

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Marzo 1947

Núm. 226

Lexicografía hipotecaria: Su necesidad. - Los principios: En la Filosofía y en la Ciencia del Derecho; en el Derecho positivo; los principios generales del Derecho; la Fisonomía del Derecho hipotecario español; significación de los principios hipotecarios en España

LEMA: «Sin precisión de ideas y de lenguaje no es posible un progreso en el estudio del Derecho.»—GIORGIO DEL VECCHIO (1).

No se lee lo mismo una obra literaria que un trabajo jurídico. La obra literaria puede ser leída de corrido si logra enseñorearse de nuestros pensamientos y de nuestra imaginación: cuando así no ocurre, nuestro espíritu resiste la lectura y la obra se archiva en la Biblioteca. Un trabajo de derecho jamás puede ser leído de un tirón: requiere pausa, meditación; es como un Kempis, que estimula el entendimiento y obliga a pensar; por eso todo trabajo jurídico enseña siempre, aun en aquellos casos en que nuestra formación profesional, en que nuestro saber choca con lo que se lee.

Pero en estos casos de colisión entre lo que se sabe y lo que se lee, ¿dónde está la verdad? Y si lo que sabemos se aprendió, no en la experiencia sino en otros libros, ¿cuáles libros son los mejores? ¿Cómo podemos hacer una constatación de nuestros conocimientos para reafirmarnos o rectificar?

Los medios principales para el conocimiento del Derecho fueron

(1) Del prefacio de la primera edición de su *Filosofía del Derecho*, traducción de la tercera edición por Luis Legaz Lacambra.

la Glosa y el Comentario. Glosa que viene del griego, significó en latín oscuridad filológica, y cuando constituyó escuela, su método fué la exégesis; en su sentido originario significaba explicación de un lenguaje oscuro, pero más tarde, a imitación de los exégetas atenienses o explicadores oficiales de los monumentos se aplicó a la explicación de un concepto por la interpretación; pero tal interpretación se basaba en un criterio subjetivista o sofístico.

El comentario, como escuela, fué la antítesis de la glosa, pues consistió en el empleo del racionalismo para la interpretación. Históricamente aparece con Jacobo de Rábanis, que para combatir una opinión de Derecho Civil apoyada en la Glosa, sustentada por Francisco de Accursio, hijo del autor de la Magna Glosa, empleó argumentos dialécticos basados en la filosofía escolástica, y apoyándose en el método deductivo formuló un concepto abstracto del Derecho, que luego Ciano, que también había estado en Francia, utilizó para sostener la teoría de la libertad contra la Glosa. En este sentido la palabra coincide con su significación etimológica. (*Commentarium*, de *commentari*, formado por *cum* y *mens-mentis* o pensamiento. No deriva de *commentum*, que significa ficción o fábula.) Pero también se aplicó a la interpretación de los textos legales, y en este caso sin el sentido de libertad, por lo que Núñez Lagos pudo haber dicho que "los comentarios son esclavos del texto de la ley" (1). Con esta fisonomía apareció el comentarista auténtico que ideara el emperador Augusto y que admitió nuestro Derecho histórico, pero que afortunadamente para el progreso jurídico desapareció, como también por fortuna, se rechazó la idea de Bentham de que el mismo legislador hiciera los comentarios o explicaciones. Hoy sólo aparecen admitidos las Exposiciones de Motivos que por estar redactados por quien materialmente elabora la ley llevan implícita una autoridad doctrinal, pero no tan grande para tener que aceptar como exacto cuanto allí se diga, o para tener que admitir sin regateos o comentarios cuanto expongan en sus libros profesionales los que intervinieron en la confección de una ley o reglamento. Las Exposiciones de Motivos llevan como tara tal sello de servidumbre que ni siquiera pueden depurar las fraseologías legales, tan frecuentemente confusas, o al menos imprecisas.

(1) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre de 1946, artículo sobre Angel Sanz.

Pero cuando nos enfrentamos con una obra de Derecho, cuyas teorías, comentarios o manera de discurrir no compartimos, nos sentimos acuciados por la necesidad de saber si cuanto estamos leyendo coincide o no con la verdad científica, pero en esos casos, en vez de realizar una verdadera epistemología se hace una labor de crítico, ya que la crítica no es más que la formulación de un juicio respecto de una cosa explicando los fundamentos o razones del criterio. Y al intentar hacer la labor crítica se observa que a veces lo que realmente se debe llevar a cabo es una labor de lexicografía para impedir que se atribuyan a las palabras significados que no tienen, o que se usen en el que no tiene utilidad, o se les dé una aplicación metafórica incorrecta, o, en fin, que se empleen palabras cuyo sentido lexicográfico no resulta bien definido.

Este problema ni es de ayer ni de hoy, sino de siempre, por falta de un Lexicón Jurídico, inspirado en la pureza de conceptos que lanzaron los mejores jurisconsultos y que hubieran sido recopilados por las máximas autoridades académicas. Entre los lexicones de este contenido figura el de Nebrija, que a su vez se refiere frecuentemente a otro de Ulpiano, titulado "De la significación de las palabras".

Accursio, el autor de la Magna Glosa, debió cometer no ya evidentes, sino monumentales errores lexicográficos. Elio Antonio de Nebrija se ensaña con Accursio por estas razones. En el artículo 432 de su Lexicón, al explicar la palabra principios, dice que "Accursio interpreta principio en el sentido de alistamiento o levantamiento sedicioso", y agrega este amargo comentario: "Pero no tiene nada de extraño que no haya entendido ideas intrincadas el que de ordinario suele ofuscarse en temas evidentes". Nebrija se inflama de coraje contra Accursio cuando comenta la descripción que éste hace del pasaje de la "Ilíada", de Glauco y Diomedes, referido en el Prefacio del Digesto, o el del envío de los Decemviro a Grecia, referido por Pomponio en el libro primero del Digesto título "Del Origen del Derecho". Y bajo la influencia de esta indignación por las ofensas a la pureza de los vocablos, escribe su Lexicón Juris Civilis, expresando francamente en la portada de la edición de Lyon, que tal libro se escribe como reacción a los insígnos errores de Accursio: "LEXICON JURIS CIVILIS ADVERSUS QUOSDAM INSIGNES ACCURSII ERRORES AEDITUM."

En el quinto centenario del nacimiento del ilustre gramático y hu-

manista, el Instituto Francisco de Vitoria publicó una edición bilingüe del Lexicón, y en el prólogo, escrito por Carlos Humberto Núñez, existe un párrafo que viene a ser como el remache del lema de este trabajo, en el que se expresan las consecuencias de los insignes errores en los siguientes términos: "Errores gramaticales y lexicográficos que contribuían notablemente al oscurecimiento y desviación de su verdadero cauce de la Ciencia jurídica" (1).

• El tecnicismo hipotecario necesita apremiantemente un Lexicón. El mismo texto legal, de publicación reciente, ofrece tantos botones de muestra en justificación de esta tesis, que llega a parecer una primavera de errores lexicográficos, que o nos conducen a una defectuosa expresión científica, o lo que es peor, a la oscuridad de algunas ideas y conceptos.

¿Cuál es el objeto del Registro? ¿Cuál el de la inscripción? Es frecuente decir: inscrito el documento, o inscrito el título, o inscrita la finca, o inscrito el derecho; ¿se inscribe el documento, la finca, el título, el derecho?; ¿acaso una operación registral no requiere un documento, un título, una finca y un derecho sobre la finca? ¿No tendrá, por tanto, su función y significación especial cada una de estas palabras? Existen palabras que todavía no aparecen con el verdadero perfil lexicográfico-jurídico, como la inmatriculación, dominio menos pleno, finca, registrar, etc.

Y a la par de los errores lexicográficos oficiales, se observan otros cometidos por tratadistas de Derecho, que sí están aureolados por la fama de su prestigio y autoridad, pueden ocasionar una corriente de desenfoco doctrinal por errores de este tipo.

Los principios.—Sin embargo, existen palabras que, no obstante haber tenido ininterrumpidamente una significación lexicográfica bien entendida por los profesionales del derecho hipotecario, han sufrido una ofensiva tan a fondo que casi se las llega a situar en período de crisis. Entre éstas se halla en primer lugar la de "principios hipotecarios", palabra con la que siempre se vino dando a conocer los fundamentos cardinales del sistema español, y que a nuestro juicio no sólo es limpia y correcta gramaticalmente, sino que, además, dentro del campo del Derecho Científico tiene la significación jurídica con que se viene utilizando por los tratadistas del Derecho Hipotecario español.

(1) «Colección de Juristas Clásicos Españoles», tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto «Francisco de Vitoria», Madrid, 1944.

Si toda acción tiene su reacción, igual y contraria, habrá que convenir que a la exageración germánica de pretender dar categoría filosófica a los principios de su derecho hipotecario ha sobrevenido la reacción contraria, que considera tales principios "más o menos fantásticos y más o menos principios".

Ignacio de Casso, que está muy acertado cuando dice que el significado filosófico de principio es un concepto excesivamente ambicioso para nuestros principios hipotecarios, y que éstos vienen a ser "aque- llos puntos de partida o líneas directrices sobre los cuales descansa y se ordena un buen sistema de Registro de la propiedad", no está, en cambio, afortunado cuando elimina la palabra principio para sustituirla por la de *presupuestos*, ya que la presuposición se refiere a estados de hecho que constituyen la tipicidad o precedente real para la aplicación del imperativo jurídico (1); es el *talbestand*, de que nos habla Wolf (2).

Otro autor, Angel Sanz, sin duda bajo la influencia del concepto filosófico que diera de la palabra el malogrado don Jerónimo, sólo admite la significación filosófica y no la científica, y, en su consecuencia, rebaja a la consideración de simples consecuencias o corolarios la cate- goría lexicográfica de nuestros fundamentos ideológicos hipotecarios. Si tal argumentación la hubiese desenvuelto dentro del campo de la Filosofía del Derecho, tal vez resultara verdad algo de lo que dice, aunque el mismo autor, víctima de su propia lógica, tiene que confesar que alguno de esos fundamentos cardinales hipotecarios "aparecen como básicos, como verdaderos principios, de otros que son simples corolarios de ellos" (3), con lo que resulta que lo que combate no es la palabra y su significación, sino la generalidad con que suele em- plearse o el número de normas a que se aplica tal calificativo. Pero su equivocación, aparte de esto, radica en que toda su construcción com- bativa la concentra para los principios del sistema hipotecario español, que ni por su origen, ni su historia, ni su estructura, ni su ámbito doctrinal, tuvo consecuencias que le llevaran a la consideración de sis- tema típico o le presentara como prototipo en el campo filosófico, sino que, por el contrario, se limitó a tener una fisonomía propia y nacional que es lo que constituye el objeto de la Ciencia del Derecho.

(1) Ignacio de Casso: *Derecho Hipotecario*, págs. 100 y 101, año 1946.

(2) Enneccerus. Kipp. Wolf: tomo I, vol. 2.º, pág. 5, año 1935.

(3) Angel Sanz: *Comentarios*, 1945, págs. 22 y sigs.

No es mi propósito el análisis de los principios hipotecarios del sistema español, ni reseñar su número, ni comentar su contenido, sino el más modesto de dar a conocer la verdadera acepción lexicográfica, aunque se nos tilde de estar incursos en las *difficiles nugae* de Marcial.

La filosofía y la Ciencia del Derecho.—El Derecho puede ser estudiado en sus componentes universales y en sus aspectos particulares; en el primer caso tenemos como cuestión: *quid jus?*, es decir, ¿qué debe entenderse por derecho en general?; en el segundo, la cuestión es ésta: *quid juris?*, o lo que es lo mismo: ¿qué ha sido establecido por derecho en un pueblo? La primera cuestión corresponde a la Filosofía del Derecho y la segunda a la Ciencia Jurídica.

Giorgio del Vecchio dice: "La Ciencia del Derecho tiene por objeto los sistemas particulares, considerados singularmente para cada pueblo en una época determinada (por ejemplo, Derecho Romano, italiano, español, germánico, etc.). Pero, además, una Ciencia jurídica no suele comprender propiamente todo un sistema, sino que procede con ulteriores especificaciones y distinciones considerando una parte singular del sistema en cuestión (Derecho Público, o Derecho Privado; y dentro del primero, como grados de mayor particularización, se distinguen varias ramas del mismo: Derecho constitucional, administrativo, penal, procesal, financiero, internacional eclesiástico; y se enumeran como ramas del Derecho privado el Civil y el Mercantil) (1). Explica que la Ciencia jurídica sólo puede comprender "lo que fué o es Derecho en un cierto pueblo y en un determinado tiempo", y que si, por el contrario, queremos "saber cuáles son los elementos esenciales comunes a todos los sistemas jurídicos, debemos forzosamente superar las particularidades de los órdenes concretos y mirar el concepto universal del Derecho".

