte del camino o de la obra, ni siendo necesarios para la explotación", y éste (el 192), concediendo a los acreedores de la Compañía una garantía igual, aun caducada la concesión.

De estos antecedentes y de los contenidos en el preámbulo del Real decreto de 28 de junio de 1918, deduce Jerónimo González, en el trabajo ya indicado, las conclusiones siguientes:

a) Es innegable que desde el primer momento se creó al lado del conjunto de bienes y derechos que integran la concesión como unidad económica indivisibles, un patrimonio particular no reversible al Estado.

b) La hipoteca en garantía de obligaciones gravaba directamente a la concesión y podía también ser constituida sobre los bienes no sujetos a reversión.

c) Los bienes no incluidos en la concesión podían ser enajenados libremente; pero mientras formasen parte del patrimonio particular de la Compañía, respondían de las deudas hipotecarias que no pudieran hacerse efectivas sobre la línea férrea, así como de las demás obligaciones contraídas por aquélla.

Una especialidad dentro de la inscripción de las concesiones de líneas férreas en el Registro de la Propiedad es la de las líneas de ferrocarriles metropolitanos que creemos comprendidos dentro de la cla-



sificación de ferrocarriles secundarios conforme al artículo 1.º de la Ley de 23 de febrero de 1912. De estos ferrocarriles metropolitanos sólo sabemos que están funcionando las líneas de Madrid (Metropolitano de Alfonso XIII), con gran tendencia a su expansión, y las dos de Barcelona, ignorando si las concesiones están inscritas en los Registros de la Propiedad respectivos.

Las de Madrid se mueven todas dentro de su término municipal; pero las de Barcelona, por lo menos la Transversal, sale de él, puesto que llega hasta Hospitalet, con la particularidad de que parte del recorrido se hace fuera del túnel, es decir, al aire libre, en cuyo trozo la vía tiene dos o tres estaciones de parada, y, desde luego, la de término.

Aplicando a estas concesiones los preceptos reglamentarios vigentes, parece que la de Madrid debe producir una sola inscripción, puesto que todas se mueven dentro de su término municipal; pero como se trata de líneas distintas, aunque sean de la misma Compañía, y como atraviesan partes de población pertenecientes a cada uno de los tres Registros de la capital, y dentro de ellos a sus diversas secciones, surge la duda de si en caso de inscripción deberán extenderse en los libros correspondientes las breves referencias del artículo 62 del Reglamento. Las palabras de ese artículo "en los demás Registros"..., pueden inducir a esa duda que nosotros no nos atrevemos a resolver.

Este problema y los demás que puedan surgir con relación a la inscripción de estas concesiones y a la ocupación del subsuelo y a la de las parcelas, terrenos o edificios necesarios para la explotación, habrán de resolverse con relación a la esfera puramente registral por las disposiciones vigentes de que nos hemos ocupado, toda vez que no las hay especiales para esta clase de inscripciones.

## C A N A L E S

Ni el nuevo Reglamento Hipotecario ni el anterior contienen disposición alguna especial referente a la inscripción de canales. Aquél dedica a las concesiones y aprovechamientos de aguas públicas y privadas los artículos 69 a 71, de modo que lo referente a canales sólo puede considerarse comprendido en los artículos 31 y 32, que se ocupan de las concesiones administrativas en general, y en los que las disposiciones contenidas en los artículos 60 al 66 para los ferrocarriles

les puedan también ser de aplicación para los canales. Hay, pues, que buscar lo privativo de esta clase de inscripciones en disposiciones anteriores a la vigencia del Reglamento, ordenatorias de doctrina que puede considerarse vigente, toda vez que la cláusula derogatoria de la disposición final del Reglamento sólo se refiere a las que se opongan a lo por él establecido.

Estas disposiciones son, además de la ya mencionada Real orden de 26 de febrero de 1867, en cuanto se considera aplicable a estas concesiones, la de 20 de diciembre del mismo año 1867, dictada con relación al Canal Imperial de Aragón, cuya doctrina puede considerarse de carácter general, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 16 de diciembre de 1863 y 10 de septiembre de 1864. De ellas se desprenden como únicas particularidades de la inscripción de canales:

1.º Que para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los canales es preciso presentar la Ley o Decreto de concesión por la que se disponga la ejecución de la obra pública, con todas las disposiciones posteriores que hagan relación a los derechos reales anejos al canal.

2.º Que para suplir la posible falta de titulación inscribible, se puede presentar en el Registro de la Propiedad los documentos supletorios suficientes a inscribir la posesión. En la actualidad habrán de ser los supletorios para inscribir el dominio.

3.º Que posteriormente pueden adicionarse o rectificarse esas inscripciones por medio de diligencias de deslinde y amojonamiento, planos, etc.

4.º Que la inscripción debe verificarse en los libros de todos los Ayuntamientos por donde cruce el canal, expresando en cada uno de ellos que se inscribe el referido canal en la parte de tal a tal kilómetro, es decir, de los que en cada término municipal se comprendan, e indicando así mismo el ancho del canal.

En todo lo demás son de aplicación las disposiciones que hemos comentado respecto de los ferrocarriles, y por tanto la inscripción primordial del canal habrá de hacerse en el punto de arranque, y todos los demás datos especiales de cada término municipal se consignarán en la breve referencia o en las inscripciones siguientes del mismo número.

Claro es que esta materia no tiene la importancia que las ferro-

viarias, no sólo por la que es propia de los respectivos servicios, sino por la poca extensión en España del sistema de canalización

Otra cosa distinta es la referente a los canales para abastecimiento de agua potable en las grandes poblaciones. Constituyen éstos una especialidad por el fin a que se destinan, y porque aunque a veces son de propiedad particular o de una entidad concesionaria, generalmente pertenecen al Estado, como el Canal de Isabel II, de Madrid, y más generalmente a los Municipios que utilizan sus servicios. Tienen, como es consiguiente, estos canales su punto de arranque de donde se traen las aguas, y el de destino, la población que las utiliza, pero ese punto de destino es en cierto modo variable, pues se distribuye en miles de direcciones que mudan y se multiplican según las fluctuaciones de la ciudad, urbanización de terrenos, nuevos trazados de calles, barriadas anejas, etc., etc., y cuya conducción es generalmente subterránea desde que entra en los límites de la población.

Como para el desarrollo de tan complicada red es preciso expropiar terrenos, ocupar solares y atravesar vías públicas para las necesidades de los complicados servicios de instalación, conservación y vigilancia, resulta más importante que la obra en conjunto con relación al Registro de la Propiedad, todos los detalles de la inscripción de terrenos adquiridos, que lo son siempre por distintos procedimientos y en diversas épocas, para asegurar así el pacífico disfrute por el Estado, el Municipio o el concesionario respectivo, de un servicio público de tal importancia que constituye una necesidad vital para cada población. Las adquisiciones, pues, de los terrenos, solares o edificaciones que se precisen para tal servicio constarán en expediente de expropiación o convenios con los interesados, siendo de aplicación los preceptos generales de la Ley y del Reglamento Hipotecario y todos los especiales ya señalados, sin perjuicio de poder inscribir la concesión administrativa, en caso de que la haya, en la forma que en su lugar dejamos expuesto.

Como ya indicamos al ingreso de este modesto trabajo, tanto las disposiciones legales y reglamentarias como la jurisprudencia sobre ellas, son pobres en la materia de que nos hemos ocupado, y merecería la pena de que se llenaran lagunas y se aclararan puntos oscuros o dudosos, en pro de la unificación de la práctica registral.

# La hipoteca de responsabilidad limitada

*Publicamos a continuación, con sincera complacencia, un interesante estudio que el Abogado, Registrador de la Propiedad y publicista cubano Dr. Mario Nin y Abarca ha escrito sobre la denominada «Hipoteca de responsabilidad limitada», y que sirvió de base a una conferencia pronunciada por su autor en el Colegio Notarial de La Habana.*

*Este trabajo, inspirado por nuestra reciente reforma hipotecaria, demuestra el interés con que en las Repúblicas de raíz hispánica se sigue el proceso evolutivo de nuestra legislación y nuestra doctrina inmobiliaria. Así lo acredita el hecho, altamente honroso para nuestros juristas, de que sus obras se conozcan, se estudien y se discutan por los jurisconsultos americanos.*

*También a nosotros, en justa reciprocidad, nos interesa sobremanera el desarrollo de las instituciones inmobiliarias en aquellos pueblos hermanos, especialmente en los que, como Cuba, han tenido legislación parigual a la española y conservan organismos, normas y hábitos afines.*

*La monografía del Dr. Nin y Abarca ofrece, por añadidura, el singular interés de analizar, a través de la legislación y la jurisprudencia cubanas, una de las nuevas modalidades de hipoteca: la de «responsabilidad limitada», admitida por nuestra Ley de 30 de diciembre de 1944, y sobre la cual, por lo reciente de su implantación, carecemos todavía en España de los necesarios complementos jurisprudenciales y de las enseñanzas de la experiencia.*

*Reanudamos con la publicación de este documentado estudio una colaboración que antes de 1936, y por la pluma del Dr. Andrés Segura Cabrera, honró nuestras páginas; y confiamos que no constituya una excepción, pues entendemos que una de las auténticas manifestaciones de hispanoamericanismo práctico consiste en este intercambio cultural, que permite aunar los esfuerzos de los juristas de aquí y de allá en pro del florecimiento de una de las más científicas y modernas ramas del Derecho.*

## SUMARIO:

1. La Ley de Reforma hipotecaria en España de 30 de diciembre de 1944.
2. Responsabilidad personal y responsabilidad real en la hipoteca.—3. Ley cubana de 3 de abril de 1933.—4. Su inconstitucionalidad.—5. La moratoria hipotecaria y los créditos personales, remanente de obligaciones aseguradas con hipoteca.—6. Decreto-Ley 490, de 7 de enero de 1936.—7. Opinión del Dr. Martínez Escobar.—8. Hipoteca no inscrita.—9. Hipoteca subsidiaria.—10. Los segundos y posteriores acreedores hipotecarios.—11. La compensación.—12. Ley de 14 de febrero de 1938.—13. Opinión del Dr. Manuel Dorta Duque.—14. Criterio del Dr. Antonio Díaz Pairó (la obligación natural).—15. La «deuda territorial» en el Derecho alemán y nuestra «hipoteca de responsabilidad limitada».

1. A comienzos de 1945 se promulgó en España la Ley de Reforma hipotecaria, que lleva fecha 30 diciembre de 1944, que ha brindado oportunidad a un connotado número de juristas adscritos a las disciplinas inmobiliarias a presentarnos la nueva ley en forma de ensayos y monografías encaminados a facilitar su implantación.

De esta copiosa bibliografía nos ha impresionado singularmente los "Comentarios a la Ley de Reforma hipotecaria" del Académico y Registrador de la Propiedad, D. Ramón de la Rica y Arenal, que sistematiza su ensayo haciendo una clasificación trimembre, a saber: I) Lo que la nueva Ley ha suprimido. II) Lo que la nueva Ley ha modificado, y III) Lo que la nueva Ley ha innovado, o sea un análisis de las supresiones, modificaciones e innovaciones introducidas en el ordenamiento inmobiliario.

2. No pretendemos presentar una nota bibliográfica de este estudio, sino comentar una afirmación contenida en el capítulo que denomina: "Responsabilidad personal y responsabilidad real en la hipoteca". Precisamente el título de este trabajo ha sido inspirado por el Registrador De la Rica; sostiene éste que la Ley de Reforma ha llegado a establecer en materia de hipoteca una especie de *deuda real* exclusiva, no ajena del todo a una obligación personal garantizada (puesto que ésta sigue siendo ineludible para la génesis de la hipoteca), pero sí en forma tal que sólo y exclusivamente los bienes hipotecados respondan de la obligación asegurada; es decir, una hipoteca que pudiera denominarse de "responsabilidad limitada".

Pasa después a relacionar los dos artículos que consagran la reforma en esta materia de la responsabilidad real y la responsabilidad personal en la hipoteca; el artículo 138 que en su párrafo primero

señala que "la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor, que establece el artículo 1.911 del Código civil" (1). En otras palabras, una ratificación del carácter clásico de nuestra hipoteca, tal como la concibieron los jurisconsultos romanos, como un derecho real accesorio o de garantía; pero el párrafo segundo del propio artículo añade: "No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor". El autor, después de transcribir las palabras del Sr. Aunós, exponiendo las razones técnicas que justificaban la innovación, expresa sus dudas sobre el éxito de la medida, "pues es preciso contar con el consentimiento del acreedor, y dada la posición de inferioridad contractual del deudor, serán pocos los acreedores generosos que renuncien de antemano al posible ejercicio de acciones personales contra todos los bienes de aquél".

Comentando el alcance de la reforma, agrega: "Modifica abiertamente el principio de responsabilidad patrimonial total del obligado, sancionado por el Código civil, y emplaza a las hipotecas constituídas con dicha cláusula en una posición semejante a la hipoteca independiente o *Grundschuld* del Derecho alemán, por cuanto sólo puede hacerse efectiva sobre los bienes hipotecados, con exclusión de otros cualesquiera, pero no idéntica, por cuanto necesita al constituirse una obligación personal, de la que la hipoteca es accesorio, y mantiene en parte las relaciones jurídicas entre deudor y acreedor. Constituye, pues, una forma hipotecaria intermedia, *creación genuina de nuestra legislación*, en la que el deudor se desliga en cierto modo de la obligación, por afectar ésta solamente a una porción limitada de su patrimonio. Un trasunto, pudiera decirse, de la idea cardinal de las sociedades mercantiles colectivas de responsabilidad limitada, transportada al campo hipotecario, lo que justifica que se le denomine oficialmente como hipoteca de responsabilidad limitada."

Antes de comenzar nuestro juicio, queremos seguir exponiendo el

(1) «Art. 1.911. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.»

alcance de la reforma y los comentarios del autor en la materia que nos ocupa, con mayor motivo cuanto que nos consta que el número de ejemplares recibidos en La Habana de este interesante libro ha sido muy reducido.

En efecto, la Ley de Reforma no sólo prevé este caso en que el deudor se desliga *a priori* de la obligación personal, sino también en que el deudor se libera *a posteriori*, no ya de esta responsabilidad sin límites, sino de toda responsabilidad, real y personal, por razón del préstamo hipotecario, como en el caso de enajenación de la finca hipotecada cuando así se pacte expresamente.

El artículo 118 dispone que "en caso de venta de la finca hipotecada, si el vendedor y comprador hubieran pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito".

De la Rica considera que la nueva norma es sumamente práctica y le augura un gran éxito de aplicación, en consideración a que los vendedores de fincas hipotecadas querrán siempre quedar liberados de toda obligación dimanante del préstamo hipotecario; los compradores, si les interesa la compra, harán sus cálculos y no les importará subrogarse en la obligación personal, del mismo modo que se subroga en la real, si el inmueble cubre con amplio margen el débito hipotecario, y el acreedor, por último, no tendrá inconveniente en la subrogación si concurre la circunstancia anterior o si el comprador es de solvencia igual o parecida a la del vendedor.