El Derecho positivo de un pueblo, si bien es un producto necesario de la naturaleza humana (fenomenología en la Filosofía), se inspira, en cambio, en factores y necesidades nacionales, de donde se ha de inferir que la Ciencia jurídica, por razón de su propio objeto o contenido, sólo puede estudiar el Derecho positivo en su aspecto nacional, del que escapa la universalidad o generalidad de sus causas.

Pero cuando el pensamiento humano, poniéndose al servicio de la Ciencia o de la Filosofía, trata de investigar verdades, emplea princi-

(1) Del Vecchio: obra citada, págs. 22 y sigs.

palmente dos métodos: el empírico, inductivo o *a posteriori*; y el racional, deductivo o *a priori* (el silogismo). Del Vecchio añade a este propósito: "Se distinguen dos especies o tipos principales de métodos, en cuanto podemos partir, bien de hechos particulares para llegar a *principios generales* (inducción), o bien partir de éstos para descender hasta aquéllos (deducción); "en general, las Ciencias se sirven de ambos procedimientos lógicos; y las mismas Ciencias inductivas, a medida que avanzan, tienden a convertirse en deductivas; esto acontece principalmente cuando, habiéndose llegado inductivamente a ciertos resultados, se toman éstos como premisas, como *principios*, para proceder deductivamente al conocimiento de otros hechos particulares. Así, la Astronomía asumió un carácter deductivo después de haber fijado, sobre la base de numerosas experiencias, el principio de la gravitación universal". Pero "una verdad empírica significa sólo que hasta un momento dado de la investigación experimental, las cosas se han mostrado de cierta manera. La verdad racional, por el contrario, no puede ser jamás desmentida por la experiencia". "De lo cual resulta que nos podemos fundar siempre y con absoluta seguridad por medio de razonamientos deductivos, sobre verdades racionales; lo cual no sucede así con relación a las verdades empíricas". "La verdad general que tenga una base empírica, no puede ser convertida en axioma, ni ser dogmatizada, porque en tal caso vendría a ser un obstáculo para futuras experiencias. Este fué el error de la Escolástica, que entendió ciertos principios como eternos, mientras que después se reconocieron erróneos en ulteriores experiencias" (1).

De cuanto se ha transcrito se inducen dos clases de verdades o categorías de principios: los empíricos, o verdades de un momento histórico, sin categoría de axioma; y los racionales, de ámbito universal, o *primeros principios* (ser, conocer y obrar), cuya fórmula es el silogismo.

El Derecho Hipotecario español, que tiene por objeto el estudio del derecho inmobiliario de España (Casso entiende que abarcando también la hipoteca mobiliaria debería llamarse derecho del Registro de la Propiedad), entra de lleno en el objeto de la Ciencia Jurídica y, por tanto, los principios que recoja son experimentales, están sujetos a rectificación, y no pueden ofrecerse como axiomáticos en Derecho

(1) Del Vecchio: obra citada, págs. 37, 38 y 39.

Filosófico, pero tiene tales efectos dentro del Derecho español por imperio de la ley.

El Derecho positivo.—Está formado por las normas que son efectivamente impuestas a un pueblo en un determinado momento histórico y con el doble carácter de público y privado; pero los diferentes criterios que existen para demostrar la distinción entre uno y otro revelan que no es un problema tan fácil o sencillo; la razón, como hace observar del Vecchio (1), es “que el Derecho, como *principio* imperativo de coordinación social, tiene esencialmente un carácter público que campea en las mismas disposiciones de naturaleza privada”.

Y, en efecto, en lo que todos entendemos por Derecho privado objetivo existen elementos de orden público que están por encima del libre arbitrio de los particulares, y cuyos elementos se reflejan en el derecho subjetivo en la constante tutela del Estado. Es el aforismo baconiano “*jus privatum sub tutela juris publici latet*”. Pero, además, todo derecho positivo originariamente ha de ser público, por cuanto su coercibilidad viene de la autoridad soberana.

Por ello se puede aplicar al Derecho Privado lo que del Vecchio (páginas 309 y siguientes) dice respecto del Público: “Precisa considerar que todo ordenamiento jurídico consta ante todo de una *serie de normas fundamentales* (escritas y no escritas, legislativas y consuetudinarias) que determinan la organización y funcionamiento del mismo orden o sistema”. De aquí la clasificación que la Ciencia hace de las normas en categorías o clases: unas primarias o principales, que existen y subsisten por sí, porque contienen la regla de conducta: y otras secundarias, porque “dependen de otras, a las cuales han de ser referidas para poderlas entender propiamente”.

Principios generales del Derecho.—Muchos son los conceptos emitidos respecto de tales principios. ¿Derecho Natural? ¿Ciencia del Derecho? ¿Reglas de derecho Universal para suplir reglas de derecho positivo? ¿Reglas que pueden inducirse de las normas existentes por medio de un proceso de generalización? ¿O, como entendió Sánchez Román, axiomas y máximas jurídicas de las antiguas compilaciones?

Lo indudable parece ser que el legislador, al emplear esta frase, se refiere a principios proclamados por la razón, pero compartidos por su pensamiento, y así, Buron los definió como “dictados de la razón

(1) Del Vecchio: obra citada, pág. 309.

admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones y en los cuales se halla contenido su principal pensamiento". De aquí se desprende que, a pesar del aspecto de universalidad, los principios generales del derecho no sirven para un sistema determinado sin el previo reconocimiento de su valor jurídico por el derecho positivo. Así ocurre, al menos en nuestra patria, donde se exige, para la alegación y apreciación de los principios generales, una reiterada sanción jurisprudencial.

Este es un problema que planteó la escuela sofista en los siguientes o parecidos términos: ¿Lo que es justo por la ley, es justo por naturaleza? Indudablemente la contestación debe ser negativa porque, de lo contrario, habría que concluir que si la justicia se impone por la naturaleza, todas las leyes tendrían que ser iguales. De donde lógicamente, si las leyes o derecho positivo de los diferentes países y épocas no son iguales, ello quiere decir que ni los mismos principios generales del derecho, con toda su filosofía, no pueden servir de base al desenvolvimiento de un sistema, sino cuando han sido aceptados por el legislador y proclamados derecho positivo, o lo que es lo mismo: el sentido filosófico de la palabra *principios*, no es el utilizado en las leyes positivas.

Fisonomía del sistema hipotecario español.—La clasificación, generalmente aceptada, de sistemas hipotecarios, es la de don Jerónimo, que la reduce a cuatro grupos: romano o clandestino, francés o de transcripción, alemán o de publicidad y australiano o de título real. El sistema español resulta encuadrado dentro del alemán, pero sin dejar de tener su propia fisonomía, que le distingue y da personalidad. Así, Angel Sanz (1), refiriéndose a la ley de 1861, dice estableció "un sistema jurídico que, no obstante sus precedentes extranjeros, se ajustaba perfectamente a la vida española, separándose de ellos y gozando de una fisonomía propia y característica, que en sí mismo, en sus propias peculiaridades, había de tener la mejor fuente de estudio y de conocimiento" y que "el sistema hipotecario español que la ley creó y el Código respeta, aparte de su indiscutible solidez científica, se ajustaba perfectamente a las necesidades patrias, y era en sí lo suficientemente característico y distinto al de los demás países y en algunos aspectos superior incluso a los sistemas germánicos". El mismo

(1) Angel Sanz: obra citada.

autor refiere que en una de las sesiones de la Comisión encargada del proyecto de reforma de la ley Hipotecaria de 1909, se acordó como uno, de los puntos de vista fundamentales, el de "afirmar la individualidad de nuestro sistema hipotecario y su fisonomía propia". Aunós, en el discurso que como ministro pronunció en las Cortes el día de la aprobación de la reforma, dijo de la ley del 61 que era "una de las más científicas entre las nacionales". Y Ramón de la Rica hace resaltar esta peculiaridad fisonómica al recordar que la reciente reforma, ni se propuso modificar los principios clásicos del sistema "ni dar carta de naturaleza a exóticas innovaciones inspiradas en sistemas extranjeros", a los que acertadamente califica de "cubismo hipotecario", sino mantener el sistema tradicional.

Evidentemente el sistema español implantado con la ley del 61 tiene el carácter francamente nacional y español, pues aunque sus autores dijeron que, si bien eran partidarios de lo tradicional, se sentían innovadores en materia hipotecaria, lo que realmente hicieron fué compaginar el derecho tradicional civil e hipotecario con las exigencias progresivas de los sistemas registrales o publicitarios, inspirándose para ello en la legislación germánica, que a la sazón era ya la más adelantada. Pero no hicieron más que inspirarse en él para adaptar el progreso científico al carácter nacional. Esta cualidad se destacará recordando que con anterioridad al 1861 hubo un periodo de franca importación austríaca y sajona, como que también, con posterioridad a la implantación del sistema ha habido intentos de importaciones exóticas, y, desde luego, una franca corriente de simpatía hacia lo germánico.

Lo netamente español del sistema es no haber dado valor constitutivo a la inscripción y haber respetado la teoría del título y el modo; haber creado la figura del tercero hipotecario, y sobre estas bases haber sentado principios o fundamentos cardinales para la buena hermenéutica hipotecaria del sistema.

La corriente germánica anterior al 61 quedó marcada en los trabajos de las Comisiones de Codificación. Así, la creada en 1834, de la que formaron parte Ayuso, Navarro, Tapia y Vizmanos, presentó a las Cortes en 16 de noviembre de 1836 un proyecto de Código Civil que contenía un capítulo dedicado al Registro Público, consagrado, desde luego, a las hipotecas nada más, en el que se proclamaba el valor constitutivo del asiento registral en tonos conminatorios como el si-

guiente: "Si se omitiere la toma de razón perderá el acreedor el carácter hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal". El mismo criterio se mantuvo por la Comisión de 1844, de la que formaban parte nombres tan prestigiosos como Manuel Cortina, Seijas Lozano, Antón de Luzuriaga y García Goyena, pero no concretado a las hipotecas, sino extendido, a requerimiento de Luzuriaga, a todos los derechos reales, redactándose en tal sentido la base 52 del proyecto de Bases de aquella fecha.

El carácter nacional comenzó a esbozarse con ocasión de la reacción del proyecto de Código Civil de 1851, y al discutirse en qué momento debería entenderse transmitido el dominio de las cosas, Luzuriaga, de inclinación germánica, entendía que la transmisión se operaba por la inscripción; García Goyena, influenciado por la legislación francesa, afirmaba que entre vendedor y comprador se transfiere el dominio por el consentimiento, pero no respecto de terceros. Luzuriaga, tal vez por un deseo conciliador y no olvidando que la tradición era factor importante en el derecho patrio, llegó a decir que la transferencia no se operaba solamente por la inscripción, sino que hacía falta también la tradición, momento que aprovechó Bravo Murillo, presidente de la Comisión, para resolver la cuestión en favor de García Goyena, basándose en "que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos". En su consecuencia, se dió a la base 52 una redacción de sabor español y tradicional: "Para que produzcan efecto en *cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos del dominio, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público" (1).

La lucha entre lo germánico y lo español suscitóse de nuevo en las Cortes de 1858 al discutirse la base primera del proyecto de Ley, que ya se había presentado en la anterior legislatura. Decía la citada base, que "será obligatoria la inscripción en los Registros Públicos, de todos los derechos de cualquiera especie que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan sobre bienes inmuebles o derechos reales". Esta base venía a constituir el desenvolvimiento de las ideas matrices que exponía la Orden ministerial de 10 de agosto de 1855 para la reforma hipote-

(1) Bienvenido Oliver y mis notas para la monografía de la Inmatriculación.

caria, y que esencialmente eran tres: publicidad, especialidad y formalidades externas.

En esta ocasión la tendencia germánica la ostentó el Catedrático de Barcelona Sr. Permanyer, y el criterio nacional, el Sr. Cárdenas. El escenario fué el Congreso. Permanyer decía: "Puede ser obligatoria la inscripción en el sentido de que con ella todo derecho real sea eficaz contra terceros poseedores, y que sin ella no pueda ejercerse la acción hipotecaria ni reclamarse en juicio sin hacer esa inscripción; y puede ser también obligatoria en el sentido de que sin ella no haya siquiera hipoteca ni haya podido constituirse o empezado a existir el derecho; una cosa es decir que la hipoteca se constituye por la simple convención, pero que su eficacia y acción depende de la condición del Registro, y otra cosa es decir que no se constituye ni llega a existir la hipoteca sino mediante la inscripción. Sepamos de una vez que de hoy en adelante y al comenzar a regir, luego que esté sancionada la ley que se va a publicar, que no sólo el Registro, como formalidad o condición externa, será indispensable para la eficacia de las acciones reales o hipotecarias, sino que será esencial para la constitución y la existencia misma de la hipoteca. Y tanto más necesario es el saber esto, cuanto que si el Gobierno, al formular la ley, dijese que el Registro no es más que una condición externa y *a posteriori*, entonces el Registro, dejando de ser una condición esencial para la constitución de hipoteca, vendrá a ser una condición resolutoria."

Cárdenas, al contestar en nombre de la Comisión, desenfocó el problema, pues en vez de referirse al valor constitutivo de la inscripción dijo que el problema que planteaba Permanyer era el de la transcripción, "o sea la de si los contratos que afectan a la propiedad han de transcribirse o copiarse en los Registros públicos, sin llegar a ser válidos para nadie sino desde el momento de su presentación en los mismos Registros; o bien si dichos contratos no han de ser más que registrados en extracto, surtiendo sus efectos, en cuanto a los contrayentes, desde su fecha; en cuanto a terceros, desde la fecha de su inscripción". Esta orientación del problema dado por Cárdenas tuvo la suerte de enmarcar la solución parlamentaria dentro de los cauces nacionales, pues Cárdenas hizo resaltar en su discurso que en el sistema de las contadurías se daba la enormidad jurídica de que la toma de razón no producía sus efectos respecto de terceros desde su fecha, sino desde la del contrato, lo que, unido al concepto de la transcripción,

le sirvió para decir: "... entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efecto al mismo contrato desde que se celebra y no desde que se inscribe, hay un término medio que sería el que yo aconsejaría si tuviera alguna intervención en la formación de la ley. Entre el sistema que declara que no debe haber absolutamente ni hipoteca ni contrato, ni para los interesados ni para terceros, sino desde el momento de la inscripción, y el sistema que establece que hay no solamente contrato desde la inscripción, sino desde la fecha en que él se celebra, existe un término medio, que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura".

De haber prevalecido este criterio, el sistema hubiera sido netamente nacional, ya que ni tomaba nada de la transcripción del francés, ni se daba valor constitutivo a la inscripción, como en el germánico; se admitía el tradicional criterio del nacimiento de la hipoteca entre partes por el solo hecho del contrato, como en Derecho romano, y se repetía e innovaba hasta cierto punto la antigua fórmula española de la necesidad de la inscripción para el nacimiento u oponibilidad frente a terceros de todo derecho real. Y aunque luego haya sido exigida la inscripción para el nacimiento del derecho de hipoteca, tanto entre partes como para terceros, ello ni quita tipicidad al sistema ni niega el Derecho tradicional español, ya que si éste exigía para la configuración del derecho real el título y la tradición, y esto no podía darse en lo inmaterial, lógica fué la consecuencia española de exigir la inscripción como la *traditio* de la hipoteca.

Y si resulta cierto este carácter puramente nacional de nuestro sistema hipotecario, lógico es afirmar que sus bases fundamentales o principios que lo informan no pueden ser estudiados en su aspecto filosófico o de trascendencia universal, sino, por el contrario, dentro de los límites del Derecho científico.

Los principios hipotecarios en España.—En la gestación del sistema hipotecario español intervinieron principalmente cuatro figuras jurídicas de distinta inspiración doctrinal: Claudio Antón de Luzuriaga, formado en los moldes germánicos de Austria y Sajonia; Florencio García Goyena, orientado en el sistema francés; Pedro Gómez de la Serna, romanista profundo, y Francisco de Cárdenas, inspirado

en la corriente germánica de Prusia. En nuestros tiempos la figura señera del Derecho inmobiliario, desde el punto de vista registral, ha sido D. Jerónimo González.

Históricamente sólo se hablaba de dos principios fundamentales: la publicidad y la especialidad; y aun de ésta dijo García Goyena que venía a ser una consecuencia de la publicidad. Pero aunque no se nombrasen otros principios, figuraron, desde luego, en el cuerpo del proyecto de Código civil de 1851, en el que se articulaba un capítulo bastante científico del sistema. Se recogía el de inscripción, aunque no en el sentido germánico, en el artículo 1.876; el de prioridad, en el 1.860; imprescriptibilidad, en el 1.862; tracto sucesivo, en el 1.820; legalidad, en el 1.883; autenticación, en el 1.821; buena fe, en el 1.862; y aun el de legitimación, en el sentido de presunción, frente a terceros, de exactitud y legalidad.

La enunciación de principios hipotecarios, labor científicamente encauzada por D. Jerónimo, sin darle desde luego un valor puramente filosófico, ha sido una operación inductiva, y así, todas aquellas normas que por su alcance y generalidad presidían las operaciones registrales de modo que venían a formar el ambiente necesario para la aplicación de los diversos artículos de la ley; todas aquellas reglas que no necesitaban exigirse individualmente, porque eran el sello hipotecario indispensable para todo negocio registral; aquellas normas, en fin, que han servido de postulado para discurrir y resolver sobre puntos concretos, se han llamado principios hipotecarios. Y, naturalmente, siendo esto una operación inductiva, el número de principios ha sido vario, según la unanimidad de caracteres encontrados.

Por ello, cuando en un sistema se exige con carácter general la concurrencia de determinados *requisitos* para el ingreso de los derechos reales en el Registro de la Propiedad; o con igual carácter general se asignan determinados *efectos* a los derechos reales ingresados en los Registros; o con la misma finalidad generalizadora se determinan directrices de la *organización interna* de la institución registral, si esos requisitos, efectos o directrices no se dan para casos concretos, sino, por el contrario, reseñados de una vez, vienen a constituir dentro del sistema como un *jus recepta* indeclinable y la base discursiva para el funcionario y para la institución, entonces llámense requisitos, efectos o consecuencias, o simples normas,

constituyen, indiscutiblemente, fundamentos básicos o principales que tienen la categoría de principios dentro del Derecho científico.

Usualmente se habla de principios de ética o de conducta, de convivencia o urbanidad, de principios físicos, filosóficos, de derecho-poéticos, castrenses, etc. ¿Por qué no admitir los principios hipotecarios en el sentido directriz con que se emplea usualmente?

De principio, *principium*, vino principal y viene príncipe, denotándose con ello una idea capital, básica, cardinal o matriz que constituye el punto de arranque para discurrir o para obrar. En este sentido se empleó en el protocolo de Crimea firmado por las tres grandes figuras mundiales Churchill, Roosevelt y Stalin; en los dos primeros artículos se sentaron normas de conducta, y el tercero comenzaba así: "Para el desarrollo de los anteriores principios ." (1). Y con ese carácter de principalidad nos da el concepto de principio Elio Antonio de Nebrija.

RAFAEL RAMOS FOLQUES,

Registrador de la Propiedad.

(1) Periódicos *A B C* y *Madrid* del 19 marzo 1947.

TEMAS DE INMATRICULACION (*)

Especialidades de la inmatriculación

(Continuación.)

SUMARIO:

- I.—Especialidades de la inmatriculación por razón de la persona a cuyo favor se inmatricula.
- II.—Especialidades de la inmatriculación por razón de los bienes inmatriculados:
 - Inmatriculación total:*
 - a) Agrupaciones y segregaciones.
 - b) Aguas privadas.
 - Inmatriculación parcial:*
 - c) Participaciones indivisas e intelectuales.
 - d) Pisos.
 - e) Excesos de cabida.
 - f) Accessión natural.
 - Derechos reales:*
 - g) No son inmatriculables.
 - h) Derecho de censo.
 - i) Usufructo con facultad de disponer; usufructo puro; reserva de usufructo.
 - j) Dominio condicionado

I.—ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE LA PERSONA.

Los artículos 199 y 206 marcan, de modo incuestionable, los dos regímenes inmatriculatorios:

Uno, normal (expediente de dominio y título público), aplicable a las personas físicas y a las personas jurídicas de interés particular.

Otro, excepcional, el de la certificación de dominio, aplicable al Estado, Provincia, Municipio y Corporaciones de derecho público, así como la Iglesia Católica.

(*) Véanse los números 219, 223 y 224 de esta REVISTA.

Fuera de esta distinción, la legislación inmatriculatoria no admite modalidad alguna por razón del sujeto de los bienes, ni de su capacidad o aptitud jurídica, ni de su capacidad de obrar.

II.—ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE LOS BIENES INMATRICULADOS.

No hay precepto legal alguno que, de un modo expreso, exija la inmatriculación *total* de un inmueble. Por ello, si el Registro ha de reflejar de modo exacto la realidad jurídica y ésta permite la tenencia de participaciones del dominio, lógicamente, está permitida la inmatriculación de participaciones o porciones determinadas de los bienes inmuebles.

a) Hemos, pues, de distinguir una inmatriculación *total*, esto es, el acceso al Registro de la *totalidad* del dominio de una finca, entendiéndose por tal las que regula el artículo 8.º de la Ley reformada.

Esta finca total puede haber sido transmitida integrando una sola entidad hipotecaria antes de la transmisión, o puede haber tenido lugar su creación en el mismo momento de la transmisión.

En el primer caso la inmatriculación no ofrece dificultades.

En el segundo caso el título a inmatricular puede contener una agrupación o una segregación. Y ello plantea la duda de si para inmatricular la finca nuevamente formada precisa la inscripción previa o de las fincas paricales que, unidas, forman la finca agrupada o de la finca matriz de que procede la objeto de la transmisión. Realmente, ni la antigua ni la nueva Ley resuelven el problema, pero si consideramos que no hay prohibición especial y que el artículo 199 condiciona la inmatriculación a la transmisión, parece desprenderse que no hay obstáculo legal alguno para inmatricular la nueva finca sin necesidad de la previa inscripción de las fincas o finca de que procede.

¿Y cómo practicará el Registrador la busca pertinente? Sería pueril practicar una busca atendiendo a la descripción de la finca de nueva creación, ya que es casi seguro que resultaría negativa. La busca debe, por tanto, practicarse atendiendo a la descripción de las fincas agrupadas o de la finca matriz.

En cambio, se plantea un problema de orden interno de los Registros, no resuelto, al parecer, por nadie; esto es, la coordinación de la nueva entidad hipotecaria con las relaciones jurídicas que puedan rozarse con las fincas de que aquélla tiene su procedencia. Esto es, no

es baldío que conste en el Registro la descripción de las fincas agrupadas o de la finca matriz, necesario para que pueda establecerse, con posterioridad, el enlace debido, si se pretendiera por un tercero inscribir después, en contradicción, alguna de las fincas agrupadas o la finca matriz, como algo distinto de la que ya constaba registrada. La cuestión la resuelve en algunos Registros describiendo las fincas de origen en el mismo asiento de inmatriculación. En otros se practica lo que se ha dado en llamar "reserva de folio", practicando una anotación de suspensión de las fincas agrupadas o de la finca matriz, a cuyo margen se extienden las oportunas notas de agrupación o segregación; anotación que reserva el folio correspondiente para aquellos casos que pudiera precisar el volver a renacer las fincas agrupadas o practicar asientos relacionados con el resto de la finca matriz.

b) Otra modalidad por razón de la finca es la inscripción de las aguas. Los aprovechamientos de aguas públicas queda dicho que tienen que ser objeto de concesión, pero las aguas de dominio privado sujetas a inscripción por el artículo 69 del Reglamento pueden ser objeto de inmatriculación por cualquiera de los procedimientos que quedan expuestos, ya se inscriban como finca independiente, con separación de aquella que ocuparen o en que nacieren, ya se inmatriculen como una cualidad de una finca en unión de la tierra donde nazcan o discurren. Cuando, inscrita una tierra, se alumbre después un manantial, éste podrá también inmatricularse, como accesión, en la forma que para las accesiones estudiaremos más adelante.

c) Al lado de la inmatriculación total puede estudiarse la inmatriculación *parcial*; esto es, cuando sin constar inscrita una finca y perteneciendo ésta a diferentes condueños, solicita uno de ellos la inmatriculación especial y separada de su participación intelectual e indivisa, con exclusión de los demás. Esta inmatriculación está permitida, a falta de norma que expresamente la prohíba, y, de esta forma, se vienen practicando en los Registros de la Propiedad asientos de inmatriculación de *participaciones indivisas*. La única particularidad que ofrece es que las diferentes participaciones de finca deben inmatricularse bajo el mismo folio, con la excepción de los pisos, en los casos que estudiaremos.

d) La propiedad de casas divididas por pisos o departamentos ha sido estudiada de modo concienzudo por el Notario Navarro Azpeitia, en su conferencia en el Colegio de Barcelona, y en ella recoge

las opiniones de Jerónimo González, Roca Sástre, Taulet, López Torres y Pala Mediano, todas ellas favorables al Decreto de 26 de octubre de 1939.