Subraya el grave error de admitir el *consentimiento tácito* del acreedor para que la subrogación produzca efectos registrales; en primer lugar, porque las declaraciones de voluntad presuntas o tácitas carecen de trascendencia, pues en los libros sólo se registran las explícitas, debidamente autenticadas o formalizadas; en segundo lugar, porque la jurisprudencia civil ha exigido siempre que el consentimiento del acreedor para que un nuevo deudor sustituya al primitivo, se manifieste de un modo cierto e indudable; y en tercer lugar, es casi imposible imaginar de qué forma podrá acreditarse en el Registro para la inscripción del tal pacto la aquiescencia tácita del acreedor, pues no es de creer pueda inducirse de su silencio ante un acta de requerimiento. Sería preferible—agrega—para no contrariar la jurisprudencia y para evitar

complicaciones, que se suprimiese la alusión al consentimiento tácito.

El segundo y último párrafo del artículo 118 expresa: "Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuese ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado."

Con sereno juicio el autor comenta que se trata de otra subrogación, pero a la inversa. El deudor primitivo se subroga en el lugar del acreedor cuando paga a éste, después de haber anticipado el pago al comprador de la finca, que descontó del precio o retuvo el importe de la obligación hipotecada. Justificados estos extremos, la novación se produce de modo automático, *ex ministerio legis*, y el vendedor podrá accionar contra el comprador o sucesivos titulares de la finca esgrimiendo el mismo título del primitivo acreedor en cuya posición jurídica se ha subrogado.

Terminada la exposición, nos permitimos hacer un vaticinio: la hipoteca de responsabilidad limitada no tendrá en España aplicación práctica; es más, la pretendida innovación contenida en el párrafo segundo del artículo 138, ni es creación genuina de la legislación española, ni en la forma plasmada, modifica el ordenamiento jurídico, ya que sin necesidad del nuevo texto, nada impedía al acreedor hipotecario renunciar *a priori* a la acción personal contra su deudor ni condenarle *a posteriori* el remanente del importe no satisfecho otorgándole carta de pago por la totalidad del crédito, como señala el artículo 1.872 del Código civil para los casos de adjudicación de la prenda. Si tenemos en cuenta la regla de Derecho que dice: "se entiende permitido lo que no está prohibido", hay que convenir que el segundo párrafo del artículo 138 es simplemente enunciativo y recordatorio.

Indiscutiblemente que el legislador español no quiso introducir la hipoteca o "deuda territorial independiente" ni la "hipoteca del propietario", que expresamente repudia en el preámbulo de la nueva Ley, por considerar que estas figuras jurídicas no armonizarían con su sistema y estarían en abierta pugna con la tradición española y sus hábitos contractuales. A lo sumo, las hipotecas de responsabilidad limitada serán para los españoles, lo que han sido para los cubanos las sociedades limitadas, vehículos jurídicos que nadie o casi nadie utiliza.



3. En lo que a nosotros respecta, con fecha 4 de abril de 1933 se promulgó la Ley de fecha 3 del propio mes, que contenía cuatro artículos; por el primero se adicionaban los artículos 1.876 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria con lo siguiente: "el acreedor no podrá, en ningún caso, dirigirse por acción personal o de otra clase ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca"; por el artículo segundo se ordenaba a los Jueces y Tribunales no sustanciar procedimiento alguno, dirigido contra otros bienes, presentes o futuros, del deudor, para hacer efectivas las obligaciones garantizadas por contratos de hipotecas, **que no sean los expresamente gravados por dicho contrato**; por el artículo tercero se derogaban las disposiciones que se opusieran a su cumplimiento, y el artículo cuarto señalaba como fecha de su vigencia la publicación en la *Gaceta*.

Esta Ley se promulgó conjuntamente con la de igual fecha creadora de la primera moratoria hipotecaria, y al publicarse en forma de folleto por la Cultural, S. A., redacé una breve Introducción en la que dije: "Se adiciona esta Ley (la de moratoria) con otra, sobre supresión del ejercicio de la acción personal en el contrato de hipoteca, de tanta o mayor importancia que la primera; aquélla tiene un carácter transitorio, al paso que ésta, al adicionar los artículos 1.876 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, se promulga con carácter definitivo, imponiendo al acreedor hipotecario la condonación de lo que hasta ahora habíamos llamado "diferencia o remanente en el precio del remate". Distintas opiniones se han pronunciado contra la moratoria hipotecaria, pero con respecto a la supresión del ejercicio de la acción personal, hemos observado unanimidad de criterios, a todos nos ha parecido siempre inmorale la facultad por parte del acreedor, de perseguir además de los bienes especialmente hipotecados, aquellos otros que constituían el patrimonio de su deudor, hasta dejarlo en estado de total insolvencia, con mayor motivo cuanto que al contratar sólo tuvo en cuenta la garantía que le ofrecía la finca hipotecada.

4. Contra la citada Ley, que denominaremos de supresión del ejercicio de la acción personal, se promovió recurso de inconstitucionalidad por un acreedor a quien el Juzgado y la Audiencia, aplicando sus preceptos, prohibieron sustanciar un juicio ejecutivo en cobro de cantidad no cubierta en la subasta de la finca hipotecada. El Tribunal Supremo, por sentencia número 1 de 21 de febrero de 1934 declaró

con lugar el recurso y en su consecuencia inconstitucionales, por oponerse a los artículos 12 y 13 de la Constitución de 1901, vigente en aquella fecha, los artículos primero y segundo de la Ley citada, en cuanto comprendían sus preceptos obligaciones garantizadas con contratos de hipoteca celebrados antes de la publicación de dicha Ley en la *Gaceta*.

Los doctores Fernando I. Zayas y Jorge Hevia, Letrados de la recurrente, publicaron un folleto conteniendo esta sentencia, y sosteniendo la tesis de que declarados inconstitucionales los artículos primero y segundo de la Ley, dicha declaración era aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su promulgación y a los que se celebraran después en mérito a lo preceptuado en la Ley Constitucional de 1934, que señalaba en el párrafo quinto del artículo 78, que declarado por el Tribunal Supremo que una Ley es contraria a la Constitución, no podría aplicarse nuevamente, en ninguna forma ni por ningún pretexto.

Posteriormente, otro acreedor hipotecario promovió juicio ejecutivo contra su deudor a virtud del cual se embargaron distintos bienes, entre los cuales se comprendieron algunos no hipotecados. La entidad ejecutada pidió que se aplicara la Ley de 3 de abril de 1933 en cuanto se extendía la reclamación a propiedades no hipotecadas, y el Juzgado, y luego la Audiencia de La Habana, accedieron a lo pedido, dejando sin efecto el referido embargo. Contra ese auto de la Audiencia se interpuso recurso de inconstitucionalidad por vía de casación, alegándose que la Ley infringía preceptos de la Constitución de 1901 y de la Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934. El Tribunal Supremo, por sentencia núm. 18 de 7 de marzo de 1935 (pág. 27 J. al Día), declaró sin lugar el recurso, sosteniendo que si bien era cierto que el Tribunal había declarado inconstitucional la Ley de 3 de abril de 1933 fué porque se oponía a los artículos 12 y 13 de la Constitución de 1901 que, como violados se citaron en el recurso que motivó dicho fallo, y no porque infringiera preceptos de la Constitución en ese momento en vigor, por lo que sólo tenía el alcance que le otorga a las resoluciones dictadas en recursos de esta índole el artículo 23 de la Ley de 31 de marzo de 1903, o sea el propio de las ejecutorias en materia civil, y no el que, con error, le atribuía el recurrente, estimando de aplicación el segundo párrafo del inciso 5.º del artículo 78 de la Constitución de 1934, que sólo rige cuando la inconstitucionalidad se

declara por haberse aplicado alguna Ley que infrinja algún precepto de la Ley constitucional vigente.

Esta propia sentencia se adiciona con un voto particular del Magistrado que antes fuera ilustre periodista, desgraciadamente fallecido, doctor Gastón Mora, que por analizar los fundamentos de la Ley de 3 de abril de 1933 queremos sintetizar: la Ley, prohibiendo que los acreedores hipotecarios, ejercitando la acción personal, puedan perseguir bienes libres del deudor, no comprendidos en la hipoteca y, por tanto, no afectados por ella, cuando el valor del bien hipotecado no cubra íntegramente el crédito reclamado en una Ley que debe tener y tiene efecto retroactivo, consistiendo la esencia moral de dicha Ley en impedir que los acreedores hipotecarios no sólo se queden con el bien inmueble que se les hipotecó, sino que, también, se queden con bienes no comprendidos en la hipoteca arruinando o empobreciendo, con esta tácita y abusiva extensión de sus derechos hipotecarios, a sus deudores, y consistiendo la esencia jurídica de la susodicha Ley, en que los acreedores, que aceptaron, en garantía de su crédito, una hipoteca constituida sobre determinado bien inmueble, estimando que su cuantía cubría completamente el importe de la cantidad que prestaban, no deben perseguir bienes no contenidos en la hipoteca, cuando el valor del bien hipotecado no sea suficiente para pagar el crédito garantizado por la hipoteca, pues si ese valor ha disminuído por una crisis que afecta a la riqueza inmueble, no es justo que las consecuencias las sufran únicamente los deudores, perdiendo, no sólo el bien que hipotecaron, sino también los que no incluyeron en la hipoteca. Que en el contrato de préstamo, con garantía hipotecaria, debe verse un solo contrato con propia individualidad jurídica, en el que tan importante es la garantía hipotecaria, que ofrece y da el deudor, como el préstamo que facilita el acreedor, y de tal modo es así que si el deudor no diera la hipoteca reclamada por el acreedor, no se realizaría por éste el préstamo, de donde resulta natural y lógico, y estrictamente jurídico, que el deudor sólo se halle obligado a solventar con el bien hipotecado, la responsabilidad que contrajo, cualquiera que sea el valor de ese bien cuando llegue el momento de la exigibilidad de la deuda, ya que la hipoteca sobre ese bien fué la única garantía impuesta por el acreedor o prestamista, y la única que el deudor hubo de aceptar.

Finalmente señala que esa conducta por parte de los acreedores persiguiendo otros bienes además del hipotecado cuando éste *se deprecia*,

en mayor o menor grado, constituye un enriquecimiento torticero e indebido, porque es, evidentemente, injusto y contrario a la equidad, que las consecuencias de la *depreciación* del bien hipotecado, por causa no imputable al deudor, las sufra únicamente éste, siendo así que debe sufrirlas igualmente el acreedor.

5. Como quiera que al declararse en 21 de febrero de 1934 inconstitucional la Ley de 3 abril 1933, muchos creyeron que se dejaba nuevamente en libertad a los acreedores hipotecarios para perseguir otros bienes además de los específicamente hipotecados, y hasta un año después (marzo, 7, de 1935) no fué que el Tribunal Supremo dispó toda duda, el Gobierno Provisional al dictar el Decreto-ley número 412 de 14 de agosto de 1934 sobre moratoria hipotecaria que todavía rige, en su artículo 54 dijo: "los créditos personales que sean remanente de obligaciones aseguradas con prenda o hipoteca después de ejecutada la garantía, quedan moratoriados íntegramente hasta 30 de junio de 1942, y, en consecuencia, el acreedor no podrá exigir pago alguno antes de esa fecha. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que establezcan las leyes sobre prohibición del ejercicio de la acción personal o remisión de la deuda en los casos de referencia."

El Decreto-ley 594 del propio año que reglamentó y completó el anterior, en su artículo 65 estableció una excepción para los créditos personales que fueren remanente de obligaciones *pignoraticias* después de ejecutada la garantía, ordenando que la moratoria no alcanzaba a la parte de la deuda en que ésta excediere al "valor conocido" de los bienes gravados en el momento de constituirse la prenda, respecto de cuyo exceso el acreedor podría ejercitar sus derechos y acciones libremente, si no le resultaba aplicable cualquiera otra de las moratorias establecidas, o hasta donde ésta se lo permita en el caso contrario. El artículo siguiente señala concretamente lo que debe entenderse por "valores conocidos" de los bienes pignorados.

La norma moratoriando los créditos personales sobre remanente de obligaciones aseguradas con hipoteca fué aplicada por el Tribunal Supremo en sus sentencias números 63 de abril, 20, de 1935, y 14 de enero, 25, de 1936.

La razón de estas controversias la debemos encontrar en la parte final del artículo 54 del aludido Decreto-ley 412 de 1934, que determinó que la moratoria decretada en cuanto a estos créditos lo era sin

perjuicio de lo que establezcan las leyes sobre prohibición del ejercicio de la acción personal o remisión de la deuda en los casos de referencia. Sin duda alguna los deudores creyeron más fácil ampararse en la moratoria de la acción personal que en la prohibición de su ejercicio.

También la Audiencia de La Habana resolvió: "Si en la ejecución despachada contra el deudor se persigue el pago de un crédito personal, remanente de una obligación asegurada con hipoteca, después de ejecutada la garantía, es preciso sentar que tal crédito viene comprendido en los beneficios de la Ley de Moratoria, por así disponerlo el artículo 54 de la misma. (Autos núm. 270 de 14 de octubre de 1935 y núm. 290 de 13 de noviembre de 1935 (1)).

6. En estas condiciones se promulga el Decreto-ley 490 de 7 de enero de 1936, que nos ofrece en sus por cuantos su razón de ser, y al efecto comienza por hacer referencia a la Ley de 3 de abril de 1933 que "prohibió al acreedor hipotecario establecer procedimiento alguno en ejercicio de acción personal o de otra clase contra bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca"; y "en los casos en que una obligación estaba asegurada al mismo tiempo con garantía hipotecaria y de otra clase, el acreedor sólo podía ejecutar la primera, ya que el ejercicio de la acción contra la segunda estaba enervado por la prohibición antes mencionada, lo que resultaba injusto y contrario a la finalidad que debió inspirar el legislador, ya que se despojaba al acreedor de una parte de su garantía" y que "a virtud de lo expuesto, se hace necesario rectificar el alcance y contenido de la referida Ley", agregando que por razón de interés social procedía aplicarlo con carácter y efectos retroactivos. Este Decreto-ley contiene cuatro artículos; el primero dice: "Las obligaciones aseguradas con hipoteca o con esta y otra garantía, no podrán, en ningún caso, hacerse efectivas sobre bienes que no fueron específicamente gravados en el contrato"; el segundo señala que los Jueces y Tribunales no dispondrán ni sustanciarán, en ningún caso, procedimiento alguno dirigido contra otros bienes que no sean los expresamente gravados en el contrato, para hacer efectivas las obligaciones a que se refiere el artículo anterior; el tercero se limita

(1) La transitoria constitucional de 4 de junio de 1940 sobre moratoria hipotecaria contiene una regla que dice: «Novena. Las obligaciones aseguradas con prenda con anterioridad al 4 de septiembre de 1937, únicamente podrán hacerse efectivas sobre los bienes específicamente gravados en el contrato, extinguiéndose, en su consecuencia, la acción personal contra los deudores o sus fiadores.»

a indicar los efectos retroactivos, y por el último, se derogan las disposiciones legales que se le opongan y, especialmente la Ley de 3 de abril de 1933.