No hemos de entrar aquí al detalle en todo cuanto se ha dicho sobre esta propiedad especialísima, que en la actualidad adquiere un incremento insospechado en poblaciones como Valencia, por ejemplo, y baste en el estudio de la inmatriculación hacer constar que el artículo 8.º de la Ley reformada, después de sentar el principio de la inscripción, en este caso, inmatriculación, bajo un solo número de las fincas urbanas y los edificios, aunque pertenezca a diferentes dueños el dominio pleno o menos pleno, con lo cual reproduce la doctrina de la Ley anterior, a continuación, y no obstante, permite inmatricular como fincas independientes los diferentes pisos susceptibles de dominio separado de un mismo edificio, si su construcción está concluida o por lo menos comenzada, y pertenezcan o estén destinados a pertenecer a diferentes dueños. Y difiere la reforma de la Ley anterior en que en ésta se permitía la inscripción separada de los pisos de construcción meramente proyectada, lo cual, al parecer, no permitió la Ley actual. Y así se deduce del párrafo último del artículo 8.º, que habla de que en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente *proyectados*.

Al tocar este tema se plantea el problema de si pueden inmatricularse los pisos superiores sin la inscripción previa del solar y de los pisos inferiores. Realmente, con una inmatriculación de todo un cuerpo cierto de edificio perteneciente a un solo dueño, la edificación u obra nueva tiene carácter de accesión, y, como tal, a la inscripción de lo edificado debe preceder la inmatriculación del solar. Pero cuando surge la comunidad de bienes y diferentes condueños con derecho a un *todo* (solar y edificio) que forma un objeto cierto, aunque dividido horizontalmente a los efectos de la propiedad, la cuestión se complica ante el absurdo aparente de que pueda inmatricularse el derecho a un espacio aéreo limitado por las paredes, suelo y techo de un piso, o, como diríamos vulgarmente, "en el aire". La cuestión, sin embargo, debe ser resuelta con vistas al artículo 8.º, y según éste, en las inscripciones separadas de los pisos se hará constar el condominio que, como anejo inseparable de su derecho, corresponde a cada titular sobre los elementos comunes del edificio, a que se refiere el artículo 396 del Código civil. Y únicamente en estas inscripciones se expresará el valor de la

parte privativa, de cada propietario en relación con el valor total del inmueble, a los efectos de distribución de beneficio y cargas. No es, pues, el espacio aéreo comprendido en el piso lo que se inmatricula, sino la participación que en las partes comunes o elementos necesarios del edificio corresponde al dueño del piso, y entre estos elementos necesarios o comunes el artículo 396 del Código civil comprende de modo clarísimo *el suelo, las fundaciones y los sótanos*. Al inscribir, pues, un piso inmatriculamos expresamente una participación pro-indivisa de solar.

Entiéndase bien que esta inmatriculación estará permitida cuando cumpla el requisito inexcusable de haber sido adquirida la propiedad de modo derivativo (compra, herencia, donación, etc.) y que expresamente se excluye de tal inmatriculación la declaración, sin transmisión, hecha por el propietario de la construcción de su piso, para lo cual sí precisaría la previa inscripción del solar.

Con relación a esta especial inmatriculación se discute el alcance del párrafo penúltimo del artículo 8.º.

Del lugar en que está colocado en la nueva edición de la Ley de 8 de febrero de 1946, parece que la obligación de fijar el módulo de proporcionalidad a que se refería la Resolución de 14 de diciembre de 1935 entre el valor total del edificio y el del piso es aplicable sólo a las inscripciones *separadas* de los pisos, de *referencia* a la principal de todo el inmueble (sin que la Ley precise cuándo hay que practicar aquélla, si a petición de parte o de oficio); ya que siendo, como parece, preceptiva en todo caso la inscripción principal dicha, a ese folio registral hay que ir llevando los diferentes pisos, aunque se inmatriculen uno a uno por adquisiciones sucesivas. En cuanto quiénes han de hacer tal declaración de valores, no parece sean todos los condueños, sino sólo los interesados en el contrato o acto inmatriculable, pues exigir lo contrario conduciría al absurdo.

A este respecto, hemos de recordar la Resolución de 15 de diciembre de 1934, que sienta magistralmente toda la importancia de la propiedad por pisos y exige se comprenda en la inscripción de un piso el derecho a la utilización de aquellas partes del inmueble que sirvan a todos y que, en general, por su forzada indivisión no sean susceptibles de negocio jurídico independiente, por constituir una verdadera titularidad *ob rem*.

e) Otro caso de inmatriculación especial es la de los excesos de

cabida, materia que ha sido objeto de copiosísima jurisprudencia, que aquí no vamos a estudiar en detalle. Recordemos las Resoluciones de 28 de julio de 1932, 26 de julio de 1933, 27 de julio de 1935, entre otras; la última, que tiene en cuenta que nuestro sistema registral no garantiza que el inmueble inscrito tenga la cabida que conste en las respectivas inscripciones y, por consiguiente, la protección del fundamental principio de publicidad. Ha influido seguramente en el criterio de la jurisprudencia el deseo de obtener el paralelismo entre el Registro y los inmuebles, siempre que no haya dudas acerca de la identidad de éstos.

La Resolución de 23 de mayo de 1944 estimó la presentación de la certificación catastral como valiosísimo elemento para la inmatriculación de los excesos de cabida de fincas rústicas.

El artículo 504 del Reglamento anterior había permitido, con determinadas limitaciones, la inmatriculación de los excesos de cabida a virtud de expediente de dominio.

La jurisprudencia, en las dos Resoluciones de 26 de junio de 1935 y 11 de julio de 1936, también había permitido la inmatriculación de tales excesos de cabida, acogiéndose al párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley.

La Ley reformada, en el artículo 200, recoge toda esta doctrina y afirma que por cualquiera de los medios de inmatriculación (expediente de dominio o acta de notoriedad) o por el autorizado en el artículo 205 se podrá hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas ya inscritas.

Roca Sastre comenta el precepto y afirma que la nueva Ley deja sin efecto la doctrina de la Dirección en aquellos casos en que era contraria a la utilización de dicho medio, y, además, no precisa hoy citación de los colindantes para inmatricular por el artículo 205, a diferencia de lo que ocurre con el expediente de dominio.

Un caso curioso de estas inscripciones plantea la Resolución de 30 de julio de 1936, al considerar un exceso de cabida que figuraba anteriormente inscrito, después fué omitido en posterior inscripción y más tarde volvió a ser solicitada su inscripción. La Dirección se decide por la afirmativa, aunque en realidad no cabe considerarlo como un verdadero caso de inmatriculación.

f) Una rápida referencia hemos de hacer a la inmatriculación parcial por accesión natural (aluvión, avulsión, fuerza de río y muta-

ción de cauce), a las que serán aplicables los preceptos de los artículos 366, 368, 370 y 373 del Código civil. La inmatriculación parcial de tales accesiones naturales sigue las reglas generales de toda inmatriculación, aun cuando la Ley no lo diga expresamente. No son verdaderos casos de inmatriculación y, por tanto, no se rigen por los procedimientos a que aquélla se refiere, las accesiones por edificación u obra nueva y las plantaciones, reguladas hoy por el artículo 208, ya que tanto la construcción de edificios como las nuevas plantaciones exigen la inmatriculación previa del solar o de la tierra en que se hayan edificado o plantado, respectivamente, y su inclusión en dicho precepto parece tener por base la necesidad de concordar el Registro con la realidad jurídica registral.

g) ¿Y cuando lo que se pretende inmatricular, o sea el objeto de la inmatriculación, no es el dominio absoluto, sino un derecho real sobre él constituido? ¿Pueden ser objeto de inmatriculación los derechos reales? El artículo 13 de la Ley reformada, con notable acierto, y en relación con el artículo 7.º de la misma, aclaran la duda.

El artículo 7.º citado afirma de modo categórico que la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio, y el artículo 13 precisa para la inscripción de los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, que consten en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan, y que las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante y como cualidad del mismo.

Hemos, pues, de contestar de modo categórico afirmando, como regla general, que un derecho real no puede ser objeto de inmatriculación.

Sí hemos de recordar que está derogado el artículo 398 de la Ley anterior, que regulaba el procedimiento a seguir por el titular del derecho real cuando no constare previamente inscrito el dominio, y hoy sólo el párrafo final del artículo 7.º remite al futuro Reglamento respecto a este procedimiento.

h) Pero esta afirmación, hecha de modo absoluto, no puede admitirse. Bien es verdad que la nueva Ley ha derogado el párrafo final del artículo 8.º sobre inscripción como una finca de los treudos, servidumbres, censos y demás derechos reales, con exclusión de la hipoteca cuando gravare dos o más fincas, con lo cual no ha hecho sino suprimir

estas fincas verdaderamente anormales que habían sido objeto de acerba crítica. Pero cabe preguntarse si los derechos dimanantes del contrato de censo son inmatriculables de por sí. Roca Sastre estudia, de modo maravilloso, la materia, íntimamente relacionada con el Derecho catalán; para él es indudable que en los censos reservativo y consignativo no hay problema inmatriculador, ya que no se pueden inmatricular por ser propiedad gravada y no simplemente una división del dominio. De la doctrina de tan ilustre tratadista cabe detraer la consecuencia, por nuestra parte, de que, suprimido el párrafo final del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, que consideraba como una sola finca toda finca rural dada en enfiteusis y perteneciente a un solo dueño directo o varios proindiviso, no cabe hoy ya hablar de inscripción separada ante el terminante precepto del actual artículo 13, que obliga a inscribir todos los derechos relativos a una finca bajo un solo número. Pero ello no quiere decir que no pueda inscribirse el derecho de enfiteusis dando su consentimiento el dueño del dominio directo, requisito que en la práctica se omite. Roca Sastre se pregunta si precisa la inscripción previa del dominio para inscribir después los censos enfiteúticos. En rigor, sí, teniendo en cuenta el artículo 20, párrafo 6.º anterior. La cuestión tiene relación con el estudio de cuál de los dos derechos (dominio directo o útil) debe atraer al otro, si hay dominio dividido (*pars domini*) o propiedad gravada (*ius in re aliena*), discutiéndose en este caso si el titular de la propiedad gravada es el enfiteuta o el dueño del dominio directo. El artículo 1.605 del Código civil da un concepto de dominio dividido, y los artículos 127 y 134 de la Ley Hipotecaria vienen a confirmar esta teoría del dominio dividido, por lo que cada uno puede inmatricular su parte o dominio. No vamos a seguir paso a paso la historia de este aspecto inmatriculador, reflejada magistralmente en el *Derecho Hipotecario*, de Roca Sastre (1), pero para cerrar esta breve referencia hemos de recordar la Resolución de 12 de junio de 1865, la observación 1.ª del modelo 18 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de Ultramar de 28 de marzo de 1895, así como el artículo 98 del Reglamento, que indirectamente parece confirmar la posibilidad de inmatricular separadamente ambos derechos.

Comentando Roca Sastre la nueva Ley aplaude la supresión en la reforma en lo referente a la inscripción de las fincas dadas en enfiteusis,

(1) Véase Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*, 1.ª edición.

por existir la misma razón que en las dadas a foro, ya que en el Código civil y Derecho vigente en Cataluña subsiste la teoría de la división de los dominios en el censo enfitéutico (1).

1) Un caso especialísimo de excepción al artículo 13 encontramos en la inmatriculación del derecho de usufructo con facultad de disponer. Hemos visto en la práctica inscripciones primeras de tal derecho sin la exigencia de la inscripción previa del dominio.

Desde luego, en el caso del usufructo normal, con un solo propietario y un solo usufructuario, conocida la extensión a todo el objeto de los respectivos derechos, se está, no en un caso de comunidad, sino en el de una desmembración del usufructo (2). Y como es consustancial con el usufructo la consolidación, a su extinción, con la nuda propiedad, precisa la inscripción de ésta, ya que, caso contrario, el asiento cancelatorio del usufructo carecería de la base indispensable para la constancia en el Registro de tal consolidación.

No es, por tanto, inscribible el usufructo sin la previa inscripción de la propiedad.

En el caso de reserva del usufructo por un transmitente, admite Söhm que no existen dos negocios jurídicos, uno de transmisión de propiedad y otro de constitución del usufructo, sino uno sólo, mediante el cual se transmite la propiedad con deducción del usufructo (3). Si para la inmatriculación precisa, como reiteradamente hemos dicho, la existencia de una transmisión acorde con esta teoría, el usufructo reservado, que no se transmite, no será inmatriculable ni podrá motivar inscripción primera. Y esto lo confirma el mismo artículo 6.º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, de indudable base jurídica, que no estima que la reserva de usufructo sea acto traslativo.

Roca Sastre estudia también la reserva del usufructo para un matrimonio y considera que, de momento, hay una reserva de usufructo, pero fallecido el primer usufructuario, hay ya una verdadera constitución. Acorde con ello, nosotros admitiríamos la inmatriculación en este caso.

En cambio, el usufructo con facultad de enajenar, admitido ya en

(1) Véase Roca Sastre: obra citada.

(2) Véase Manresa y Navarro: *Comentarios al Código civil*, tomo III, página 511.

(3) Rodolfo Sömh: *Derecho privado romano*, 1928.

nuestro Derecho, constituye un verdadero dominio y puede ser inmatriculado.

Y es que esta modalidad no es tal usufructo; por eso estima Veneziam que cuando se concede al usufructuario la facultad general de enajenar sin serle impuesta la obligación de restituir al término al usufructo el valor de la cosa recibida, se debe entender que se le ha concedido la propiedad; si, además, se confiere a otras personas un derecho eventual sobre lo que quede a la muerte del usufructuario, se da en tal caso una sustitución fideicomisaria, la conocida con el nombre de fideicomiso de residuo (1).

Esté usufructo con facultad de disponer, al que Kohler llama usufructo de disposición, es, según la Resolución de 6 de diciembre de 1929, una figura jurídica compleja. Para Clemente de Diego, la figura del usufructo con facultad de disponer se confunde, sin identificarse totalmente, con la figura del fideicomiso de residuo.

El hecho es que se estima generalmente inmatriculable.

j) En cuanto al derecho de dominio condicionado cabe preguntarse si puede ser objeto de inmatriculación.

Para Amadeo de Fuenmayor, la propiedad es perpetua por naturaleza, mas no por esencia. Parece, pues, que puede existir una propiedad *temporal* (superficie, concesión, bajo condición resolutoria). Es una propiedad como la de cualquier otro propietario, sin limitación en cuanto a su contenido ni extensión. El derecho se extingue, y en esto se diferencia de la propiedad normal, contra la voluntad del propietario, admitiéndose la revocación de la propiedad en casos excepcionales (2).

Nosotros, acordes con esta totalidad del contenido del dominio, aun estando condicionado y teniendo en cuenta la Resolución de 30 de noviembre de 1911, no dudamos en admitir su inmatriculación, cualquiera que sean sus circunstancias y limitaciones: esto es, el dominio condicionado.

ANTONIO VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

(1) Veneziam: *Usufructo, uso y habitación*, vol. I, pág. 326.

(2) A. Fuenmayor: *La revocación de la propiedad*.

Insistiendo

En el notable trabajo aparecido en el número de esta Revista del pasado enero, de que es autor el ilustre colaborador de la misma y competente Abogado del Estado Sr. Rodríguez-Villamil, se rebaten algunas de las conclusiones que sentamos en un modesto apunte (véase el número 218 de julio de 1946 de esta misma publicación). Más que refutar las objeciones que se nos hacen nos vamos a limitar a hacer unas ligeras indicaciones especialmente en cuanto al carácter de generalidad que da ahora el citado autor a alguno de los puntos de la materia discutida.

En nuestro estudio, después de señalar brevemente las dos formas o modalidades que los estudiosos presentan y perfilan de la adjudicación para pago de deudas, o sea la llamada "en comisión o encargo" y la "traslativa", sentamos la afirmación de que en el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, al menos explícitamente, sólo se regulaba la primera. En correspondencia con el epígrafe de nuestro artículo no nos ocupábamos para nada de la "adjudicación en pago de deudas". Pues bien: se refuta nuestra afirmación, que califica de no convincente, ya que los artículos y número de la tarifa que se indican mencionan la "adjudicación en pago". Esta objeción, que parte de un error, al carecer de base cae por su propio peso.

En el punto fundamental del problema planteado y con relación sólo a la herencia (a la que nos habíamos concretado como medio de simplificar la cuestión), mantuvimos el criterio de que para que proceda la liquidación por el concepto de "adjudicación en comisión para pago de deudas" se precisaba—entre otros requisitos que no hacen al caso—el de que existieran deudas que, según el reglamento citado fueran deducibles. Aparte de en las consideraciones y citas de resoluciones que allí hicimos, nos fundamos principalmente en el número 13 del artícu-

lo 101 del citado texto reglamentario que condiciona la práctica de tal liquidación al hecho de que existan deudas que fiscalmente sean deducibles. "En el caso—dice—de que proceda la deducción o rebaja de deudas..."

De aquí surge la consecuencia de que si en una herencia se alega la existencia de deudas que no sean de las deducibles reglamentariamente, hágase o no adjudicación especial de bienes para su pago, no procederá rebajar su importe del de la herencia, pero tampoco procede girar liquidación alguna por el consabido concepto de "adjudicación para pago de deudas".

Contra esto sienta nuestro distinguido contradictor, aquí ya con carácter general, lo que sigue:

Que siempre que en una testamentaria se deduzcan deudas se produce un acto de liquidación, independientemente de que sean o no deducibles reglamentariamente y que en el caso de que no tengan ese carácter su importe sigue formando parte de la herencia, siendo objeto de liquidación por ese concepto, sin perjuicio, además, de que sobre el importe de la deuda se gire una liquidación "para pago", tanto cuando exista adjudicación con tal objeto, como en el caso que nada se diga, porque entonces nace necesariamente el acto deducido de tal adjudicación para pago, y que en cuanto a la cantidad que la deuda represente se liquida o grava efectivamente dos veces; pero sin que esto quiera decir que haya verdadera duplicación de pago porque el verdadero concepto de ésta no nace de que sobre una misma base se giren dos liquidaciones, sino que, además, se necesita que ambas sean por el mismo o análogo concepto.

Añade, además, que en tal supuesto el Liquidador no tiene otro remedio que someter a tributación la repetida adjudicación para pago, ya que dentro de la técnica del impuesto no puede ser catalogada entre los actos "exentos" ni en los "no sujetos".

Nosotros, para examinar el problema en su realidad viva, siguiendo al mismo destacado autor, vamos a presentar dos supuestos. Partimos siempre de la base de una herencia en que los interesados alegan la existencia de deudas que, según la legislación del impuesto de que se trata, no son deducibles de la masa hereditaria, ora por su carácter o ya por no haberse cumplido los requisitos por aquélla exigidos:

PRIMER SUPUESTO

Los interesados se limitan a hacer constar la existencia y cuantía de las repetidas deudas (es indiferente que ellos mismos practiquen o no su deducción del importe de la herencia) con la natural pretensión de obtener una ventaja o rebaja en el pago del impuesto. No hacen adjudicación especial de bienes para su pago (1).

En este caso es indudable que deberá girarse la liquidación por la cuantía total de la herencia sin deducción alguna por razón de esas deudas, ¿pero deberá practicarse la liquidación especial por la repetida adjudicación para pago de deudas?

Nuestro distinguido refutador sostiene sin titubeos la afirmativa por entender, según vimos, que nace aquí el "concepto deducido" de la adjudicación para pago.

Nosotros, por el contrario, entendemos—dicho sea con la mayor consideración para quien con nosotros la ha tenido en grado sumo—que tal liquidación no sólo sería injusta sino que constituiría una evidente extralimitación del Liquidador, aunque con ello creyera servir los intereses del Tesoro. ¿En qué disposición o cita de jurisprudencia podría apoyar su actuación? No sería posible encontrarla.

En el caso contrario al de que se trata, esto es, cuando las deudas son deducibles y no existe adjudicación para su pago—que es uno de los supuestos que regula el número 13 del artículo 101 del Reglamento—es natural y equitativo que la Hacienda presuma, aunque no la hayan formulado los interesados, la existencia de una adjudicación para pago, va que al minorarse por un lado la cuantía de la herencia y no liquidar por otro la repetida adjudicación, sufriría un quebranto en sus intereses si después resultaba que en definitiva las precitadas deudas no existían realmente o no se aplicaban, en el plazo marcado, los bienes o su importe al pago de las mismas. ¿Pero qué lesión de los intereses del Tesoro puede existir en el caso de que se trata, ni qué fundamento racional puede tener aquí la tal liquidación? El contribuyente, en uso de un perfecto derecho, interesó se descontase del importe de la herencia el de las deudas y el Liquidador rechazó su pretensión. Esto fué todo. Nos ocuparemos después de la doble tributación que se produciría de seguirse el criterio de nuestro contradictor.

(1) Esto es frecuente en las liquidaciones provisionales de herencia.

SEGUNDO SUPUESTO

Seguimos en el caso de herencia y de deudas que no son deducibles ante el Impuesto. Aquí ya los interesados las deducen del importe de la herencia y hacen también una expresa y especial adjudicación para su pago de todos o de parte de los bienes de aquélla. Supongamos que tal adjudicación se hace al único heredero que existe o, en caso de ser varios, a todos conjuntamente (1).

Es un hecho que aquí no puede negarse el de que si de la herencia no se rebaja el importe de las deudas y se liquida por el total importe de aquélla y además por la tan repetida adjudicación para pago se produce, en cuanto al montante de aquellas deudas, una doble tributación, doble exacción, duplicidad de pago o como quiera llamarse.

Advirtamos, de pasada, que al decir duplicidad de pago, antes y ahora, no quisimos referirnos a lo que cabría llamar "concepto específico" de la misma, o sea a aquel en que se considera, al lado de los errores de hecho, por el artículo 208 del citado Reglamento. Sólo queremos significar que se produce un doble pago del impuesto por una sola y misma adquisición de bienes que se transmitieron del causante de la herencia a los mismos herederos.

La alegación que se nos hace de contrario de que el Liquidador, tanto en el supuesto primero como en el segundo o en cualquiera otro análogo, ha de tomar por fuerza en consideración y liquidar la adjudicación para pago, ya que es acto sujeto al impuesto, es de una consistencia más aparente que real. En efecto, si la Administración resuelve que en tales casos no existen fiscalmente las pretendidas deudas, tendrán que aceptarse todas las consecuencias de ello derivadas y, por tanto, no existe o no se admite su deducción, no hay adjudicación de bienes para su pago, y efectuado éste tampoco podrá pedirse devolución alguna por razón de impuesto satisfecho.

Ocorre aquí algo análogo al de aquellos casos que la práctica nos ofrece con frecuencia, en que para el Impuesto de Derechos Reales existe un negocio jurídico distinto al declarado o formulado por los interesados. Así, por ejemplo: Dispone el artículo 41 del Reglamento que

(1) Eliminamos el supuesto de adjudicación a uno solo de los varios herederos, no sólo por haber ya sido ampliamente tratado en mi anterior artículo, sino a fin de presentar el supuesto con la mayor diafanidad.

dicho impuesto se exija según la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato cualquiera que sea la denominación que las partes quieran darle. Si éstas otorgan una compra y por estas o aquellas razones el Liquidador descubre que lo que pretendieron fué enmascarar con ella una verdadera donación, en fraude del Tesoro, además de esa donación, ¿habrá de ser liquidada la compra con el pretexto de ser acto sujeto?

No cabe duda que en los dos supuestos de herencia planteados, de liquidar la tan repetida adjudicación para pago, se produciría una doble e injusta exacción del impuesto. Ni aun siquiera así podría pretenderse, demostrar existía un "exceso de adjudicación".