7. Nuestro Martínez Escobar, en su obra "Las Tercerías de Mejor Derecho", al tratar de los créditos que gozando de preferencia con relación a determinados bienes muebles o inmuebles no hubieren sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, y que lo siguen siendo, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda, según su respectiva naturaleza, se refiere a la Ley de 3 de abril de 1933, diciendo: "Ha suprimido en absoluto la acción personal." "Limita la responsabilidad de las obligaciones hipotecarias al precio de los bienes dados en garantía. Liberta de esa responsabilidad a los demás bienes que tenga o pueda tener el deudor." "Si la acción se dirige contra bienes especialmente gravados, no es personal. Ejercitada contra un tercer adquirente, como dueño de aquéllos, es real. Ejercitada contra el obligado principalmente para que pague con su precio, es también real, sean cuales fueren los términos de la Ley, no habrá acciones personales, por la imposibilidad de que las haya contra los bienes hipotecados, únicos contra los que en lo sucesivo puede dirigirse el acreedor. Sólo habrá acción real contra los bienes gravados, pertenezcan al deudor obligado o a un tercero que los haya adquirido."

De una manera terminante agrega: "Una vez realizados los bienes, la obligación garantizada con la hipoteca queda extinguida. La Ley da al deudor carta de pago del crédito."

Con todo lo expuesto estamos conformes, pero no así con el comentario que dedica al Decreto-ley 490 de 7 de enero de 1936, que antes relacionamos; sostiene Martínez Escobar que la Ley de 3 de abril de 1933 dejó una puerta abierta a la acción personal, que se creyó necesario cerrar herméticamente y que para darle el golpe de gracia se promulgó este último Decreto-ley; para llegar a esta conclusión, que nos luce un tanto en contradicción con lo por él anteriormente expuesto, afirma que cuando a la garantía hipotecaria se unía otra de diferente orden, a la sombra de esta última se perseguían todos los bienes de deudor, ya que no se ejercitaba la acción hipotecaria, sino la referente a la otra garantía, no exceptuada de la personal, y que el Decreto evitó que esto se repitiera.

Pero es que, el propio Decreto expresa, en el razonamiento que determina su promulgación, todo lo contrario, esto es, que en los casos

en que una obligación estaba asegurada al mismo tiempo con garantía hipotecaria y de otra clase, el acreedor sólo podía ejecutar la primera, ya que el ejercicio de la acción contra la segunda estaba enervado, lo que resultaba injusto y contrario a la finalidad que debió inspirar al legislador, ya que se despojaba al acreedor de una parte de su garantía.

Con todo el respeto que nos merece la opinión del distinguido Magistrado; entiendo que en lugar de cerrarse las puertas herméticamente, se entreabrieron. Con la Ley de 3 de abril de 1933 el acreedor en ningún caso podía dirigirse por acción personal o de otra clase ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca, y por el Decreto-ley 490 de 1936 puede dirigirse contra el bien hipotecado y contra la otra garantía, luego el ejercicio de la acción es más amplio.

El Dr. Martínez Escobar, en su obra "Derecho Inmobiliario", publicada en 1942, como apéndice de "Las Inscripciones", ratifica su anterior criterio, en el capítulo XXXV, y se remite a "Las Tercerías de Mejor Derecho", donde concluye: "La Ley histórica de 3 de abril de 1933, demoledora de la acción personal, está, consiguientemente, derogada. La sustituyó, corregida y aumentada, el Decreto 490."

8. Otro tópico que estudia Martínez Escobar es el caso de la hipoteca no inscrita, y se pregunta: ¿Comprende la Ley a la hipoteca no inscrita? Parece que se decide por la afirmativa de acuerdo con el criterio que sustentara en su voto particular a la sentencia núm. 30 de 5 de febrero de 1936, en cuyo caso se discutió si la moratoria hipotecaria beneficiaba a un deudor cuya hipoteca no se había inscrito en el Registro, allí dijo: "Que ese derecho a la moratoria no está subordinado a la voluntad del acreedor de llevar o no la hipoteca al Registro; que la falta de inscripción del crédito impedirá que surta efectos contra terceros, pero no modifica las relaciones jurídicas entre los propios contratantes, ni les quita los derechos que les otorga la Ley, en relación con lo que es objeto del contrato; que la hipoteca como contrato consensual, existe desde que se otorga la escritura en que el deudor y el acreedor fijan sus respectivas obligaciones, y desde ese momento, los contratantes están obligados a cumplir lo convenido, con todas sus consecuencias legales." La mayoría se decidió teniendo en cuenta la sustantividad de la hipoteca, esto es, que si la hipoteca, constituida en garantía del préstamo, no se había inscrito, la hipoteca no había quedado válidamente constituida. La inscripción es un requisito esencial de

la hipoteca, tan esencial, que sin ello no es tal hipoteca. No siéndolo, no hay crédito hipotecario ni acreedor hipotecario, sólo existe un crédito común, tan común como otro cualquiera que sea escriturario, y a los créditos comunes no alcanza la prohibición de la Ley, que se contrae exclusivamente a los hipotecarios, entre los que no pueden contarse los no inscritos.

Los deudores que se encuentren en este caso, podrían, para poder acogerse a los beneficios de la moratoria hipotecaria ejercitar los derechos que le brinda el artículo 58 del Decreto-ley 412 de 14 de agosto de 1934, esto es, obtener sentencia firme, que deje válidamente constituido el gravamen hipotecario, ya que este precepto dispone que aquellas obligaciones constituidas con anterioridad a su vigencia si se garantizan durante el término de la moratoria con hipoteca, en cumplimiento de sentencia firme que imponga la constitución del gravamen, o en cumplimiento de lo convenido mediante documento fehaciente de fecha anterior a su promulgación, le será aplicable la moratoria hipotecaria.

Lo dicho se contrae a la Ley de Moratoria, pero con respecto a la materia que nos ocupa, como muy bien dice Martínez Escobar, el deudor no puede quejarse de indefensión, tiene en sus manos en todo momento el hacer fracasar la acción personal contra sus bienes no gravados: inscribiendo, "La inscripción que haga el deudor, como un soplo, echa abajo ese hermoso castillo de naipes".

Resumiendo podemos decir: "La Ley de 3 de abril de 1933 suprimiendo la acción personal se dictó para los contratos hipotecarios, a tal extremo que adicionó el artículo 1.876 del Código Civil y el 105 de la Ley Hipotecaria; el Decreto-ley 490 de 7 de enero de 1936 permite al acreedor hacer efectiva su garantía contra el bien hipotecado y contra los demás bienes específicamente gravados.

El Decreto-ley 490 de 1936 trató de enmendar un error: cuando además del bien hipotecado existía otra garantía, consideró justo que pudiera hacerse efectiva sobre esta otra. Nosotros presumimos que la pragmática fué gestionada por los Bancos, ya que sólo estas instituciones acostumbran a celebrar contratos en los que se exigen múltiples garantías, los particulares muy rara vez utilizan esta forma de contratación.

De más está decir que en todos estos supuestos se extingue con su ejercicio la acción, no pudiendo quedar remanente a favor del acreedor.



Si se ofrece conjuntamente una garantía hipotecaria y otra prendaria con el precio de la venta en pública subasta se finiquita la operación. Ahora bien: siempre tiene que existir una hipoteca, un bien inmueble o derecho real que sirva de garantía, para que resulte de aplicación el Decreto-ley 490 de 1936. Una hipoteca y una prenda, una hipoteca y una garantía de establecimiento mercantil; una hipoteca y una marca afectada; una hipoteca y una garantía pecuaria, pero si existen dos prendas o una prenda y otra garantía no podrán los deudores ampararse en los beneficios del Decreto-ley. En los supuestos de prenda entraría en juego el artículo 1.872 del Código Civil que previene que en los casos de adjudicación el acreedor está obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

9. Si se ofrecen distintos bienes inmuebles en garantía, entonces por el principio de especialidad que informa nuestro régimen hipotecario, hay necesidad de distribuir entre los mismos el importe del crédito y entonces prácticamente se están constituyendo distintas hipotecas. Si se pretendiera garantizar tan sólo con otro inmueble la diferencia del precio del remate, es decir, el déficit entre el importe del préstamo y el valor del inmueble subastado, nos encontraríamos en presencia de la llamada "hipoteca subsidiaria" no inscribible, según resolución núm. 2 de 9 de marzo de 1912, por ser contraria a los artículos 119 y 164 de la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

La sentencia núm. 97 de 18 de mayo de 1936 de nuestro Tribunal Supremo, de la que fué ponente el Dr. Guillermo de Montagú, contempló el caso de nulidad de una hipoteca ofrecida como refuerzo de otra anterior para el caso que, subastada la primera finca hipotecada, su precio no alcanzara para cubrir el importe de la obligación, sus intereses y costas, y concretamente resolvió que "si bien el artículo 142 de la Ley Hipotecaria autoriza la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición, no permite la de aquellas en que de modo condicional y suspensivo se grava una finca por la cantidad que no alcance a cubrir en su día el importe del inmueble primeramente hipotecado y hasta el lícito máximo de la total responsabilidad, para el caso—y, por consiguiente, en previsión y subsidio—de que se produzca la contingencia aludida, pues tales hipotecas resultan incompatibles con el espíritu y esencia de la Ley, y muy especialmente con los artículos 119 de la misma y 164 de su Reglamento".

Aunque esta sentencia tiene fecha posterior al Decreto-ley 490 de

7 de enero de 1936, podría sostenerse que, efectivamente, la tal hipoteca subsidiaria no resulta inscribible y es nula por oponerse a la Ley Hipotecaria y su Reglamento, pero al fin y al cabo es una garantía contractual, y por ende, comprendida en el artículo I del Decreto-ley 490 que habla de obligaciones aseguradas con hipoteca, o con ésta y otra garantía, sin precisar la naturaleza jurídica que debe tener esta última. Ya dijimos que el deudor que pretenda ampararse en el Decreto-ley 490 debe ser deudor hipotecario, que si no hay hipoteca no hay protección, luego si existe una hipoteca y otra garantía en forma de hipoteca subsidiaria (no inscribible y, por consiguiente, reducida a un tipo genérico de garantía) no debe haber duda que el acreedor podrá hacer efectiva su obligación sobre la hipoteca y sobre la otra garantía. El caso no se ha presentado, pero no encontramos diferencia alguna entre obligación asegurada con hipoteca y prenda y obligación asegurada con hipoteca y otra garantía, aunque ésta fuera una afectación no inscrita, sin la protección registral, pero no por esto deja de constituir una garantía, a tal extremo que el Código de Defensa Social en el inciso 11) del artículo 550 sanciona por estafa "al que dispusiere de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada o sujeta a otro derecho limitativo del dominio o de la disponibilidad de la cosa".

El autor de este trabajo, en un caso de bienes afectados en forma de "hipoteca subsidiaria", no inscrita, en la que la empresa propietaria y deudora dispuso de los bienes como libres, sabiendo que estaban gravados, ejercitó en vía criminal el derecho del acreedor y obtuvo el procesamiento de los vendedores por el perjuicio que habían ocasionado a la parte acreedora disminuyendo la garantía específicamente convenida. (Artículo 561 del Código Penal derogado.)

10. En presencia de todo lo expuesto, cabe preguntar, ¿en qué situación quedaban los segundos y posteriores acreedores hipotecarios cuyos créditos habían sido barridos del Registro por no haber alcanzado el valor de los bienes hipotecados para satisfacer a los primeros acreedores? La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia de La Habana nos ofreció la contestación siguiente: "La prohibición que la Ley de 3 de abril de 1933 impone al acreedor hipotecario de no poder perseguir otros bienes del deudor que no fueran los especialmente dados en garantía, se refiere a aquellos casos en que el acreedor pueda dirigir su acción contra el bien hipotecado, pero no puede en manera alguna comprenderse entre la prohibición de dicha Ley el caso como el que es objeto

del presente juicio, en que el bien dado en garantía de su crédito, dejó de existir en poder de su deudor por haber sido rematado y adjudicado a un primer acreedor hipotecario, por virtud de la preferencia de su crédito, lo que trajo como consecuencia, que se cancelara en el Registro la inscripción que produjo su hipoteca, desapareciendo, por tanto, ésta, por lo que carente de la garantía original, perdió su carácter de tal crédito hipotecario convirtiéndose en un simple crédito escriturario, que la da acción para perseguir cualquier otro bien libre del deudor por el procedimiento que ha establecido, en uso del derecho que a todo simple acreedor conceden los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil." (Sent. núm. 662 de diciembre 22 de 1934, pág. 358. Rep. Jud.)

La solución no pudo ser más concreta, pero más tarde, con la ponencia del estudioso Magistrado, Dr. Emilio Menéndez, la propia Sala, conociendo de un incidente en procedimiento sumario en que un acreedor que se adjudicó en remate el bien sujeto a la hipoteca, por suma mucho menor que el precio, pretendió que se embargaran otros bienes de su deudor para hacer efectivo con los mismos las costas causadas en el procedimiento, dijo: "que con independencia de si estuvo acertado o no el Juez al ordenar la práctica de la tasación de costas después de conocer el precio de la adjudicación del inmueble hipotecado, el que respondía por el principal y costas según la escritura, es lo cierto que si lo estuvo al negar que siguiera la vía de apremio contra otros bienes que no fueron específicamente gravados, por lo estatuido en los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley 490 de enero 7 de 1936" (auto 97 de 17 de abril de 1936, pág. 112. Rep. Jud. 1937).

La propia Sala, un mes después, negó todo derecho al segundo acreedor hipotecario en los términos siguientes: "que el título presentado como base de la presente ejecución consiste en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de casa situada en esta ciudad, habiéndose señalado para el embargo bienes distintos del inmueble hipotecado con el fundamento de que éste había sido rematado por un acreedor preferente, lo que dió lugar a que se cancelara la hipoteca, quedando ésta extinguida. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de 3 de abril de 1933, no debió despacharse la ejecución, sin que a ello obste que cuando se estableció la demanda el crédito ya no estaba asegurado con hipoteca alguna por haberse cancelado en el Registro de la Propiedad, la que se constituyó, porque el artículo 1.º de la referida Ley no permite excepciones ni se detiene

a considerar la posible desaparición de la garantía hipotecaria sin que el acreedor percibiera cantidad alguna en pago de su crédito, sino que, de manera terminante y refiriéndose a toda clase de acreedores a quienes en el acto del contrato se les hubiera otorgado la garantía hipotecaria, dispuso que el acreedor en ningún caso podía dirigirse para hacerse pago de su crédito contra otros bienes que no fueron objeto del contrato de hipoteca". (Sent. 170 de 29 de mayo de 1936, pág. 157. Rep. Jud. 1937.)

La anterior Resolución de la Audiencia de La Habana, cita además en su apoyo la sentencia núm. 51 de 26 de febrero de 1936 del Tribunal Supremo, que contempló el siguiente caso: la Audiencia sentenciadora estimó que a la demandante asistía la acción de nulidad que ejercitaba porque le perjudicaban las irregularidades cometidas en el procedimiento, toda vez que habiéndose rematado la finca por un precio que no alcanzó a cubrir el crédito preferente, garantizado con hipoteca de la misma, quedaba obligada a pagar una segunda hipoteca si se ejercitaba contra ella acción personal; y dijo que ese criterio era erróneo, porque por consecuencia del expresado remate dicha finca pasó a ser de la propiedad de una tercera persona, y, después de la promulgación en 4 de abril de 1933 de la Ley de 3 del propio mes, trátase de primera o posteriores hipotecas, y hállese o no éstas canceladas en el Registro, no puede ningún acreedor dirigirse por acción personal para el cobro de los tales créditos, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca, sin que a ello empece que la susodicha Ley no se encuentre en vigor, por haber sido derogada por el Decreto-Ley 490 de 7 de enero de 1936, porque en el mismo se ha mantenido en todas sus partes lo dispuesto en aquélla, ampliándolo a las obligaciones aseguradas con hipoteca y otra garantía; *lo que hace de todo punto imposible el ejercicio de la acción personal en esos casos* y que no perjudicando a la actora las actuaciones cuya nulidad reclama, falta la condición necesaria para el ejercicio de esa acción; por lo que declaró con lugar el recurso y anula la sentencia recurrida.