Si en los casos presentados la adjudicación para pago se hace a persona que no sea uno de los herederos, las circunstancias cambian por completo. Aquí se perciben ya claramente las dos transmisiones, y como expusimos en nuestro anterior artículo, la Dirección General de los Registros—a otros efectos, naturalmente—tiene declarado que esa adjudicación ya no es acto de partición y que por ello se precisa la previa inscripción en el Registro de la Propiedad, en favor de los herederos, de los bienes que fueran objeto de la adjudicación para pago de deudas.

Sólo añadiremos, para terminar, que esperamos con interés que nuestro distinguido contrincante, según anuncia, se ocupe del concepto fiscal de los "excesos de adjudicación". Confiamos en que lo hará con la maestría que en él es notoria.

JUAN RUIZ ARTACHO

Registrador de la Propiedad.

Temas sobre el Impuesto de Derechos reales

1.—Las hipotecas caducadas y el impuesto.

La disposición transitoria 3.^a de la vigente Ley Hipotecaria, sobre caducidad de inscripciones de hipoteca, plantea o puede plantear una cuestión sobre la liquidación que haya de practicarse por cancelación de hipoteca en esos casos.

El texto del precepto dice que «caducarán las inscripciones de hipoteca que en 1.^o de enero de 1945 cuenten con más de treinta años de antigüedad, a partir de la fecha del vencimiento del crédito, sin haber sufrido modificación, si dentro del plazo de dos años, contados desde el referido día 1.^o de enero de 1945, no han sido novadas, interrumpida su prescripción o ejercitada debidamente la acción hipotecaria, y asimismo las que, constituidas con anterioridad a dicho día, vayan cumpliendo en lo sucesivo los treinta años de antigüedad, con las mismas condiciones y requisitos».

Quiere decirse que en 1.^o de enero de este año 1947 han caducado no pocas hipotecas, y que en lo sucesivo seguirán caducando otras, a medida que dicho plazo de treinta años vaya venciendo en las condiciones que el texto transcrito prevé; y ante eso, ocurre preguntar en qué forma ha de afectar el impuesto a esas caducidades: ¿Estará sujeta al impuesto, exenta o no sujeta la cancelación que la caducidad engendra?

Descartada a primera vista y de plano la exención, por la elemental razón de que no está prevista entre las taxativamente articuladas en el artículo 6.^o del Reglamento, veamos las otras dos posibles calificaciones, y para ello empezamos por sentar que el

concepto de «caducidad» de derechos o de acciones en general supone intrínsecamente la pérdida o extinción del derecho o de la acción, con completa independencia de toda intervención o concierto de voluntades. Tan sólo actúa la voluntad de la Ley por razones de orden público y de utilidad jurídicosocial.

Esto es ciertamente así, pero también lo es que la caducidad, o, si se quiere, la extinción del derecho que en ella se cobija, supone, en términos generales, que alguien se beneficia con ella, y en este caso con más especial y claro beneficio, porque bien fácilmente se echa de ver que, automáticamente, el predio gravado queda libre, y aumentado el patrimonio de su dueño. Por consiguiente, legal y justo es que ese acrecentamiento tribute, ya que él es precisamente la piedra angular en que el impuesto descansa.

El acto, pues, no debe quedar al margen del tributo; debe calificarse de acto sujeto y específicamente de cancelación; pero ¿cómo y desde cuándo?

La contestación nos la han de dar estos dos principios fundamentales, jurídico-fiscal el uno, y jurídico-hipotecario el otro: los actos intervivos requieren, para caer dentro de la órbita del impuesto—artículo 48 del Reglamento—, que consten por escrito, ya privado, ya público, según los casos; y, por otra parte, la cancelación del asiento afectado por la caducidad no se puede hacer de oficio, sino a instancia de parte y con justificación de aquélla. Esta es la regla general en todos los casos de caducidad, como claramente se deduce de los artículos 150 y 151 del Reglamento Hipotecario, en los que se reglamenta la doctrina general de la caducidad, sin que contra esa norma genérica prevalezcan otras excepciones que las previstas por la Ley, como ocurre con las menciones caducadas a que se refiere la transitoria primera. Y por eso mismo en la segunda de ellas se previene que la cancelación de ciertas anotaciones caducadas ha de hacerse a instancia de parte; de lo cual también se deduce que otro tanto debe ocurrir con la caducidad de las inscripciones de hipoteca a que nos venimos refiriendo.

Frente a lo dicho, pudiera alguno argumentar diciendo que, en realidad, la caducidad que la Ley sanciona no es, en definitiva, más que la sanción legal a una prescripción ya producida por Derecho civil e hipotecario, dado el transcurso de treinta años

desde que el acreedor pudo ejercitar y no ejercitó el derecho que la hipoteca le confería, y que, por lo mismo, el derecho a exigir el impuesto está también prescrito.

El argumento es fugaz y se quiebra en flor ante la consideración de que el derecho a liquidar y a exigir el impuesto es completamente independiente del plazo prescriptorio civil e hipotecario. Necesita, para nacer, que el acto liquidable nazca, y para ello es indispensable, según antes hemos hecho notar, que su condición de latente se exteriorice en el documento correspondiente —público o privado, según los casos—, y entre tanto tendrá toda la eficacia que el Código civil atribuye a la prescripción entre el sujeto activo y el pasivo que en ella intervienen, pero no tendrá ninguna ante el impuesto.

Esta doctrina sobre la ineficacia de la prescripción civil frente a la exacción del impuesto está sancionada en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1941, y dice que el plazo de prescripción para liquidar el impuesto por cancelación de hipoteca no empieza a contarse mientras no se otorga la escritura de cancelación o el documento que acredite ésta.

II.—La exención del impuesto de Personas jurídicas en relación con los bienes de las Corporaciones locales.

Esta exención, junto con la del impuesto de Derechos reales, arranca de la Ley de Bases de Régimen local, que lleva fecha de 17 de julio de 1945. En la primera de ellas se sentó como regla general la exención a favor de Municipios y Provincias de toda clase de impuestos y contribuciones del Estado, y se concretó en el artículo 218 de la Ordenanza provisional de las Haciendas locales, aprobada por Decreto de 25 de enero de 1946.

Ese artículo perfila esas exenciones tributarias en su apartado 2), y entre ellas la del impuesto de Derechos reales y la del impuesto que grava los bienes de las personas jurídicas.

Esta última la articula en el número 5.º de ese apartado 2), y dice que la exención alcanza al «impuesto que grava los bienes de las personas jurídicas en los mismos casos previstos en el número 1.º con referencia a la Contribución territorial», y de ella nos

vamos a ocupar, ya que la interpretación del precepto no deja de ofrecer alguna duda, a pesar de su aparente diafanidad.

Efectivamente, de esa Contribución rústica y urbana están exentos, a tenor de dicho número 1.º, los bienes de uso público, los de servicio público que no produzcan rentas y los comunales; por consiguiente, también lo estarán del impuesto de Personas jurídicas. Pero, eso dicho y sentado, aún no queda completamente enmarcada la exención, porque resta determinar qué clase de bienes son los que abarca cada una de esas categorías. Esto está delimitado en la Base 19 de la aludida Ley de 17 de julio de 1945, la cual, ampliando y, en cierta manera, modificando la clasificación que hacen de esos bienes los artículos 342 y 344 del Código civil, dice que los de uso público son las calles, caminos, puentes y obras públicas de servicio general cuya conservación y policía sean de la competencia del Municipio; los de servicio público—cuyo concepto no está en el antedicho artículo 344—son los que el Municipio destina a fines de interés público, como mataderos, escuelas, mercados, lonjas, Casas consistoriales y otros, y comunales, los de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos.

Se ve, pues, que de la exención quedan excluidos los bienes de Propios, que son, según la misma Base 19, los de «propiedad del Municipio no destinados a la realización de ningún servicio y que puedan constituir fuente de ingreso para el erario municipal», a lo cual añade el aludido número 1.º de la Ordenanza que «se entenderá que los bienes son de Propios, a efectos de tributación por este concepto, cuando produzcan al Municipio ingresos que constituyan una renta, no considerándose tal el producto de las exacciones locales o tarifas de servicios públicos municipalizados».

Todo ello nos lleva a la conclusión de que esos bienes—los de uso público, los de servicio público y los comunales—son los exentos, con tal de que no produzcan renta, ya que si la producen, pasan, fiscalmente, a la categoría de bienes de Propios y pierden el privilegio del beneficio contributivo.

Después de lo dicho, todavía queda por precisar el concepto, en la realidad concreta, de los destinados al servicio público, o, como dice la Base 19, «al cumplimiento de fines de interés públi-

co». No ofrece duda que una escuela y un mercado, por ejemplo, llenan fines de esa clase, y que también los llenan un cuartel y un cementerio; pero si el cuartel es para alojar un regimiento, pongamos por caso, y el cementerio es fuente de ingresos que no sean producto de meros arbitrios y tasas, no estarán exentos del impuesto en cuestión. Es decir, en conclusión, que nos parece que el espíritu del precepto es el que el servicio ha de ser de orden municipal y no ha de producir rentas, y de no ser ello así, no es fuente de exención.

III.—El nuevo plazo de prescripción de diez años de la Ley de 31 de diciembre de 1946, en relación con la suspensión de plazos establecidos en la Ley de 13 de julio de 1940, con referencia al período 18 de julio de 1936 a 1.º de abril de 1939.

Hasta ahora venía rigiendo, en materia de prescripción del derecho a exigir el impuesto de Derechos reales, el plazo establecido en el artículo 29 de la Ley de Contabilidad de 1.º de julio de 1911, según el cual, la acción del Estado para hacer efectivos los créditos a su favor, por débitos o descubiertos de contribuciones, impuestos, etc., dura quince años. En lo sucesivo, a partir de la Ley de 31 de diciembre de 1946, «sobre modificación parcial de determinadas contribuciones e impuestos», el plazo ha quedado reducido a diez años, en cuanto a este impuesto se refiere, por el artículo 13, que dice así: «Se establece el plazo de diez años para la prescripción del derecho de la Administración a liquidar este impuesto.»

«No obstante—sigue diciendo—, en los contratos de tracto sucesivo en los que el pago del precio deba hacerse por años o en plazos más breves, sólo se liquidarán las cuotas de cinco anualidades. El mismo plazo de diez años regirá para la prescripción del derecho de la Administración a practicar las liquidaciones de los documentos presentados y para exigir el impuesto liquidado.»

El precepto lo complementa la misma Ley en su artículo 17, diciendo: «Los términos señalados, a efectos de la prescripción, en el artículo 13 de esta Ley, empezarán a regir desde 1.º de enero de 1947, cualquiera que sea la fecha del acto o contrato.»

Veamos ahora la interpretación de esas dos innovaciones legales, ya que su texto no deja de suscitar dudas.

La primera cuestión interpretativa la suscita el inciso que dice que «cualquiera que sea la fecha del documento», se aplicará la prescripción.

Parece, pues, que rige para los documentos anteriores y posteriores a 1.º de enero de 1947; pero lo cierto es que no lo dice con suficiente claridad y hay que deducirlo aplicando la norma de general aplicación a la retroactividad de las leyes coactivas, cuando son más benévolas que las que ellas modifican. Lo contrario produciría la anomalía de discriminar la prescripción para la misma clase de actos, según la fecha del documento que las contenga.

Ha de darse por descontado, por consiguiente, que los documentos anteriores van ganando la prescripción a medida que alcanzan la antigüedad de diez años; pero, eso sentado, se presenta el problema de si en el cómputo entrará el tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 1.º de abril de 1939, puesto que ese lapso de tiempo no contaba hasta ahora a efectos de prescripción, según la Orden de 26 de agosto de 1938, ratificada por la Ley de 13 de julio de 1940.

La solución ha de darnosla la consideración de que esa Ley declaró en suspenso los plazos durante ese periodo de 18 de julio de 1936 a 1.º de abril de 1939, tanto para el contribuyente como para la Hacienda, es decir, como no corridos, y, por lo tanto, no sería jurídico ni razonable que ahora, «a posteriori», el contribuyente quisiera computarlos a su favor, sin que una nueva Ley lo diga expresamente, como no lo dice ésta que comentamos.

Es cierto, sin embargo, que la Ley de 26 de septiembre de 1941 y la Orden de la misma fecha complican el problema, porque aunque primordialmente quisieron establecer «la acción de la Administración en orden a los tributos devengados bajo dominio marxista», no se limitaron a eso y dejaron que ese «periodo de dominio contara como integrante de los plazos de prescripción establecidos para las diferentes contribuciones e impuestos».