La Sala primera de la Audiencia de La Habana, por sentencia número 14 de enero 26 de 1938 (pág. 7 Rep. Jud. 1939), reiteró su doctrina invocando expresamente la anterior Resolución del Tribunal Supremo, y repitió que el segundo acreedor hipotecario barrido del Registro por el remate de una hipoteca preferente, le es de todo punto imposible el ejercicio de la acción personal.

La propia Sala avanzó más en sus conclusiones en su sentencia 184 de 14 de septiembre de 1938 (pág. 189 Rep. Jud. 1939), al declarar que el acreedor, cuyo crédito está representado por un bono hipotecario cuya garantía había desaparecido por un remate anterior, al no "poder hacerlo efectivo sobre otros bienes del deudor," el referido bono carece de valor y no representa crédito alguno"; que se trataba de un "crédito inexistente por haber perdido su eficacia y exigibilidad". El Tribunal Supremo, por sentencia núm. 215 de diciembre 3 de 1938, declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia. (Pág. 776 J. al Día.)

11. En diligencias para la ejecución de la sentencia dictada en juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de procedimiento hipotecario, pidió el demandante que se compensara el crédito que por costas del juicio adeudaba a la demandada, con el crédito hipotecario que ésta le adeudaba, el cual había sido cancelado en el Registro a consecuencia del procedimiento sumario seguido en cobro del primer crédito hipotecario, recayendo providencia "de no ha lugar". La Audiencia, por auto 176 de junio 23 de 1939 (pág. 251 Rep. Jud.), declaró que al no poderse hacer efectivo el crédito hipotecario sobre bienes de su deudora por no pertenecer ya a ésta el único bien, sobre el que podía ejecutarse el crédito, éste, de hecho y de derecho, no resulta exigible, faltándole, por consiguiente, la condición que para ser compensable requiere el inciso 4.º del artículo 1.196 del Código Civil, o sea la de ser líquida y exigible la deuda. El Tribunal Supremo declara: "que mediante la compensación, cada uno de los acreedores se hace pago de su crédito con el del otro, equivaliendo a su recíproca realización sobre el adeudo concurrente. En su virtud, prohibido por los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley 490 de 1936 que se hagan efectivos los provenientes de hipotecas sobre bienes distintos de los hipotecados, es indudable su *inexigibilidad* en relación con los demás, entre los cuales figuran indudablemente todos los derechos patrimoniales del deudor, que no cabe declarar una compensación que equivaldría a autorizar y llevar a cabo el cobro prohibido sobre un crédito activo no comprendido ni alcanzado por la garantía". (Sent. núm. 234 de noviembre 11 de 1939, pág. 713 J. al Día.)

El propio Tribunal Supremo, por sentencia núm. 139 de junio 12 de 1939 (pág. 438 J. al Día), declaró con lugar un recurso de casación y reitera que cuando el inmueble que garantizaba el préstamo

hipotecario ha sido rematado por el primer acreedor hipotecario y canceladas las restantes hipotecas, entre ellas la que garantizaba el crédito objeto del juicio, procede declarar sin lugar la demanda.

La última resolución de que tenemos conocimiento en relación con esta materia es el auto núm. 41 de marzo 11 de 1943 de la Audiencia de La Habana (pág. 137 Rep. Jud.), que declaró: adjudicado el bien hipotecado por cantidad inferior al principal reclamado, hay que estimar inexigibles en esa adjudicación las costas que también el bien garantizaba, cualquiera que fuera su cuantía, porque no tendrá acción el acreedor para hacerlas efectivas sobre ningún otro bien del deudor presente o futuro; la tasación de costas interesada constituye una diligencia jurídica y económicamente inútil.

12. La Ley de 14 de febrero de 1938, denominada de "Rehabilitación del Crédito Público", en su artículo 39, párrafo final, dice: "Por las propias causas que inspiran los precedentes preceptos de este artículo, se declara expresamente que el Decreto-Ley 490 de 7 de enero de 1936, deroga toda disposición anterior que se oponga a su cumplimiento en materia de contratos hipotecarios. En ningún caso serán específicamente o de otro modo comprendidos en la garantía hipotecaria, ni las rentas y proventos ni los fondos producidos con anterioridad a la ejecución dictada con motivo de la falta de pago del principal o de los réditos a sus respectivos vencimientos".

La primera parte contiene una disposición innecesaria; todos sabemos que las leyes se derogan por las leyes posteriores, pero como si ésto fuera poco, el propio Decreto-Ley 490 de 1936, en su artículo 4.º, dijo expresamente que quedaban derogados todos los decretos-leyes, leyes, decretos, órdenes, reglamentos y demás disposiciones que se opusieran a su cumplimiento. La segunda parte modifica la regla contenida en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, en cuanto señala que la hipoteca se extiende a las rentas no percibidas al vencer la obligación, cuya extensión era considerada injusta por algunos autores, pero no es nuestro propósito detenernos en este particular.

13. El profesor Dorta Duque, en su "Curso de Legislación Hipotecaria", de cuya obra ya dijimos, al hacer su nota bibliográfica, que se caracteriza por su claridad y la sistematización total de su contenido, al analizar las responsabilidades de la hipoteca y la obligación, expresa que la concurrencia de ambas ha sufrido entre nosotros por los efectos del Decreto-Ley 490 de 1936 una radical alteración, que equi-

vale a mantener la efectividad jurídica y la eficacia sólo de la acción real. Celebra el profesor Dorta la norma, por cuanto suprimió el abuso e injusticia que permitía al acreedor, mediante el ejercicio de la acción personal, perseguir sin límite al deudor, llegando a verdaderos despojos. Sostiene que no se ha alterado la naturaleza de la hipoteca, garantía de una obligación principal y que no se ha abolido la responsabilidad genérica del patrimonio del deudor, ya que el campo de las relaciones entre la hipoteca y la obligación, es asaz complejo y múltiple, y pueden escapar a la previsión del legislador muchas situaciones en que mantengá la obligación su efectividad, con independencia del ejercicio de la acción real, señalando como ejemplo los casos de compensación y aquellos otros en que se declare inexistente o nula la hipoteca. En la primera edición de esta obra, creyó el Dr. Dorta que el segundo acreedor hipotecario, cuya garantía había desaparecido como consecuencia del remate del primer acreedor, podía ejercitar su acción personal, y ya hemos visto que los Tribunales declararon lo contrario; en la segunda edición, cita los casos de compensación como ejemplo de subsistencia de la acción personal, pero tampoco los Tribunales le han dado la razón. Nosotros siempre hemos estimado, según expusimos en la breve Introducción contenida en el folleto publicado por la Cultural, S. A., al promulgarse la Ley de 3 de abril de 1933, que se ha suprimido del todo la acción personal y que se ha impuesto al acreedor la condonación de lo que denominábamos diferencia o remanente en el precio del remate. Este fué el propósito del legislador, y así lo han interpretado los Tribunales. *Antes, en el contrato de Préstamo e Hipoteca, lo principal era el Préstamo y lo accesorio la Hipoteca; ahora, lo principal es la Hipoteca, y el Préstamo ha pasado a ser la causa del contrato.*

El acreedor da el dinero para que se constituya la hipoteca, y el deudor, en mérito a su recepción, otorga el gravamen; si la hipoteca es nula, procederá la restitución y la aplicación de las demás reglas que para la nulidad de los contratos señala el Código Civil; si se ha variado la naturaleza jurídica de la hipoteca, lógico es que se varíen también sus efectos y consecuencias.

Entre nosotros, de acuerdo con lo preceptuado en el Código Civil, no puede haber contrato sin *consentimiento, objeto y causa*; pero el propio Código agrega: "aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe". En su consecuencia, siendo la hipoteca un

contrato, no puede dejar de tener "causa", pero como ésta puede presumirse, nos aproximamos a la "deuda territorial" del Derecho alemán, que no necesita presumir el crédito para que la hipoteca tenga existencia legal, recurriendo a una abstracción sobre el valor. En otras palabras, que la diferencia es más bien de orden filosófico; pero si continuamos por este camino llegaríamos al campo de las abstracciones, que no es nuestro objetivo.

14. El profesor Dr. Antonio Díaz Pairó, en su obra "Introducción al Derecho de Obligaciones", dedica el último capítulo al estudio de las obligaciones naturales, "caracterizadas por no estar tuteladas de modo completo por el legislador, que no otorga acción para obtener su cumplimiento, aunque las hace producir otros efectos jurídicos, el principal de los cuales y más característico, es que si se cumplen voluntariamente, no cabe repetir lo pagado", y señala como ejemplo de nuestro ordenamiento jurídico el Decreto-Ley 490 de 1936, aunque sosteniendo que "el deudor no queda liberado, pues así no lo dispone el citado Decreto-Ley, pero su obligación no puede hacerse efectiva de modo forzoso, por lo que debe persistir con el carácter de natural".

Podrá haber algún deudor que por honorabilidad pague una segunda hipoteca extinguida registralmente o el remanente de una primera no solventada totalmente, pero dudamos que abandone después la honorabilidad para recuperar el dinero. Si lo hace, el acreedor se excepcionará al amparo de la doctrina de los "actos propios", y diría nadie puede volverse contra sus actos, no puede el deudor impugnar como nulo lo que antes aceptó como bueno; el deudor, a su vez, insistiría que no le resultaba aplicable esta doctrina de los actos propios, ya que había satisfecho una obligación legalmente extinguida, pero no vemos la necesidad de proseguir por este sendero; harto significativo es la complicación que sobre la doctrina de los actos propios ha elaborado la jurisprudencia, que inclusive se ha llegado a aplicar en materia de inconstitucionalidad por mayoría del Pleno. Desde luego, que este supuesto ofrece mucha analogía con el pago de la obligación extinguida por prescripción, pero yo por mi parte considero que la solución debe ser la misma que la que ofrece el artículo 1.872 del Código Civil, que ordena dar carta de pago por la totalidad del crédito, esto es lo que ha querido el legislador y lo que se desprende de la jurisprudencia, finalizar la operación con el remate de los bienes.



La situación del acreedor hipotecario no satisfecha en todo o en parte con la subasta del bien hipotecado, es la misma que la del acreedor prendario que se adjudica el bien por precio inferior al monto de su crédito; igual a la del acreedor de la sociedad mercantil en comandita frente a la responsabilidad de los socios comanditarios, cuando el patrimonio social no alcanza a cubrir el pasivo; exactamente la misma a la del acreedor de la sociedad anónima, frente a los socios de ésta, cuya responsabilidad por las obligaciones y pérdidas de la compañía queda limitada a los fondos que pusieron o se comprometieron a poner en la masa común; e idéntica a la del acreedor de la sociedad de responsabilidad limitada que tiene que conformarse con el activo social para cobrar su crédito. Y a nadie se le ha ocurrido en estos supuestos hablar de la obligación natural y de los complicados problemas que se puedan ocasionar.

15. Y para finalizar, diremos: *la hipoteca ha ido absorbiendo al préstamo*, que ahora sólo le sirve de causa; si se tiene presente que la hipoteca puede constituirse por la sola voluntad del dueño, en garantía de una obligación futura, representada la mayor parte de las veces por una emisión de bonos hipotecarios, cuya existencia y legalidad se ha admitido, aun cuando los bonos no hayan salido de manos del emittente, teniendo necesidad la doctrina y la jurisprudencia de hacer juegos malabares con la "causa", llegamos a la conclusión que, reconocida prácticamente la "hipoteca del propietario", no estamos a mucha distancia de la "deuda territorial" o hipoteca sin causa o con causa abstracta.

Y es que la contratación se ha adelantado, como siempre ocurre, al legislador, toda vez que poner en marcha el pesado mecanismo legislativo entre nosotros, no es tarea fácil, como se evidencia con la morosidad en la elaboración de las leyes complementarias de la Constitución.

La contratación, impulsada por necesidades de la vida, no se detiene por detalles técnicos; cuando se necesita la institución, se crean los Tribunales por medio de la jurisprudencia, recogen los progresos científicos, los sancionan y les otorgan carta de naturaleza. El Derecho siempre se acomoda a las circunstancias sociales y está en permanente renovación.

Entre nosotros, el principio de libre contratación, la libre iniciativa de las partes en el arreglo de sus negocios, la necesidad de facilitar el

crédito, tan necesario para el desarrollo de la industria y el comercio, ha permitido y permite cuantas clases de hipoteca reglamenta el Código Civil alemán, que cuida de catalogarlas con sus nombres específicos, haciendo resaltar a través de una clasificación minuciosa sus características más sobresalientes, permitiendo siempre la transformación de una en otra a voluntad de los contratantes. Nosotros, en la práctica, hacemos funcionar esas modalidades de la hipoteca, sólo falta que el legislador las incorpore al ordenamiento legislativo, pues la jurisprudencia no le ha puesto reparos.

El Derecho hipotecario germánico, como nos expresa con singular precisión el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, D. Alfonso de Cossío y Casal, en su obra "Lecciones de Derecho Hipotecario" (1), se caracteriza por limitar la responsabilidad de la cosa gravada, excluyendo la responsabilidad personal, y dar a la hipoteca carácter independiente del crédito asegurado, negando su *accesoriedad*. El Código Civil alemán de 1896 reconoce nada menos que doce formas de garantía hipotecaria, aunque la realidad ha demostrado la inutilidad de muchas de ellas; en otras palabras, que allí el legislador se ha adelantado a la contratación, al paso que, entre nosotros, ha quedado rezagado.

Pero es que tampoco la hipoteca, en su acepción clásica, esto es, como accesoria de una obligación principal, se mantiene tan pura en el ordenamiento jurídico español; basta contemplar el supuesto de una hipoteca extinguida por pago, no cancelada en el Registro, y que después la adquiere un tercero de buena fe; el transmitente habrá incurrido en un delito de estafa, pero el deudor tiene que soportar el gravamen; aquí la hipoteca pasa a tener una naturaleza independiente, abstracta, por el juego del principio hipotecario del tercero, a quien no le perjudica lo que no resulte del Registro.

Puede afirmarse que cuando interviene un tercer adquirente de buena fe, no obstante cualquier modificación que haya sufrido la obligación, si la misma no se ha reflejado en el Registro, *se independiza la hipoteca del préstamo, cobrando la hipoteca vida autónoma*.

Esta nota de independencia es la que caracteriza la "deuda territorial" del Derecho alemán, aunque ésta "no presupone un crédito".

(1) Curcillo de conferencias pronunciadas por ese autor en la Universidad de Sevilla, durante los meses de febrero, marzo y abril de 1945, sobre «La última reforma de la Ley Hipotecaria».

sino sólo un derecho abstracto de realización de valor. Teniendo presente que una "deuda territorial" puede transformarse en una "hipoteca de seguridad" o de otra clase, sin perder su rango, tenemos que convenir que la diferencia, con la "hipoteca de responsabilidad limitada" cubana, es ínfima. Las complicaciones de la obligación natural a que se refiere D. Angel Sanz, son más imaginarias que reales, y los autores no se han puesto de acuerdo en la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de la obligación natural, que muchos consideran como un deber de conciencia o de honor.