La complicación no es baladí, y al mismo tiempo nos parece irreductible. En el mejor de los casos resulta que, al no quedar derogada por esa Ley de 1941 la de 13 de julio de 1940, ésta regirá para los débitos originados en territorio nacional, y aquélla para

los de la Zona roja, dándose el absurdo jurídico de que de dos herencias causadas el día 1.º de enero de 1937, por ejemplo, una en Zona nacional y otra en Zona roja, para la primera no terminaría el plazo de prescripción hasta el 1.º de enero de 1949, mientras que para la segunda se cumpliría en la misma fecha de 1947.

La contradicción que de ambos textos legales resulta es patente, y tan patente como irreductible, y no ha sido prevista ni resuelta por los mencionados artículos 13 y 17 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, porque si bien dice ese artículo 17 que el término de diez años a efectos de prescripción empieza a regir desde 1.º de enero de 1947, cualquiera que sea la fecha del contrato, ello deja en pie el problema de computar o no el aludido período encuadrado entre las fechas 18 de julio de 1936 y 1.º de abril de 1939.

De la interpretación y aplicación de esos dos artículos se ha ocupado la Dirección general de lo Contencioso en la Circular de 22 de febrero de 1947, y en ella no plantea el problema de exégesis a que venimos haciendo referencia, ni menciona para nada la Ley de 26 de septiembre de 1941 y la Orden que la complementa.

Orilla, pues, la cuestión y la soslaya sin mentarla, y dice categóricamente «que al no haber sido expresamente derogada la Ley de 13 de julio de 1940, que declaró en suspenso, a efectos administrativos, el período de 18 de julio de 1936 a 1.º de abril de 1939, aquella Ley continúa en vigor y, por tanto, ha de descontarse ese período para computar los diez años del plazo de prescripción del tributo».

Ante tan autorizada interpretación, queda superada en el terreno de la realidad y de la aplicación práctica la flagrante antinomia, aunque en el de los principios conserve toda su vitalidad.

El otro punto de interpretación a que al principio aludimos es el de la forma de aplicar el plazo de prescripción «en los contratos de tracto sucesivo, en los que el pago del precio debe hacerse por años o en plazos más breves», en los que sólo se liquidarán las cuotas de cinco anualidades.

A primera vista, el precepto parece inaplicable en la realidad, dado el texto del primer apartado del artículo 51 del Reglamento, puesto que si, con arreglo al mismo, la convención sobre pago del precio a plazos no impide la inmediata liquidación y exacción del

impuesto, queda fuera de discusión que la prescripción empiece también a correr en el mismo momento, y que la sucesiva entrega de aquéllos en nada influye en ella. Por eso no se nos alcanza cómo puede afectar la prescripción a esas entregas sucesivas, o, dicho de otra manera, cómo, «verbi gratia», una compraventa con entrega de precio a plazos, hecha en documento público, puede dejar de empezar a prescribir desde su fecha, y cómo puede hablarse de que sólo se liquidarán las cuotas de cinco anualidades, y por eso también creemos que el precepto no puede referirse más que a aquellos contratos como el de suministro, cuya duración exceda de un año y sean de cuantía superior a 250.000 pesetas, en los que se previene, como es sabido, que cada año, a partir del primero, se presente la certificación acreditativa del valor de lo suministrado.

A esos casos podrá ser aplicable ese nuevo precepto, en el sentido de que el impuesto correspondiente a las anualidades de diez años fecha estará prescrito, y de que las restantes no caerán bajo el impuesto más que cinco, aunque su número sea mayor.

Esta parece ser la interpretación que la innovación merece, aunque con ella pueda quedar desvirtuado el aludido artículo 51 en la parte en que faculta a la Administración para liquidar por el importe total del suministro cuando el interesado deja de «realizar alguna de las presentaciones anuales a que, en su caso, se halla obligado».

De este punto se ocupa también la antedicha Circular de la Dirección general, para decir que «sólo se pueden liquidar las cuotas de cinco anualidades como máximo, y en los casos en que esas anualidades correspondan a un período de tiempo al que no alcance la prescripción de los diez años».

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

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

DEBE OBSERVARSE LO PRESCRITO EN EL MISMO SI EL REGISTRADOR, DESPUÉS DE EXTENDIDA LA CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE LA FINCA QUE SE PRETENDE INMATRICULAR, SOSPECHARE POR CIERTOS DATOS QUE LA MISMA PUEDE ESTAR INSCRITA —RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS REGISTRADORES.—LAS ACCIONES PARA HACER EFECTIVA LA QUE PUEDAN CONTRAER DICHOS FUNCIONARIOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS, DEBEN EJERCITARSE ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.

Resolución de 19 de diciembre de 1946. "Boletín Oficial" de 26 de enero de 1947.

Presentada en el Registro de la Propiedad del Norte de Madrid, escritura de compra de un solar, en unión de otra de elevación a público de un documento privado alegado como título y de otros complementarios, al objeto de inscribir la finca al amparo del artículo 20 de la Ley de 21 de abril de 1909, se suspendía dicha inscripción a tenor del artículo 88 del Reglamento Hipotecario, por coincidir la descripción del solar en alguna de sus características con el inscrito a favor del Banco Hispano Colonial de Barcelona, se tomó anotación preventiva a solicitud del interesado, al que se le entregó copia o testimonio de los asientos contradictorios citados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento Hipotecario y a los fines que el mismo determina.

Posteriormente se presentó en el indicado Registro otra escritura de

segregación de una parcela del dicho solar e hipoteca de la misma, cuya inscripción se suspendió por haberlo sido la del título de adquisición del deudor, que adolece del defecto consignado en la nota de este último, tomándose anotación preventiva de dichas segregaciones e hipoteca por el término legal a petición del interesado.

Entablados sendos recursos contra las anteriores calificaciones, el Presidente de la Audiencia acordó la acumulación de ambos, toda vez que la decisión del interpuesto por la primera nota lleva implícita la del otro recurso, y dictó auto confirmando las referidas calificaciones, desestimando, a más, la petición sobre responsabilidad del Registrador, basándose en que para hacer efectiva la que los Registradores contraigan en el ejercicio de sus funciones, es inexcusable formular la demanda correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 321 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección confirma por completo el auto presidencial mediante la ajustada doctrina siguiente:

Considerando que, lo mismo con arreglo a lo que disponía el artículo 20 de la anterior Ley Hipotecaria que a lo que preceptúa el artículo 205 de la vigente, siempre que se solicite la inmatriculación de una finca, deben ser examinados cuidadosamente los índices y asientos respectivos obrantes en los libros hipotecarios, procurando asegurarse de que la finca no figura inscrita; y si su descripción coincidiera en algunos detalles con la de otra finca registrada, hasta el punto de que surja duda acerca de si se tratare o no del mismo predio, deberá el Registrador suspender la inmatriculación hasta que el Juez de Primera Instancia resuelva la duda por los trámites del artículo 29 del Reglamento Hipotecario, según los cuales el Juez dará vista de los antecedentes a las personas que en el asiento que se repute contradictorio puedan tener algún derecho sobre el inmueble; y, con su audiencia, dictará auto declarando o no inscribible el documento calificado;

Que con este sencillo procedimiento judicial se protegen los derechos inscritos, se evitan o, por lo menos, se dificultan los fraudes y los perjuicios a los titulares registrales, se niega el acceso a los libros hipotecarios de actos y contratos cuyo origen sea ilegítimo, se impide que se produzca confusión en tales libros, se frustran muchas veces evasiones tributarias y, en suma, se concede una garantía a la propiedad inmatriculada, singularmente eficaz en nuestro régimen hipotecario, por no estar basado, como sucede en otros países, en datos catastrales; y de

todo ello se infiere, como declaró este Centro directivo el 26 de marzo de 1927, que los preceptos reguladores de la inmatriculación han de interpretarse con criterio restrictivo;

Que los recurrentes aspiran a que se prescinda del referido cauce procesal, encaminado a facilitar la aclaración de las dudas suscitadas, no obstante la insuficiencia de los documentos presentados advertida por el Registrador y el Presidente de la Audiencia, documentos que tampoco sirvieron para que ni el Banco Hispano Colonial, a cuyo favor está inscrita la finca cuya identidad con la que se intenta inmatricular se estima dudosa, ni la Sociedad General de Edificación Urbana, que vendió la finca al citado Banco, hayan accedido ni siquiera contestado a los requerimientos notariales hechos a petición de D. Celso Joaniquet, con el fin de que prestaran su consentimiento a la inmatriculación;

Que, en el caso debatido, las indicadas particularidades de la adquisición de la finca—comprada por D. Celso Joaniquet sin título escrito, vendida por éste en documento privado y vuelta a comprar por el mismo señor—, la mención del camino de Chamartín, la situación en el camino de la Cruz del Rayo, la carencia de número en ambos solares y el igual lindero de la derecha, son circunstancias bastantes para justificar las notas recurridas y para que sea racional y legal la aplicación del citado artículo 29 del Reglamento Hipotecario, de conformidad con lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 88 del mismo Reglamento;

Respecto a la certificación registral negativa de la inscripción de la finca que se pretende inmatricular, autorizada por un antecesor del funcionario cuyas calificaciones se impugnan, que tal certificación no determina necesariamente la procedencia de la inmatriculación, porque fué expedida cerca de dos años antes de registrar la finca que dió lugar al posible asiento contradictorio y cuando la situación de hecho de los libros hipotecarios era diferente; y, además porque, en todo caso, como sustentó esta Dirección General en su Resolución de 12 de julio de 1943, deberá observarse lo prescrito en el artículo 29 del Reglamento Hipotecario si el Registrador, después de extendida la certificación negativa, sospechare por ciertos datos que la finca puede estar inscrita, toda vez que la calificación definitiva recae sobre el título en relación con el estado del Registro al tiempo de formularla;

Que, aparte de lo consignado, es improcedente hacer declaración alguna sobre responsabilidad civil del Registrador porque, como acér-

tadamente se sostiene en la decisión presidencial, de acuerdo con lo ordenado en la Ley Hipotecaria, las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil que puedan contraer los Registradores en el desempeño de sus cargos, deben ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria.

NATURALEZA DE LAS ADJUDICACIONES PARA PAGO DE DEUDAS.

DEBEN SITUARSE ENTRE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y ES SU CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL LA DE COMPRENDER DOS ACTOS JURÍDICOS ÍNTIMAMENTE ENTRELAZADOS: UNO DE DISPOSICIÓN POR EL QUE SE TRANSMITE EL DOMINIO DE ALGUNO O DE TODOS LOS BIENES DE LA HERENCIA A FAVOR DE UN COHEREDERO O DE UN EXTRAÑO (FIDUCIARIO), Y OTRO OBLIGACIONAL, EN VIRTUD DEL CUAL EL ADJUDICATARIO ASUME LA OBLIGACIÓN DE PAGAR TODAS O DETERMINADAS DEUDAS DE LA HERENCIA.—INSCRIPCIÓN DE INMUEBLE CON "CARÁCTER SOLIDARIO" ENTRE DOS TITULARES DISTINTOS: ¿PUEDE UNO DE ELLOS REALIZAR SU ENAJENACIÓN SIN CONSENTIMIENTO DEL OTRO?

Resolución de 26 de diciembre de 1946. "Boletín Oficial" de 5 de febrero de 1947.

Por escritura autorizada en Sevilla ante el Notario D. Francisco Monedero, una señora, previa licencia marital, vendió por mitad y proindiviso a dos señores, una casa sita en dicha ciudad, por precio confesado de 72.500 pesetas; haciéndose constar que la finca pertenecía en pleno dominio a la vendedora por haberla adquirido a título de retroventa de otro señor, en escritura que autorizó el mismo Notario.

Presentada dicha escritura en el Registro del Norte de la citada capital se suspendió su inscripción "por resultar del Registro que la finca enajenada pertenecía a la vendedora en unión de otro señor, con "carácter solidario" entre los dos, por lo que al venderla dicha señora como exclusiva suya, extingue por su sola voluntad los derechos que puedan corresponder al otro propietario".