En definitiva, diremos: nuestra hipoteca presume el préstamo que le sirve de causa; la "deuda territorial" alemana no presume el crédito, y si lo presume, no admite la prueba en contrario. Nosotros estamos frente a una presunción *juris tantum*, y el Derecho germánico frente a una presunción *juris et de jure*. Habitados al sistema tradicional nos cuesta trabajo hacernos cargo del negocio abstracto, ajeno a toda consideración causal, y ésta es la dificultad que tenemos que vencer.

MARIO NIN Y ABARCA,  
Registrador de la Propiedad, cubano.

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.-PRÓRROGA DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ¿ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE PRÓRROGA DE DICHA SOCIEDAD OTORGADA A LOS VEINTIDÓS DÍAS DE EXPIRAR EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA COMPAÑÍA, SI BIEN EL ACUERDO PARA PRORROGARLA FUÉ ADOPTADO EN JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA CELEBRADA DURANTE LA VIGENCIA DEL REFERIDO PLAZO? TRACTO SUCESIVO.-EXCEPTO SI SE TRATARE DE BUQUES, NO CABE EQUIPARAR EN ESTA MATERIA EL REGISTRO MERCANTIL AL DE LA PROPIEDAD.

*Resolución de 21 de marzo de 1947. ("B. O." de 26 de abril.)*

El 22 de octubre de 1945, ante el Notario de Aracena D. José Sánchez Somoano, comparecieron don D. M. M., don A. P. D. y don I. R. P. y, en lo esencial, expusieron: que por escritura de 30 de julio de 1940, autorizada por el mismo Notario, los tres nombrados comparecientes y don A. M. D., don R. M. M., don J. R. de la O. G., don V. D. G., don V. A. A., don M. del C. R., y don J. C. S. constituyeron, para la explotación de la industria de chacinería, una Sociedad mercantil de responsabilidad limitada con la denominación de "La Industrial Chacinera"; que el capital social fué de 220.000 pesetas, totalmente desembolsadas; que los Estatutos cuarto y décimo de la repetida Sociedad son del tenor siguiente: "La Sociedad se constituye por el tiempo que media entre el día de hoy, fecha de su constitución, y en el que empieza a actuar, y el día 30 de septiembre de 1945. Podrá, no obstante, acordar su prórroga o ser disuelta con anticipación a la fecha de la expiración, siempre que lo acordaren por unanimidad los socios. La Sociedad no será disuelta por fallecimiento, interdicción, quiebra o

bancarrota de un socio. En caso de fallecimiento de uno de ellos, la Sociedad continuará con sus herederos o representantes. Si éstos no quisieran continuar en la Sociedad, vendrá ésta obligada a devolver la participación que a tales señores corresponda, en unión del beneficio obtenido por dicha parte, en el plazo de tres meses, que empezará a contarse desde el día en que los herederos lo soliciten"; que la Sociedad se inscribió oportunamente en el Registro Mercantil; que posteriormente el socio don J. C. cedió su participación de 5.000 pesetas en el capital de la Compañía, por partes iguales, a favor de los demás socios, con el conocimiento y aprobación de la Sociedad; que el socio don A. M. cedió 20.000 pesetas del capital social a favor de los demás socios, y en las mismas condiciones que la otra cesión; que don R. M. M. falleció el 21 de agosto de 1940 bajo testamento, del cual dió fe el Notario de Aracena D. Fernando Hernández Agero el mismo día de la muerte, y en el cual legó a su esposa el usufructo del tercio de libre disposición e instituyó herederos por igual a sus hijos J., R y C., sin perjuicio de la legítima de la viuda, doña C. D.; que no se hizo escritura particional, y la participación social del finado corresponde hoy a sus nombrados viuda e hijos; que como éstos son menores de edad, están representados por su madre, que continúa viuda y ejerce la patria potestad sobre los menores; que a consecuencia de lo expuesto, los únicos interesados en la Compañía son los tres comparecientes y don J. R. de la O., don V. A. A., don M. del C., la viuda e hijos de don R. M., don V. D., don D. M. M. y don A. M. D., cuyas participaciones totalizan el capital social de 220.000 pesetas; que el 28 de septiembre de 1945 se celebró Junta general extraordinaria, a la cual concurrieron todos los socios y en la cual se acordó por unanimidad, con arreglo a lo determinado por los Estatutos, prorrogar el tiempo de la duración de la Sociedad en cincuenta años, y también de modo unánime se facultó a los tres comparecientes para formalizar la correspondiente escritura pública; que, mediante certificación del acta de dicha Junta general, expedida el mismo día de su celebración por el Secretario, don I. R., con el visto bueno del Gerente, don A. P. D., cuyas firmas legitimó el Notario D. José Sánchez Somoano en la misma fecha de la certificación, se abonaron en la Oficina liquidadora de Aracena los Derechos reales devengados en favor de la Hacienda por la prórroga acordada, según carta de pago número 1.522, expedida el 9 de octubre siguiente, y que los tres comparecientes, en representación de "La Industrial Cha-

cinera", y en cumplimiento del referido acuerdo, prorrogaron el plazo de duración de la Compañía por cincuenta años, que vencerán el 30 de septiembre de 1995.

Primera copia de la escritura de prórroga fué presentada en el Registro Mercantil de Huelva, acompañada de una copia del testamento de don R. M., de los certificados de defunción del causante y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, de una instancia suscrita por la viuda, doña C. D., solicitando que se girasen las liquidaciones definitivas procedentes por la herencia de su marido y de la expresada certificación de 28 de septiembre de 1945, que sirvió de base para liquidar el impuesto de Derechos reales por prórroga de la Sociedad, y que a continuación de aquella copia se puso la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento, que se presentó acompañado de una copia del testamento de don R. M., y justificantes del pago del impuesto de Derechos reales por los motivos siguientes: Primero, porque la Sociedad que por él se trata de prorrogar ha quedado disuelta el día 30 de septiembre de 1945, por cumplimiento del término prefijado en el contrato de constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 221 del Código de Comercio, toda vez que no habiendo sido prorrogado dicho término durante la vigencia de éste, con las formalidades que exige el artículo 223 de dicho Código, ha producido todos los efectos positivos de publicidad para terceros el asiento de constitución de la aludida Sociedad, que anunció el fin de su vida legal sin necesidad de que se inscriba especialmente la disolución de aquélla, según dispone el artículo 226 del Código de Comercio y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil. Segundo, porque, siendo obligatoria la inscripción de modificación de las Compañías mercantiles por cambio de socios que la constituyen, por imperativo de los artículos 25, 26, 119 y 220 del Código de Comercio y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil, es necesaria la previa inscripción de dicha modificación de la Sociedad "La Industrial Chacinera", en virtud de los correspondientes títulos que lo justifiquen, en los que deberá determinarse con la claridad de que, en absoluto, carece la certificación unida a la escritura calificada, quiénes y en qué proporción adquieren, así como de quién o quiénes traen causa, no teniendo entretanto capacidad para tomar acuerdos con trascendencia registral los que de tal manera no acrediten su condición de socios. No se solicitó ni procede tomar anotación preventiva".

Considerando que la legislación extranjera y la doctrina se inclinan a sostener que las Compañías de responsabilidad limitada, incorporadas a la vida comercial española por una extensa práctica notarial, acomodada al principio de libertad en la formación de Compañías mercantiles, consignado en el artículo 117 del Código de Comercio, son, como ha declarado reiteradamente este Centro directivo, una figura intermedia entre las Sociedades colectivas y las anónimas, y dada la carencia en nuestra Patria de una reglamentación específica, sin otra norma que la genérica de su reconocimiento, contenida en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, no se estima procedente dificultar su inscripción y funcionamiento, sometiéndolas, en absoluto, a los preceptos reguladores de las Compañías de responsabilidad ilimitada, ni se juzga oportuno decidir ni llenar en el reducido ámbito de un recurso gubernativo algunas interesantes dudas y lagunas, misión más propia de la actuación legislativa, sobre todo teniendo en cuenta que, según el artículo 24 del mencionado Código, las escrituras de Sociedad no registradas (supuesto máximo a que podría llegarse si se admitiera la extinción de la inscripción inicial de la Compañía) surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable;

Considerando que en el caso del recurso se observa que en la escritura social se estipuló un plazo de duración de la Compañía que finalizaría el 30 de septiembre de 1945; que el 28 del mismo mes, o sean dos días antes de expirar este plazo, la Sociedad celebró Junta general extraordinaria, a la que acudieron los socios, excepto don J. C., que había cedido, con conocimiento y aprobación de la Compañía, su participación de 5.000 pesetas a todos los demás socios, y don R. M., cuyos derechos ejercitó su viuda, doña C. D., en su propio nombre y como madre con potestad sobre sus hijos menores, J., R. y C., herederos testamentarios de su padre, y que don A. M., que había, también con conocimiento y aprobación de la Compañía, cedido a sus consocios 20.000 pesetas de las 25.000 que había aportado a la Sociedad, concurrió a la repetida Junta;

Considerando que, además de las expresadas particularidades, resulta que, según certificación expedida el 28 de septiembre de 1945 por el secretario de "La Industrial Chacinera", don I. R., con el visto bueno del gerente, don A. P., cuyas firmas fueron legitimadas el mismo día por el Notario don José Sánchez Somoano, en la Junta general se

acordó, por unanimidad, prorrogar la vida de la Compañía hasta el 30 de septiembre de 1995; que, presentada la certificación en la Oficina liquidadora del impuesto de Derechos reales de Aracena, satisficieron 1.326,60 pesetas por el concepto de prórroga de Sociedad, según carta de pago número 1.522, extendida el 9 de octubre siguiente, y que la escritura de prórroga se autorizó trece días después;

Considerando que, aunque el recurrente atribuye imprecisión a los artículos del Código de Comercio relativos al momento en que se haya de acordar la prórroga del plazo prefijado en la escritura social, es racional y fundada la tesis de que tal acuerdo debe ser anterior al día en que fenezca dicho plazo, y en cuanto a la forma en que haya de constar, coinciden la legislación fiscal y la civil, puesto que, a efectos tributarios, puede acreditarse con certificación de la respectiva acta, según se infiere del artículo 19 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, y se realizó en el caso que motivó el recurso, y a efectos civiles, puede probarse "por cualquiera de los medios ordinarios", como prescribe el artículo 1.702 del Código Civil, sin perjuicio de que, en ejecución del acuerdo, la escritura de prórroga, inexcusable para efectuar la inscripción, conforme a lo ordenado en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, pueda ser formalizada posteriormente dentro de un plazo prudencial, de todo lo cual se deduzca la voluntad de la Empresa de continuar su subsistencia;

Considerando que, como declaró esta Dirección General el 24 de octubre de 1945, no cabe equiparar el Registro Mercantil al de la Propiedad, sobre todo en lo referente al tracto sucesivo, requerido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, excepto si se tratare de buques, y cuando haya de acreditarse la transmisión de cuotas o participaciones en el capital de Sociedades de responsabilidad limitada, bastará demostrar en forma adecuada el enlace de los derechos entre los sucesivos titulares, y a tal efecto, son suficientes los antecedentes obrantes en el recurso;

Considerando, a mayor abundamiento, que también, según doctrina de este Centro directivo, las causas de disolución de Sociedades comerciales no producen sus efectos "ex ministerio legis", y tratadistas de Derecho mercantil, en general, afirman que, no obstante tales causas, las Compañías entran en su día en un período de liquidación que patentiza la diferencia entre Sociedad disuelta y Sociedad liquidable, y que sirve de base a algunos autores para afirmar la existencia de una



comunidad de bienes, una ficción legal o una readaptación de la Empresa dirigida a ultimar las operaciones sociales, lo cual justifica un criterio de cierta amplitud en el examen e interpretación del caso debatido;

Considerando, por último, que en atención a las circunstancias que concurren en los hechos determinantes del recurso, a que quienes celebraron la Junta general asumían la totalidad del capital de la Empresa, a que no se ha formulado oposición al acuerdo de prórroga y consta fehacientemente que éste fué adoptado en tiempo hábil, a que no se aprecie perjuicio de tercero y a todo lo demás anteriormente expuesto, no se debe negar eficacia a la escritura de prórroga por haber sido otorgada algunos días después de transcurrido el plazo de duración de la Compañía.

\* \* \*

¿Se halla íntimamente convencido el Ilustre Centro Directivo de que la “forma” del acuerdo de prórroga de una Sociedad Mercantil puede acreditarse por cualquier medio ordinario?

No lo creemos. El último Considerando de la extractada Resolución es bien elocuente al respecto. Son las circunstancias concurrentes en este caso especial: “no formularse oposición al acuerdo de prórroga, no apreciarse perjuicio para tercero”, las que le inducen a declarar “que no se debe negar eficacia a la escritura de prórroga por haber sido otorgada algunos días después de transcurrido el plazo de duración de la Compañía”. Es decir, que por una excepción puede transigirse con que el contrato de prórroga de Sociedad mercantil no se otorgue en tiempo y forma adecuados, o sea antes de finalizar el plazo de duración y ante Notario.

La “forma” es superación y más en Derecho, donde los artículos de cada ley tienen sus diferencias y distinta finalidad. No digamos el ámbito de aquéllas.

Por ello, y así como las Sociedades civiles pueden constituirse en cualquier forma (art. 1.667 del Código Civil), es lógico que puedan prorrogarse y justificar tal prórroga por cualquier medio ordinario (artículo 1.702 del mismo Código).

De igual suerte—y como indica el artículo 223 del Código de Comercio—, “si los socios de una Compañía mercantil quieren continuarla, celebrarán un nuevo contrato sujeto a todas las formalidades

prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119 del mismo". Esto es, por escritura pública. De perfecta lógica también.

Como lo es la legislación fiscal, pues si como expresa el artículo 41 del Reglamento, "el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia ", es lógico que se *infiera*—según manifiesta el Centro directivo—ya que el texto reglamentario no dice nada—; es lógico que se *infiera*, repetimos, del párrafo 4.º del artículo 19 de dicho Reglamento que el acuerdo de prórroga—a efectos de tributación—pueda acreditarse con certificación del Acta privada en que los socios lo tomaron.

Por otra parte, nos parece perfecto eso que ahora reitera el Centro directivo—y que ya dijera el 9 de febrero de 1943, núm. 180 de esta Revista, correspondiente a mayo de dicho año—de que "las causas de disolución de Sociedades comerciales no producen sus efectos "ex ministerio legis"; pero es que se da la circunstancia de que, según el artículo 226 del Código de Comercio, "la disolución de aquéllas por conclusión de plazo, surtirá efecto contra tercero, aunque no se *anote* en el Registro".

¿No es justificable, pues, y por ello estamparía su nota, el temor del Registrador en el caso presente?

Finalmente, si prosperase—que no lo creemos—la doctrina sobre la "forma" de prórroga de Sociedades mercantiles de la antecedente Resolución, ¿cuál ha de ser el *plazo prudencial* en que según la misma—Considerando cuarto de los copiados—se ha de otorgar la escritura de prórroga, "inexcusable para efectuar la inscripción"? ¡Salvadoras y benéficas frases—estas últimas—, pues sin ellas no podría extrañarnos que otra Sociedad mercantil que se prorrogase pretendiera su inscripción en el Registro por certificación del acuerdo tomado por sus socios, cuyas firmas legitimase un Notario, alegando los citados artículos 19 del Reglamento del impuesto de Derechos reales y 1.702 del Código Civil!

SOBRE CONSULTA DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE GIJÓN,  
ENCARGADO DEL LIBRO DE BUQUES DEL REGISTRO MERCANTIL  
DE LA PROVINCIA DE OVIEDO.

*Resolución de 25 de febrero de 1947. ("B. O." de 9 de abril.)*

La Dirección General ha acordado declarar que para inscribir en el Registro Mercantil buques contruídos en lugar no comprendido en el ámbito territorial correspondiente al Registro en que haya de inscribirse su propiedad, se acompañará certificación literal de todos los asientos obrantes en la Sección especial de Buques en Construcción del Registro del citado lugar o negativa, en su caso, y que si la certificación, positiva o negativa, no se transcribiese en la escritura declarativa de la propiedad del buque, se presentarán en el Registro Mercantil ambos documentos.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1946.—*Cláusula de oro y depreciación del dinero.*

Contra la sentencia de la Audiencia de Albacete confirmatoria de la del Juzgado declarando ineficaz la citada consignación, impagado el capital prestado y sus intereses, subsistente la garantía hipotecaria y estimando procedente la reconvencción formulada por los demandados para que se condenase al actor al pago de dicho préstamo, se ha interpuesto el presente recurso, cuyo primer motivo, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la infracción de los artículos 1.176 y 1.180 del Código y de la doctrina sustentada en la sentencia de esta Sala invocada en dicho motivo, por entender que la consignación se hizo con observancia de todos los requisitos que la regulan, por lo que debe surtir los efectos del pago; pero la expresada alegación no puede prosperar porque pactado el pago en la escritura de préstamo en moneda corriente y legítima de oro y plata y siendo evidente la enorme depreciación de aquella en que se pagó, no puede sostenerse que la consignación que en todo caso, y conforme al artículo 1.177 del Código Civil, habrá de ajustarse a las disposiciones reguladoras del pago, se realizó conforme a las mismas, condición precisa para atribuirle efecto liberatorio, ni que el acreedor se opusiera sin razón a aceptarla, como dice el artículo 1.176, y por ello tal motivo debe ser desestimado, de acuerdo con la doctrina recientemente sostenida por este Tribunal en sentencias de 4 de julio de 1944 y 12 de marzo y 26 de abril de 1946, pues si bien en estas últimas se trataba de cláusulas donde expresamente se consignaba que en caso de hacerse el pago en papel se abonaría la diferencia de valor entre éste y las especies monetarias de oro o plata, no puede ponerse en duda que al pactarse, como en el caso presente, que el pago se verificaría en moneda corriente de oro o plata gruesa, fué la intención de los contratantes que se realizase en moneda equivalente a la recibida al celebrarse el contrato de préstamo.

SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1946. — *Promesa de venta; venta de cosa ajena.*

El documento privado que sirvió de base a la acción dice lo siguiente: «He recibido de D. Antonio la suma de 5.000 pesetas a cuenta de 28 000 pesetas importe de dieciséis horas de agua de La Alianza, que le vendo, haciéndose el endoso por todo el presente agosto, cobrando dividiendo de dicha fecha del endoso. Aspe a 6 de agosto de 1940», y este texto demuestra la existencia entre las partes de un contrato de compraventa que no solamente llegó a perfeccionarse, sino cuya ejecución comenzó con la entrega de parte del precio convenido, sin que de los términos del documento pueda inferirse condición resolutoria alguna ni pueda considerarse aquél como expresión de una promesa de vender y comprar como el recurrente sostiene; porque la promesa se caracteriza por ser una modalidad contractual preparatoria de la compraventa y referida a un hecho futuro, y aquí la frase «que le vendo», empleada en el documento, demuestra que se está en presencia, no de una mera promesa, sino de una compraventa definitiva y actual, perfeccionado por el consentimiento de las partes sobre la entrega de una cosa determinada por un precio cierto, representado en dinero que en parte fué ya entregado, y como se trata de la compraventa de acciones de una sociedad que no está sometida por la Ley a una forma determinada para su validez, la Sala, al calificar de contrato de compraventa el celebrado entre las partes y al declararlo obligatorio para las mismas no infringe los artículos 1.254, 1.261, 1.278, 1.279, 1.280, 1.450, 1.451 y 1.462 del Código civil.

Aunque en las sentencias de esta Sala de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924 y otras, por más que la jurisprudencia no se haya manifestado siempre uniforme, se proclama un criterio contrario a la validez de las ventas de las cosas de pertenencia ajena, por entenderse que falta en tales ventas el elemento real del contrato, la cosa, y por estimarse que invalida el consentimiento el error que consiste en suponer cosa propia del vendedor la que es ajena, es lo cierto que esta doctrina no puede invocarse en la litis actual, porque en dichas sentencias se partió del supuesto de que las cosas vendidas eran de indudable pertenencia ajena, y aquí tal supuesto no se da, porque las dieciséis acciones vendidas, según se deduce de los términos de la sentencia, en el momento de celebrarse el contrato, eran objeto de una acción reivindicatoria que el demandado había promovido contra un tercero, habiendo sido estimada dicha acción por la sentencia que puso fin al procedimiento, lo que evidencia que tales acciones eran de la propiedad del demandado, porque sólo así hubiera podido tener éxito la acción reivindicatoria, que se da únicamente en favor del propietario de una cosa contra el poseedor de la misma, no propietario, y por virtud de lo expuesto en este considerando y en el anterior, no pueden estimarse infringidos los artículos citados por el recurrente en los motivos primero y cuarto del recurso.

SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Propiedad (Concepto de)*.

Articulado el motivo primero del recurso al amparo de igual número del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se invoca en él la infracción del 348 del Código Civil, fundándose en que al declarar la Sala sentenciadora la subsistencia del dominio privada de las aguas litigiosas para el riego de la finca «Nuevo Chorrillo», perteneciente a los actores, y omitir los calificantes de absoluto y pleno, tal como se pretendió en la demanda, se ha desconocido el concepto legal de la propiedad en la forma que la define el artículo precitado.

Así planteada la cuestión, fácilmente se advierte que, lejos de incidir la Sala en tal infracción, se ajustó correctamente a los cánones legales por cuanto basta declarar el dominio a favor de una persona para que se estime y entienda concedido en toda la integridad de sus facultades, mientras que quien se crea asistido del derecho para una limitación no pretenda y pruebe su existencia por lo que se hace innecesario completar tal reconocimiento con calificativos de más valor tradicional que técnicamente jurídicos, pues bien se considera como un derecho unitario y abstracto, conforme a la concepción de la doctrina científica, ya se atienda al concepto puramente legal, no es exacto decir que revista caracteres de absolutos, como lo demuestra la circunstancia de que el legislador español suprimiera, al redactar el artículo 348, la expresión «de la manera más absoluta» consignada en el artículo 544 del Código francés, viniéndole a definir como el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, por lo que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretarlo, ha precisado reiteradamente—entre otras sentencias, la de 22 de enero de 1914—que si bien es esencial y peculiar atributo del dominio el poder disponer libremente de las cosas, tal facultad no es tan absoluta y omnimoda, en razón a que toda propiedad se subordina siempre a limitaciones determinadas, ya por las leyes, ya por pactos convenidos o costumbres aceptadas, a las que en su ejercicio se ha de acomodar; de todo lo que cabe inferir que el reconocimiento del dominio, en la forma que la Sala lo expresó, se hizo con justeza y en armonía con los dictados de la Ley, máxime teniendo en cuenta que se trata de un derecho de propiedad sobre aguas, de especial naturaleza y regulada por disposiciones diversas y susceptible, por el uso y disfrute, de tan varios aprovechamientos.

SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1946.—*La prueba en los contratos mercantiles; el uso contra ley*.

Se discute la existencia de un contrato mercantil de compraventa que sirve de base a la demanda, y la consumación de tal contrato mediante la entrega de la cosa vendida y, por consiguiente, la obligación de abonar el precio por el comprador, conforme al artículo 339 del Código de Comercio.

Al dar por probada la venta la sentencia recurrida incurre ésta en error de derecho a que hace referencia el número 7.º del artículo 1.692 de

la Ley de Enjuiciamiento civil, con infracción de los artículos 1.225 y 1.226 del mismo cuerpo legal, que exige para la eficacia de los documentos privados el reconocimiento por la parte a quien puedan perjudicar, y sin que su falta pueda ser subsanada, como pretende la sentencia, por un hipotético uso comercial que no puede prevalecer nunca al amparo del artículo 2.º del Código de Comercio, referente a las fuentes del Derecho mercantil, ya que conforme al artículo 50 del mismo rige como supletorio en materia contractual el Derecho común. En materia mercantil no basta la prueba testifical para acreditar la existencia de un contrato cuyo interés excede notoriamente de 1.500 pesetas (art. 51 del Código de Comercio).

No puede apreciarse el contrato como consumado, aunque la factura expresa que los géneros viajan de cuenta y riesgo del comprador, de donde se desprende la entrega desde ese momento; hay que tener en cuenta que dicha factura no fué conformada por el comprador.

SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Pena convencional y multa «poenitentialis».*

Sobre la indicada base de examen que la figura jurídica contenida en el pacto agregado aparece como una reserva de la facultad de resolución a cambio del pago de una cantidad, no en el estricto concepto de pena convencional, sino en el de *multa poenitentialis* o dinero de arrepentimiento, mediante cuyo abono se atribuyó a las partes la facultad de extinguir retroactivamente los efectos del contrato, poniendo en conocimiento del otro contratante la decisión adoptada; de donde se sigue que el caso actual no se halla comprendido, como erróneamente sostiene el motivo 6.º del recurso, en el supuesto previsto por el artículo 1.124 del Código Civil—cuyos efectos han llegado a estimarse en algún sector de la doctrina como resultado de una condición resolutoria tácita—, sino que constituye un convenio de resolución producto de la expresa voluntad de las partes, convenio cuya licitud resulta indiscutible a virtud de lo establecido en el artículo 1.255 del citado Código; y si los contratantes se reservaron la facultad de resolución a cambio del pago de una cantidad en dinero, es obvio que al declarar la Sala sentenciadora que mediante esa entrega puede cualquiera de las partes hacer uso de dicha facultad no quebrante el aforismo *pacta sunt servanda* ni infringe los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil, como sostiene el motivo 7.º de los invocados.

Así como no es dable confundir el concepto de rescisión del negocio jurídico—anulabilidad referida a la lesión o perjuicio—con el de resolución—que, como ya declaró la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 1925, equivale a invalidar y deshacer el vínculo obligatorio, dejando las cosas en el estado que tenían antes de celebrarse el contrato—, también debe tenerse en cuenta, bajo otro aspecto, que mientras la pena convencional aparece *in obligatione*, si bien con carácter de condicional y accesorio, el «dinero de arrepentimiento» no se halla en igual caso, pues solamente surge la obligación de pagar la cantidad señalada cuando existiendo la reserva del derecho

de resolución a cambio de esa prestación pecuniaria, se hace uso de tal facultad por su titular siendo de observarse un reflejo de la apuntada diferencia en nuestro Código Civil si se compara el efecto de las arras penitenciales, al que se refiere el artículo 1.454, con lo dispuesto respecto a la pena convencional en el artículo 1.152 y debiendo tenerse en cuenta, por último, que aun facultado el deudor para liberarse de la obligación pagando la pena—caso previsto en el artículo 1.153—, el hecho de hacer uso de esa facultad no implica *per se* la resolución del contrato, siguiéndose de las apuntadas consideraciones que en el caso ahora controvertido ni se trata de una rescisión ni de una obligación con cláusula penal; y haciendo aplicación de lo expuesto a las alegaciones del motivo 3.º del recurso, debe advertirse que si bien es cierto que la sentencia de instancia invoca en sus razonamientos el artículo 1.153 del Código Civil, también es innegable—y de esencial interés para juzgar de la eficacia de dicho motivo—que los Considerandos 8.º y 9.º de aquélla, bases cardinales del fallo, declaran que lo convenido en la escritura fué un pacto de resolución por el cual se atribuyó a las dos partes la facultad de destruir retroactivamente el contrato a cambio de una cantidad, siquiera en los citados Considerandos, y para sentar su tesis, se valga la Sala de la equivocada sinonimia antes acusada—que también se observa en algunos artículos de nuestro Código Civil, como ocurre en los 1.454 y 1.819, entre otros varios que podrían ser señalados—, apareciendo en definitiva y como consecuencia la de las razones expuestas que no puede prosperar el aludido motivo 3.º

LA REDACCIÓN.



# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de julio de 1945.*

EL CONTRATO DE CESIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE UN SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS, AUN SIENDO PRORROGABLE POR LA TÁCITA INDEFINIDAMENTE, HA DE CALIFICARSE DE ARRENDAMIENTO, PORQUE TAL CONDICIÓN NO LE PRIVA DE SER POR TIEMPO DETERMINADO.

COMO REGLA GENERAL, Y SALVO CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES, HA DE TOMARSE COMO FECHA DE UN DOCUMENTO PRIVADO, A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, LA QUE EN EL MISMO CONSTE.

*Antecedentes* —Una Empresa concesionaria de un aprovechamiento de aguas para el servicio de una población, lo cedió a la Sociedad General de Aguas de B., facultándola para incautarse de sus productos como propios y con obligación de atender al pago de todo gasto, impuesto y gravamen que pese sobre el servicio, de manera que la cesionaria realice en nombre de la cedente todos los servicios contratados, asumiendo todas las responsabilidades derivadas de los contratos vigentes y formalizando los contratos de los nuevos suministros a los abonados directamente, pero en nombre de la cedente.

Detallaron todos los bienes e instalaciones, asumiendo respecto a ellos la cesionaria las obligaciones de un arrendador con facultad de subarrendar y de usar de ellos a su comodidad, sin otra limitación que la de devolverlos al terminar el contrato en buen estado de funcionamiento, salvo el desgaste natural que el buen uso produzca.

Se estipuló el precio, consistente en el pago de diversos gastos y amortización de pasivo, y se dijo que el plazo del contrato era in-

definido, no inferior a cinco años y prorrogable por el mismo plazo, salvo aviso en contrario.

Todo ello se hizo constar en un documento privado de fecha 20 de noviembre de 1922, y rigió hasta el 2 de enero de 1931, en que, por otro documento privado, se modificó el precio, fijándolo en pesetas 590.000 anuales.

Ambos documentos fueron presentados a liquidación, acogiéndose a la Ley de 16 de junio de 1942 sobre condonaciones, y fueron liquidados al 0,60 por el concepto arrendamientos.

La liquidación fué recurrida con dos clases de razonamientos: unos tomados de la citada ley, de los cuales prescindimos, dado el carácter transitorio de la misma, y otros fundados en las leyes del impuesto de 1927 y 1932. De éstos nos ocuparemos solamente y prescindiremos de la solución dada al caso por el Tribunal Provincial, para anotar exclusivamente la del Central.

La recurrente empleó estos argumentos: el documento privado inicial, o sea el de 20 de noviembre de 1922, está prescrito en cuanto a la exacción del impuesto se refiere, por haber transcurrido desde su otorgamiento más de quince años; en todo caso, el contrato de arrendamiento de que se trata, por estar formalizado en documento privado, sería un acto calificable de no sujeto, puesto que los contratos de esa naturaleza y en esa forma solemnizados no quedaron sujetos al impuesto hasta que se dictó la ley del Impuesto de 1932, y, por último, en todo caso y con arreglo a la ley del Impuesto de 1941, los edificios comprendidos en la concesión, y por tanto en el arrendamiento, tampoco podrían ser objeto del impuesto, porque, según esa Ley, los arrendamientos de fincas urbanas no están tarifados.

La resolución del Tribunal Central empieza por sentar que se trata de un contrato de arrendamiento con las características del artículo 1.543 del Código civil, que son las de obligarse una de las partes a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, a cuyo último requisito no se opone el que en el caso se haya pactado la duración indefinida, ya que la locución de "tiempo determinado" empleada por el texto legal, quiere decir que el arrendamiento sea temporal, y no perpetuo, como aquí no lo es desde el momento en que al ser prorrogable cada cinco años, queda expedita la facultad del arrendador de recobrar los bienes arrendados al vencimiento de cada uno de esos períodos de tiempo.

El argumento de la no sujeción lo admite de plano el Tribunal, y al efecto cita los preceptos de las leyes y reglamentos anteriores a la Ley de 1932 para deducir que ésta fué la que sujetó los arrendamientos en general al impuesto, cualquiera que fuera el documento en que se solemnizasen, a diferencia de aquellos otros textos, que exigían la forma de documento público, judicial o administrativo. Y esto, es decir, el argumento de la no sujeción es valedero incluso a pesar del texto de la primera disposición transitoria de la Ley de 1941, porque aunque en ella se diga que sus preceptos—y por tanto el de estar sujetos todos los arrendamientos en general sea cualquiera el documento en que consten—se aplicarán a todos los actos causados antes del 23 de diciembre de 1940, siempre que se presenten fuera de plazo, como se presentó el cuestionado, es lo cierto que esa disposición transitoria condiciona su propia aplicación al supuesto de que las liquidaciones precedentes sean de cuantía superior a la regulada en la liquidación anterior, y por lo mismo no puede referirse a la sujeción al impuesto de actos que los textos precedentes dejaban fuera de su órbita.

Respecto al argumento invocando la prescripción, dada la fecha del documento en que primeramente se formalizó el contrato, dice el acuerdo que venimos examinando que, salvo circunstancias especiales y casos de prueba también especial, debe aceptarse como fecha de todos los documentos privados referentes a toda clase de contratos, la que ellos consignen, en razón de que por mandato del artículo 107, párrafo 1.º, el plazo de presentación a liquidación se cuenta desde su otorgamiento, y de ahí que pasado su plazo se exija la multa y demora correspondiente, sin que obste a ello, añade el Tribunal, la limitación que el artículo 1.230 del Código civil impone a la eficacia de la fecha en cuanto a terceros, porque ese precepto—sigue diciendo—no se refiere sino a los documentos privados que se otorguen para alterar lo pactado en escritura pública. Todo lo cual se corrobora, a juicio del Tribunal, con el artículo 143, apartado 2.º, del propio Reglamento del Impuesto, cuando dice que únicamente para los efectos de la prescripción y “no para otro alguno”—así dice la Resolución—se exige autenticidad de fecha en los documentos privados con relación a tercero, conforme al artículo 1.227 del Código civil.

Como consecuencia de todo ello, concluye anulando la liquidación y calificando el acto como “no sujeto”.

*Comentario.*—Algunos merece la Resolución de que se trata y no

todos, ciertamente, favorables. Al menos, salvando siempre la gran autoridad del Tribunal, nos parece que la argumentación empleada no es de aquellas que se pueden llamar concluyentes e incontrovertibles ni menos aplastantes.

Empezando por la aseveración fundamental y punto de partida, o sea la que califica el contrato como arrendamiento, nos atrevemos a decir que no basta decir que el contrato tiene todas las notas características que al arrendamiento atribuye el artículo 1.543 del Código civil, porque esto bastaría indudablemente si nos moviéramos en el campo civil tal como ese artículo lo acota, pero eso no basta, o puede no bastar, cuando la figura jurídica hay que encuadrarla, además, en el campo del Derecho fiscal y del Administrativo, como en el caso estudiado ocurre.

No se puede dejar a un lado la consideración de que se trata de un bien especial que, por serlo, no se enmarca exactamente en el derecho sustantivo común ni está sometido a las mismas normas fiscales, como consecuencia de su misma naturaleza especial, que lo están, en general, los demás bienes. Efectivamente, con el razonamiento empleado por la Resolución que estudiamos llegaríamos a la conclusión de que se habría engendrado un contrato de compraventa, si las entidades contratantes hubieren convenido que la una vendía y la otra compraba la concesión por un precio cierto en dinero, puesto que, análogamente, diríamos que la compraventa nace—artículo 1.445 del Código civil—cuando uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero; y, sin embargo, por aquello de que lo que prueba demasiado, a las veces no prueba nada, habríamos equivocado el camino, porque nos habríamos olvidado del precepto especial que el Reglamento contiene sobre transmisión de concesiones administrativas, precisamente en consideración de la naturaleza especial del bien transmitido.

Nos encontramos, pues, en principio, frente una compraventa ante el Derecho civil, pero afectada por el impuesto, no como tal, sino en la forma especial que el Reglamento quiere por tratarse de concesión administrativa “con arreglo al artículo 27 y con el tipo particular que para ellos señala la tarifa en su número 18.”

Con el precedente razonamiento llegamos a la conclusión de que no basta que el contrato discutido tenga todos los caracteres del arrendamiento y que realmente lo sea civilmente para someterlo al tributo

en tal concepto. Hace falta saber si le es aplicable el precepto del citado artículo 27 cuando dice que los "actos de traspaso, cesión o enajenación a título oneroso de las concesiones o de derecho a su explotación", siempre que sean revertibles a la entidad otorgante, satisfarán al 0,50.

Es cierto que el precepto dice que esos actos quedan sometidos a ese tipo siempre que no tengan señalado otro específico distinto, y que por lo tanto, se podrá argumentar que aquí hay el específico de arrendamiento, pero a ello se puede oponer que el análisis de los términos del contrato no lleva, ni mucho menos, al pleno convencimiento de que el contrato es de arrendamiento porque aunque en algún momento se habla de que la cesionaria podrá subarrendar y de que asume la obligación de un arrendador, también habla de la cesión de la explotación del negocio y de que la cesionaria actuará ante los usuarios en nombre de la cedente, lo cual, unido a la indeterminación del precio, aun contando con el ancho margen que a esta indeterminación concede la jurisprudencia, hace que, cuando menos, como ya apuntamos, sea discutible—razonablemente discutible—la calificación y su encuadramiento en la figura jurídica de arrendamiento.

La cuestión relativa a la eficacia de la fecha del documento privado ante el impuesto la resume el Tribunal diciendo que tiene trascendencia para tomar el cómputo del plazo de presentación al efecto de la multa y demora, y que no la tiene para servir de arranque a la prescripción, es decir, que ésta no se contará más que desde la fecha de presentación; y en esto no creemos que el razonamiento esté bastante claro.

En primer término, nosotros entendemos que la verdadera base de razonamiento está en el texto del artículo 1.227 del Código civil. Según él la fecha del documento privado "respecto de terceros" no se contará sino desde el día que adquiere autenticidad, o sea desde la muerte de uno de los otorgantes, desde que se incorpora a un registro público, o desde que se entrega a un funcionario público por razón de su oficio, y ello quiere decir que se trata del perjuicio de tercero, esto es, de impedir que se les cause, y, por lo tanto, que una cosa es que se trate del caso de presentación fuera de plazo y otra que al amparo de esa fecha no indubitada, obtenga un beneficio el contribuyente con perjuicio, claro está, del interés del Fisco.

En el primer supuesto no hay duda que ningún perjuicio hay para el Tesoro en tomar la fecha que el documento expresa, antes al con-

trario, pero en el segundo sí lo hay y debe entrar de lleno en juego el artículo 1.227, tanto para denegar la prescripción como la no sujeción, como para no aplicar un tipo de liquidación de una tarifa más beneficiosa al contribuyente y vigente en la época a que la fecha no auténtica se refiere, que la que rija en el momento de la presentación.

Llegamos con esto a la conclusión de que del artículo 143 del Reglamento no se puede en buena hermenéutica deducir, como la Resolución dice, que la ineficacia de la fecha del documento privado sólo trasciende para la prescripción. El precepto dice, efectivamente, que "a los efectos de la prescripción" se cuenta el plazo, no desde la fecha del documento, sino desde que ésta adquirió autenticidad, lo cual no es lo mismo que decir que SOLAMENTE a esos efectos regirá ese cómputo. No se puede olvidar que el artículo trata específicamente de la prescripción, y no de plazos ni de su cómputo.

Por consiguiente, la ineficacia tiene que actuar en ese caso de la prescripción y también en los de no sujeción y en todos aquellos en que el tomar como real una fecha que legalmente no lo es, suponga un perjuicio para el Tesoro—el tercero del artículo 1.227—por ejemplo, cuando de uno a otro momento la tarifa haya aumentado.

Aplicando ahora los precedentes razonamientos al caso y generalizándolo, ya que bien se nos alcanza que en él pudo haber pruebas especiales e incluso la de notoriedad de la existencia de la cesión desde mucho antes de 1932, fecha del cambio en la legislación, decimos, que si se presenta un documento privado, sin fecha auténtica, en época en la que la legislación actual es distinta a la que regía cuando en él se dice que se otorgó y en aquélla se le declara sujeto, sin estarlo antes, o se le grava más duramente, no solamente no habrá que pensar en la prescripción, sino que habrá que encuadrarlo en esa legislación actual con todas sus consecuencias, salvo en lo relativo a la multa y la demora, las cuales, en tal supuesto, no deberán tener efecto sino desde la fecha de la nueva legislación, puesto que otra cosa equivaldría a negar y admitir al mismo tiempo la eficacia de una fecha no auténtica.

Y si al caso concreto descendiéramos, diríamos, prescindiendo de las circunstancias concretas antes dichas y no conocidas, que presentados los dos documentos privados de fecha anterior a 1932, no deberían ser calificados ni de prescritos ni de no sujetos, y sí calificables con arreglo a la legislación vigente en el momento de ser presentados. Y no les aplicaríamos la disposición transitoria de la Ley de 1941 porque,

aunque es verdad que ésta al mandar aplicar sus preceptos a los documentos presentados fuera de plazo cuando la tarifa sea más gravosa, se refiere a actos ya tarifados en la legislación anterior y no a los exentos, como ya dijo el Tribunal en Resolución de 12 de diciembre de 1944, es lo cierto que en nuestro caso esa legislación anterior no podemos llevarla más allá de 1932, y ésta no contenía la exención ni la no sujeción de los tan repetidos actos y contratos, ya los califiquemos de arrendamiento, ya de traspaso de concesión administrativa.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de octubre de 1945.*

EN EL CASO DE SEPARACIÓN DE UNO DE LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD, LA BASE LIQUIDABLE LA FORMARÁ SU APORTACIÓN COMO TAL, MÁS LA PARTE PROPORCIONAL EN LOS BENEFICIOS DEVENGADOS Y NO PERCIBIDOS, PERO NO LO QUE PUDIERA PROPORCIONALMENTE CORRESPONDERLE EN LA PARTIDA DE CRÉDITOS CALIFICADOS COMO INCOBRABLES O LA DE LAS CUENTAS DE RESERVAS, EN LAS QUE POR PACTO NO TENGA DERECHO EL SOCIO QUE SE SEPARA.

*Antecedentes.*—Se constituyó una Sociedad regular colectiva formada por seis socios y entre ellos D. V. M., con una participación de 300.000 pesetas, el cual, en uso de uno de los pactos sociales se separó de la Sociedad otorgándose la correspondiente escritura pública en la que se hizo constar que recibía su aportación social de 300.000 pesetas, dándose por pagado de ella y de cuanto pudiera acreditar por cualquier concepto en la Sociedad, aprobando sin reserva alguna las operaciones realizadas, con renuncia expresa y total de toda reclamación.

La Oficina liquidadora giró una liquidación sobre dicha suma al 0,60 por el concepto "Sociedad" y además otra complementaria por el mismo concepto y tipo sobre una base de más 100.000 pesetas, que formó tomando la parte proporcional que juzgó que correspondía al aludido socio en las cuentas de "pérdidas y ganancias", reserva legal obligatoria, cuenta de resultados a Vicente Mira, fondo de reserva y partida de créditos incobrables.

Esa segunda liquidación fué recurrida ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, como improcedente en cuanto a la computación de las participaciones en el fondo de reserva y en la de créditos

incobrables; en cuanto a la primera, porque el pacto social prohibía distribuir dicho fondo en tanto no llegue la disolución, y atribuía exclusivo derecho a él a los socios existentes entonces, y en cuanto a lo segundo, porque se trata de una partida contable exigida por la Ley de Utilidades como contrapartida en el Pasivo de créditos dudosos, y por lo mismo no es posible liquidar el impuesto por una partida que el socio separado no percibe ni puede percibir.

El aludido Tribunal Provincial anuló la liquidación y dijo que no eran compatibles más que las partidas de la cuenta de resultados de Vicente Mira y la de pérdidas y ganancias.

La Dirección General de lo Contencioso recurrió en alzada y sostuvo que no debía computarse cantidad alguna por la reserva legal, pero sí por la participación del socio separado en el beneficio acordado repartir en el año de la separación y también en el fondo de reserva y en la partida de créditos incobrables.

El Tribunal Central dijo, por fin, que además de las dos partidas incluídas por el Provincial debía tomarse la parte proporcional en los beneficios devengados y no percibidos. En cuanto a la partida de incobrables, dijo que sobre esos créditos conserva el socio separado un derecho latente o eventual, por las cantidades que pudieran hacerse efectivas algún día y que deben sujetarse al pago del impuesto, haciendo constar en el documento tal circunstancia.

*Comentario.*—Algunos merece la Resolución de que venimos ocupándonos, empezando por esto último de los créditos incobrables. De ello decimos que la constancia en la escritura del caso a efectos de liquidación en su día, nos parece perfectamente ineficaz, puesto que no se puede desconocer que la nota que en el documento se extiende para nueva presentación y liquidación el día que en todo o en parte se hagan efectivos, equivale a escribir en el agua, porque la tal escritura queda completamente desligada del hecho del cobro y desligado queda también el socio separado.

La Dirección General apuntaba en su recurso que a esos créditos debía aplicárseles el artículo 55 del Reglamento en cuanto prevé que los créditos no se consideran fiscalmente incobrables no obstante lo que los interesados digan, en tanto que no se prueben las gestiones judiciales infructuosas de cobro, pero no parece que el verdadero concepto de la partida en cuestión sea la de incobrables, aunque en la nomenclatura contable sea esa su denominación. La más adecuada y real sería la de



ilíquidos, puesto que en verdad no se sabe a cuánto ascenderán ni aun siquiera si tendrá realidad, y ya en ese camino estaría bien, en principio, el aplazamiento con arreglo al apartado 1) del mismo artículo 55, siquiera en este caso, como hemos dicho, esa cautela de la nota en el documento carezca por completo de eficacia tributaria.

Por lo demás, la tesis del Tribunal encierra un sentido jurídico-fiscal que nos parece completamente atinado.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL  
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

# V A R I A

EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Lecciones de Derecho procesal*.—2 tomos. (Madrid, 1946, tomo primero, 695 páginas; tomo segundo, 399 páginas.)

El culto Catedrático de Derecho procesal de Salamanca, D. Emilio Gómez Orbaneja, uno de los más profundos y sagaces procesalistas españoles, y el Secretario judicial D. Vicente Herce Quemada, autor de varios trabajos que reúnen agudo sentido práctico y sólidos conocimientos teóricos y que le convierten en una de las grandes esperanzas de una ciencia procesal que sepa guardar fructífera conpenetración con la práctica forense, acaban de dar a la luz estas magníficas lecciones de Derecho procesal que tenemos a la vista y que constituyen la más completa exposición moderna de dicha materia que se posee en España, por abarcar todo el Derecho procesal civil (inclusive la jurisdicción voluntaria) y todo el Derecho procesal criminal. La distribución de materias es la del programa último de oposición para Jueces. No podemos entrar en detalles, ya que ello nos obligaría a hacer comentarios extensivos al amplio campo del Derecho procesal entero. Pero sí podemos y debemos sintetizar nuestro juicio al declarar que las *Lecciones de Derecho procesal* constituyen una obra de conjunto de gran valor científico. Los autores condensan en ellas los originales y abundantes resultados de una intensa labor de investigación.

EUSEBIO DÍAZ-MORERA: *El concepto de territorialidad en el Derecho procesal*.—Bosch, Barcelona, 1945; 154 páginas.

La monografía del Profesor auxiliar de la Universidad de Barcelona abarca tres partes de muy desigual extensión. La primera contiene la introducción y trata de «Generalidades»: noción de la territorialidad,

función del Derecho procesal para realizar las normas materiales, etcétera. La segunda parte, que es la principal, analiza los «Efectos de la territorialidad», tanto a través de los derechos adquiridos reconocidos, como de la litis-pendencia, como, por último, de la realización extraterritorial de resoluciones judiciales. Este último aspecto a su vez se subdivide, después de ciertos preliminares, en consideraciones de orden procesal territorial y en consideraciones de orden procesal internacional. La tercera parte, por último, formula la conclusión.

El trabajo del Sr. Díaz-Morera afirma que la territorialidad es hoy día consubstancial con el Derecho procesal y que debe ser tenida en cuenta por el Derecho internacional privado, puesto que todo Derecho privado no se realiza sino a través del Derecho procesal.

Una monografía científica siempre merece elogio por el mero hecho de ser lo que es, y más meritorio todavía es un estudio en la árida y poco trabajada esfera del Derecho procesal internacional.

CLAUDIO RIESGO: *Conferencias del Profesor Masaveu en Portugal. Prólogo* del Excmo. Sr. D. Augusto d'Oliveira.—Madrid, 1947; 84 págs.

El presente folleto contiene la noticia—resumida en sus líneas generales por el culto jurista doctor Riesgo—de la que bien puede llamarse verdadera embajada científica que se encomendó al notable Profesor de Derecho de la Universidad de Madrid D. Jaime Masaveu. Fué plausible iniciativa del Instituto para la Alta Cultura, de Lisboa, tomada con el fin de establecer e intensificar las relaciones culturales de orden superior entre los dos pueblos de la Península. Y vino a asegurar el éxito de este intercambio intelectual que alboreá en el medio jurídico la prominente figura universitaria a que acabamos de aludir, hoy representante calificado de la nueva dirección española en Filosofía del Derecho penal, como discípulo predilecto del Profesor Saldaña y continuador de su escuela. Ya algunos de los más ilustres maestros portugueses, al hacer la presentación oficial del insigne Profesor español, o en el comentario sugerido por sus conferencias—pronunciadas en Lisboa y Oporto—, pusieron de relieve la superior mentalidad, el valor de las doctrinas y la espléndida y excepcional actividad científica de su autor, en la forma que recogen las páginas de este folleto.

*Revista Española de Derecho Canónico.*—Septiembre-diciembre, 1946.—Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto «San Raimundo de Peñafort».

Esta joven y ya prestigiosa Revista publica en el número que tenemos a la vista los siguientes estudios: «La situación jurídica actual de la Acción Católica», por Jaime Sáez Goyenechea; «Los Estatutos en el Código de Derecho canónico», por Marcelino Cabrerós de Anta; «El Maestro de Espíritu de los escolares religiosos según el Código de Derecho canónico», por Benito de Rubí; «La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia», por Lorenzo Rodríguez Sotillo (continuación); «El problema del bautismo de los fetos abortivos», por Clemente Pujol. El número contiene luego el «Convenio entre la Santa Sede y el Gobierno español para la provisión de beneficios no consistoriales» y un comentario sobre el mismo hecho por Laureano Pérez Mier. De notas de interés mencionamos las siguientes: «A propósito de la traducción china del Código de Derecho canónico», por J. A. Eguren; el tratado *De legibus* del R. P. Lucio Rodrigo, por Anastasio Gutiérrez, y, finalmente, un decenio de estudios sobre el doctor navarro D. Martín de Azpilcueta, por José Goñi Bustamante. Tampoco en este número faltan bibliografía, actualidad y resúmenes.

*Universidad de San Carlos.*—Guatemala.—Abril, mayo, junio de 1946.

El sumario abarca materias diversas. Sección de Humanidades: «El argentino y el americano Ricardo Rojas», por Alberto Velázquez; «El misticismo español: cristiano e islámico», por Thomas Irving; «El analfabetismo—dolencia social—se origina en un problema de naturaleza escolar», por Salvador R. Merlos. Sección de Ciencias económicas: «Proyecto para investigación sobre el costo de la vida en Guatemala», por Gustavo Mirón. Sección de Ciencias Médicas y Naturales: «Morfología y biología de los actinonices», por Manuel Serrano; «Una de las máximas personalidades científicas de Guatemala: recordando al licenciado Juan J. Rodríguez», por Rafael González Sol; «Las curaciones por las fuerzas del espíritu en la medicina aborigen», por Juan B. Lastres. La Sección de Vida Universitaria, por último, abarca noticias sobre la Facultad de Humanidades, de Medicina y de Farmacia. El tomo, de 358 páginas, termina con una Sección Bibliográfica.

*Revista de Estudios Políticos*.—Volumen XVI. Año VI. Números 29 y 30. Madrid, 713 páginas.

Del inagotable contenido de este número, que resulta un voluminoso tomo, mencionamos tan sólo los artículos de Legaz-Lacambra: «Libertad política y Libertad civil»; de Fernández Miranda: «El concepto de democracia y la doctrina pontificia», y de Pabón: «Talleyrand y el Congreso de Viena». Notas, crónicas y recensiones completan el imponente conjunto de esta *Revista-Enciclopedia*.

*Cuadernos de Estudios Africanos*.—Número II.—Instituto de Estudios Políticos.

Este número comprende ensayos de gran valor. Pensamos, por ejemplo, en José María Cordero Torres: «Marruecos: su unidad y sus límites» (continuación); Santiago Montero Díaz: «Stanley en España»; Aquilino González de Pablo: «El Mbueti y sus doctrinas»; Nuño Aguirre de Cárcer: «Los Tribunales mixtos y la evolución política internacional en Egipto». La Revista trae, por lo demás, notas, crónicas, recensiones de libros y textos. Entre ellos destacan: «Tánger bajo la acción protectora de España durante el conflicto mundial», el Dahir sobre la reorganización del Majzen central y el «Estatuto orgánico de Argelia».

*Arrendamientos*.—Legislación vigente el 3 de abril de 1947 y jurisprudencia al día.—Editorial Aranzadi. Pamplona.

Este librito, de 387 páginas y buena presentación, encuadernado con lomo de pergamino, comprende las disposiciones generales respecto Arrendamientos (Código civil) y del Arrendamiento de cosas (rústicas y urbanas), íntegramente todas las disposiciones, además de dos índices, uno alfabético, por conceptos jurídicos, y otro cronológico.

El texto, concordado, lleva al pie de cada artículo anotada la jurisprudencia, y el índice supera, por su perfecta distribución en materias, su claridad, sus copiosas referencias y sus certeras indicaciones, a cuanto nos tiene acostumbrados tan conocida Editorial en sus *Repertorios cronológicos de Legislación, Índices progresivos de Legislación y Jurisprudencia* y *Repertorio de Jurisprudencia*, a pesar del módico precio de venta.

La utilidad de la obra es indudable, al recopilar cuanto se ha legislado en esta materia, ordenando y concordando las disposiciones legales, con expresión de la ley posterior vigente que las deroga o modifica;

dato tan necesario al jurista y al profano por el excesivo número de aquéllas y su contradicción manifiesta, lo que hacía dificultosa una busca con garantías de acierto. Busca que se facilita en grado máximo al señalarse en el encabezamiento de cada página la materia de que trata y la fecha de la disposición que comprende, así como marginando cada disposición con número correlativo

Auguramos un éxito editorial, mayor acaso por la actualidad de la obra y la rapidez de su impresión.

LA REDACCIÓN.

*El Derecho de propiedad en la zona española jafifiana.*—Conferencia de D. Juan Francisco Marina Encabo, Registrador de la Propiedad de Getafe, en el curso de Cultura y Derecho musulmán organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

Presidió el decano, Dr. Montero, y asistió el emir Muley-el-Mehdi, hijo del Jalifa.

Comenzó el conferenciante diciendo que desde hace varios años viene dedicando atención a los asuntos de nuestro Protectorado marroquí, especialmente en su aspecto jurídico relacionado con la propiedad inmueble.

Hace a continuación una breve descripción geográfica de nuestra Zona antes y después del Protectorado, terminando por decir que casi las dos terceras partes de la población son bereberes, descendientes de los antiguos iberos, y rigiéndose por sus costumbres o derecho consuetudinario no escrito, razón por la cual la autoridad del Sultán no se extendía más que sobre una tercera parte, aproximadamente, del territorio marroquí, o sea del Imperio xerifiano, y de ahí las denominaciones de Belad el-Majzen (país de gobierno) y Belad es-Siba (país de rebeldía). Pero todo esto ha desaparecido hoy con la instauración de los protectorados.

Expone después que Marruecos no es precisamente un país de derecho musulmán, sino de religión musulmana, y que viene a constituir una expresión geográfica, más bien que una realidad política. Y que en todo país musulmán, y, por consiguiente, en Marruecos, se distinguen cuatro clases de propiedades: la de los bienes colectivos, o de «yemáa»; la de los «habús», las propiedades del Estado—en Marruecos bienes del Majzen—, y los de propiedad privada, conocidos por «melk».

Respecto de los primeros, conocidos en Marruecos por bienes de «yemáa», no tienen el sentido de colectividad que nosotros les atribuí-

mos, sino que significan más bien un grupo de personas, a veces familias y a veces también parte de una familia, viniendo a tener esa clase de bienes el mismo carácter que los bienes comunales de nuestros Ayuntamientos. Y que en los poblados, o cabilas, no existen bienes de propios, como los de nuestros Municipios, pues la propiedad en derecho xeránico es eminentemente individualista, siendo los bienes colectivos de las cabilas la única excepción de esa propiedad individual.

En cuanto a los bienes «habús», que son los de carácter benéfico, de fundaciones piadosas, destinados a una obra de esa clase, son de dos clases: públicos y privados, y además hay una tercera clase, que es el «habús» del Islam, así llamado porque, según el derecho musulmán, los bienes conquistados por la fuerza de las armas se convierten en «habús» del Islam, o sea una especie de propiedad inalienable de la comunidad musulmana.

Respecto de los bienes «Majzen», que son los del Estado, carecía casi el Majzen de propiedades en Marruecos, al menos conocidas, por no haber dominado más que en una pequeña parte del país; pero, no obstante, el Majzen puede adquirir propiedades por los mismos títulos que los particulares. Y en cuanto a los títulos históricos de adquisición de aquél, son el quinto del botín de la guerra santa en cuanto a los muebles, y como título jurídico, el que le corresponde en las herencias vacantes de los muertos sin sucesión o de los desaparecidos. Pero, fuera de esto, precisa el Majzen para ser propietario en Marruecos de un título taxativo y marcado en derecho como cualquier particular, por no tener un dominio nato sobre los inmuebles por el mero hecho de ser Majzen. De tal manera, que las fincas que estén inscritas en los Registros de inmuebles de la Zona por «presunción juris tantum» a favor del Majzen, bien por error de algún funcionario o por descuido o ignorancia de los que se consideren dueños de esos inmuebles y sean, por consiguiente, poseedores de mejor condición que el Majzen, pueden reivindicarlos mediante el ejercicio de la acción de esa clase. Y que el Letrado que dictamine en este sentido, además de cumplir con un deber profesional lo hará también con otro en orden al Protectorado.

Para los bienes de propiedad particular el conferenciante citó todas las disposiciones pertinentes, desde la Convención de Madrid de 1880 a la fecha.

El origen de la propiedad según el Derecho malequí en Marruecos tiene un nacimiento confuso y una existencia enrevesada, y ese origen

habría que buscarlo en el país «Siba», en que, como región de rebeldía, no dominaron los Sultanes. En cuanto a su adquisición, esa propiedad puede adquirirse por título originario (ijtias) y derivativo «melk». Lo primero es la concesión por el Sultán y la vivificación del particular que consiste en poner en valor una tierra muerta, «res nullius». Porque como dice el «hadiz» del Profeta, el que vivifica una tierra, esa tierra es de él. Y el conferenciante expuso después con todo detalle las diez maneras u operaciones propiamente colonizadoras que consigna Sidi Jalil para vivificar las tierras muertas, según el rito malekita que rige en Marruecos.

Los títulos derivativos de adquisición de la propiedad privada son los ya conocidos en Derecho, como herencia, donación, compraventa, etc.

La propiedad rural marroquí, y dentro de ella la pequeña propiedad, no debe de ser, a juicio del Sr. Marina Encabo, base de crédito principalmente, sino de colonización. Pero que esto no obsta para que también lo sea de crédito, si bien duda de la escasa o nula eficacia de una Caja General de Crédito establecida en la Zona por una Orden del Alto Comisario de 8 de agosto de 1942. Porque en lo que se refiere a los préstamos sobre inmuebles, y para facilitarlos a los cultivadores, es generalmente a base de hipoteca, y tratándose de indígenas, en el Derecho malequí no tiene aplicación la hipoteca. Si bien en cuanto a los no musulmanes pueda ser esa Orden una medida estimuladora para la inscripción de fincas en el Registro, sobre todo para los medianos y pequeños propietarios, como los trámites de inscripción según el sistema que hoy rige en Marruecos son lentos y sobre todo onerosos para los pequeños propietarios, los que además no tienen generalmente su titulación en regla, convendría adelantar el resultado, estudiando y promulgando un Dahir encaminado a sustituir el de 1.º de junio de 1914, que implantase en nuestra Zona el sistema hipotecario peninsular, y por lo que el conferenciante viene ya propugnando desde hace tiempo, con lo que se daría un paso decisivo para la revalorización económica de la Zona, lo que por otra parte no supondría ninguna innovación en el Derecho malequí, el que naturalmente no está en nuestras manos modificar y por consiguiente no puede afectar a la cuestión específica del régimen de la propiedad.

Además de felicitar a tan distinguido compañero, le deseamos disfrute largos años de su Registro de Getafe.

A. ESTEBAN.