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con vista de las certificaciones literales referentes a la expresada finca, entre las que aparece una practicada como consecuencia de la partición verificada al fallecimiento de determinado señor, en la que "adjudica a los herederos doña M. E. (la vendedora en la escritura del recurso), y

don A. E., solidariamente, para que, como pagadores, con dicho carácter solidario de las deudas y gastos a cargo de la herencia, cuyo pormenor no se expresa, importante 67.940 pesetas, satisfagan las expresadas deudas y gastos, adjudicación que no implica afección alguna en los bienes adjudicados por tal concepto..."; otra en la que después de exponer que doña M. y don A. adquirieron la finca por título de adjudicación, con carácter solidario, para pago de deudas, doña M. la vende a don P. por precio confesado de 10 000 pesetas, reservándose el derecho de recuperarla en el plazo de un año: y, finalmente, otra en la que después de hacer constar que don P. adquirió la finca por título de compra con pacto de retro a doña M., adjudicatario que fué de ella para pago de deudas en unión de don A. con carácter solidario, la retrovende a la repetida doña M., a cuyo favor se inscribe por título de retroventa y con el indicado carácter solidario: la Dirección—repetimos—con vista de las expresadas certificaciones, ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la interesante doctrina siguiente:

Que, para la mayor claridad y precisión se impone como antecedente un detenido examen de la figura jurídica creada con motivo de la partición de bienes practicada al fallecimiento de don Manuel Soldán Ugarte, toda vez que en la adjudicación verificada a dos de los coherederos "solidariamente para que, como pagadores, con dicho carácter solidario hicieran afectivas las deudas y gastos a cargo de la herencia", radica el principal problema jurídico objeto de decisión;

Que la verdadera naturaleza de las adjudicaciones para pago de deudas ha constituido una cuestión ampliamente discutida, cuya complejidad y dificultad se halla unánimemente reconocida, pero ello, no obstante, con el apoyo de la doctrina científica, de la jurisprudencia y de las orientaciones que proporciona la práctica notarial, se hace posible sistematizar una serie de principios relativos a estos negocios jurídicos, que como declaró este Centro directivo, se alejan en los puntos fundamentales, constitución y revocabilidad de la representación y los contratos que la provocan, supuesto que el adjudicatario aparece desde el primer momento revestido de facultades y derechos exclusivos que ejerce en su propio nombre, aunque por atender al interés ajeno y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, sea más bien un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente;

Que de conformidad con este criterio es indudable que tales adjudicaciones deben situarse entre los negocios fiduciarios y constituye su característica fundamental la de comprender dos actos jurídicos entrelazados íntimamente; uno de disposición, por el cual los herederos (fiduciantes) transmiten el dominio de alguno o de todos los bienes de la herencia a favor de un coheredero o de un extraño (fiduciario), quien deviene propietario de los mismos, y otro obligacional, en virtud del cual el adjudicatario asume la obligación de pagar todas o determinadas deudas de la herencia;

Que sin necesidad de discutir ahora si el fiduciario llega a ser propietario *erga omnes*, pero no respecto de quien le instituyere, si adquiere únicamente la propiedad formal, si actúa simplemente como órgano de disposición o si sólo hay que atribuirle el carácter de simple apoderado —soluciones propuestas por la doctrina—, conviene destacar que su nacimiento a la vida jurídica en las adjudicaciones para pago es con el fin primordial de satisfacer las deudas, y, en consecuencia, se halla legitimado para verificar actos dispositivos con plena validez y eficacia;

Que planteada así la cuestión, queda por examinar si la circunstancia de haberse verificado la adjudicación con carácter solidario a dos de los coherederos impide que uno de ellos pueda, sin consentimiento del otro, realizar enajenaciones de las fincas adjudicadas, criterio compartido por el Registrador y el Presidente de la Audiencia, o si, por el contrario, debe prosperar la tesis permisiva sostenida por el Notario recurrente;

Que el pretendido dominio solidario que parece deducirse de los términos de la adjudicación constituye una relación jurídica sin posible entronque en nuestro ordenamiento legal, que, al admitir la pluralidad de dueños sobre una misma cosa, configura el condominio bajo los moldes romanistas con cuotas ideales, siguiendo los precedentes de aquél derecho que al tratar de la posesión como facultad integrante del dominio estableció el clásico aforismo de que *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*;

Que resulta difícil precisar la verdadera naturaleza de ese extraño dominio, que se aparta del clásico tipo romanista, sin aceptar tampoco la estructura del condominio germánico, y constituye una figura de contornos borrosos, en la que por existir dos titulares sin especificación de la parte que a cada uno corresponde en la finca adjudicada, parece la solución más adecuada, en relación con el órgano dispositivo creado

por la adjudicación, no prescindir del consentimiento de ambos para la eficacia de los actos dispositivos, evitando así posibles daños y fraudes, y sin perjuicio de que la solidaridad despliegue sus característicos efectos en el aspecto obligacional.

* * *

Suscribimos en absoluto el criterio de la Dirección en esto de que la adjudicación para pago de deudas es un negocio fiduciario, completándolo con lo dicho por Roca, de que en tal adjudicación existe un verdadero traspaso patrimonial, si bien no se trata de una transmisión ordinaria, ni de una propiedad normal.

Pero dejando a un lado esta cuestión sobradamente estudiada y de difícil solución, precisamente por su complejidad (véanse Lacal Fuentes, *Revista Derecho Privado*. 1931. página 294; González Palomino, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, página 207, año I; Ruiz Artacho, *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núm. 218, julio 1946, etc.), vamos a centrar esta glosa en la contemplación de ese "dominio solidario", figura jurídica "hueca de realidad", como la llamó el Registrador informante o de contornos borrosos, cual refiriéndose a la misma, expresa el Centro Directivo.

¿Cómo llegó a crearse y tener luego entrada en el Registro semejante derecho? ¿Tendría en la mente el Notario y luego el Registrador en una interpretación *sui generis* del artículo 190 del hoy agonizante Reglamento Hipotecario, eso fué, dice tal artículo en su final de "la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos representados, *sín ser necesaria la previa distribución*"? Es el único antecedente o remota justificación que encontramos. O sobre la solidaridad de fincas en la responsabilidad (artículos 121 y 123 de la Ley Hipotecaria).

Pero acaso mejor es traer a colación el recuerdo de una nota que sobre el artículo 51 del citado Reglamento (hoy elevado a categoría de Ley, artículo 1.º de la Hipotecaria vigente) escribió el aludido Notario señor González Palomino en el desarrollo de su celebrada conferencia sobre adjudicaciones.

Todo lo que conste en el Registro está bajo la salvaguardia de los Tribunales y ha de producir todos sus efectos. "¿Y si no tiene efecto alguno que producir"?—se interrogaba tan atinada como ingeniosamente.

Por lo mismo—luego de unos razonamientos que omitimos por la brevedad que son norma en estas glosas—proponía una reforma de dicho artículo (que en su opinión debía pasar a ley, como ha sucedido). La reforma debía consistir—decía—en intercalar un *inciso* y añadir un *párrafo*. Hela aquí:

“Los asientos del Registro, “en cuanto se refieran o afecten a derechos inscribibles”, están bajo la salvaguarda de los Tribunales, etc.”

Párrafo nuevo: “La Dirección General podrá, a los efectos del párrafo anterior, en vía de consulta o de recurso, determinar “cuándo un derecho sea o no inscribible, aunque conste ya inscrito.”

Cual puede comprobarse, el *inciso* ha sido admitido, aunque no—y alabamos la prudencia del legislador, pues hasta donde, en ocasiones, se hubiera podido llegar—el *párrafo*. De todos modos, con el *inciso* intercalado, siempre se podrá argumentar que no siendo los inscritos “derechos inscribibles” no están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no producen efectos... Lo cual podría aplicarse a esta figura jurídica nueva de “dominio solidario”, “hueca de realidad”...

Mas descartando todo esto y fijando nuestra atención en la interrogante del encabezamiento, el decidirse por la admisión o no en el Registro de la escritura calificada... será cuestión de criterio. Muy respetable el de la Dirección, que parece ser la solución más adecuada para evitar daño a un tercero—el otro dueño solidario (?)—, se compadece poco, sin embargo, con el concepto que de “solidaridad” tenemos, o sea de facultad de disposición absoluta por cualquiera de los así ligados, que entraña poder recíproco que debela los argumentos del Registrador de que el otro dueño solidario o sus herederos consientan la enajenación efectuada ratificándola fehacientemente... Casi mejor hubiera sido decir que todo ello se habría evitado con que un Notario avisado hubiera recabado, aún en el mismo documento particional, previos poderes para la enajenación. Pero las cosas son como son y por eso ocurren.

Como tanto el Notario como el Registrador discuten sus respectivos puntos de vista con gran ingenio y destreza, recomendamos la íntegra lectura de la extractada resolución, la maestría de cuyos Considerandos es bien palmaria.

ALCANCE Y EFECTOS EN DERECHO INMOBILIARIO DE LA PROHIBICIÓN
DE ENAJENAR ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA VIGENTE
LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 15 DE MARZO DE 1935.

Resolución de 30 de diciembre de 1946. "Boletín Oficial" de 9 de febrero de 1947.

En interdicto de recobrar, promovido por don M. R. contra don J. C., se dictó sentencia condenando al demandado, a quien se impusieron las costas y, firme de esta sentencia, se procedió a la tasación de las mismas, que alcanzaron la suma de 4.636 pesetas, y otras 2.000 más para ejecución. Para su exacción se siguió procedimiento de apremio contra el señor C., y por no haberse encontrado bienes propios del deudor, fué embargada una participación de 9 hectáreas, 94 áreas y 82 centiáreas indivisas, que le correspondía en la finca rústica denominada "El Chato", sita en término de Aguilar de la Frontera, cuya descripción consta en el mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad, para que anotase preventivamente el embargo practicado.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Aguilar el referido mandamiento, fué calificado por la siguiente nota: " Denegada la anotación de embargo ordenada, porque ha recaído sobre bienes no enajenables con arreglo a la Ley, pues según el artículo 17 de la de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, cuando por haber usado del derecho que le concede el artículo 16 de dicha Ley el arrendatario adquiera la propiedad de la finca arrendada, no podrá enajenarla ni arrendarla hasta que transcurran seis años desde la fecha de la adquisición de la finca, defecto insubsanable."

Entablado recurso, la Dirección confirma el auto presidencial, revocatorio de la nota del Registrador, pero agregando que si bien debe extenderse la anotación, se mantendrá la prohibición temporal de enajenar y de arrendar hasta que transcurra el plazo de su vida legal, mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que, conforme dispone el artículo 17 de la vigente Ley de Arrendamientos rústicos, cuando el arrendatario adquiera la propiedad de la finca por haber ejercitado el derecho de retracto, no podrá enajenarla ni arrendarla hasta que transcurran seis años desde la fecha de la adquisición;

Que el expresado derecho de retracto, al facultar al arrendatario para subrogarse en lugar del adquirente y en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión a título oneroso de la finca arrendada, constituye uno de los preceptos más importantes de la legislación especial sobre la materia, justificada por su evidente interés social y configura una sustitución "sui generis", ya que la preferencia para adquirir que concede tiene la elevada finalidad de procurar convertir al arrendatario en propietario y cultivador directo de la tierra;

Que para decidir acerca de la negativa a extender la anotación de embargo acordada sobre la participación de don J. C. en la finca rústica sita en el término de Aguilar de la Frontera, fundada en la prohibición temporal de enajenar y arrendar derivada del ejercicio del retracto arrendaticio, es necesario tener en cuenta: primero, que no se advierte que se haya pretendido por el legislador formar con las fincas retraídas un verdadero patrimonio inembargable, sustraído a la acción de los acreedores, sino más bien privar temporalmente a quien retraiga del derecho de libre disposición por actos "inter vivos", con objeto de evitar especulaciones, y por ello los efectos de la incapacidad objetiva de la finca o de la prohibición como limitación legal del dominio, han de ponerse en relación con otras normas del ordenamiento jurídico en vigor, y entre ellas con la prescripción contenida en el artículo 1.911 del Código civil, a cuyo tenor del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros; segundo, que sin menoscabo de la prohibición de referencia, toda vez que no afectarán a su eficacia los actos en contrario realizados por la voluntad de los particulares, que serán nulos, es lo cierto que en el caso de recurso no se trata de formalizar una enajenación propiamente dicha, sino de asegurar la percepción de costas cuya imposición es preceptiva en la ley, tercero, porque si es de suma importancia la distinción entre enajenaciones voluntarias y las que no lo son, no debe olvidarse el peligro de los juicios simulados o convenidos, que la intervención de los Tribunales, encargada de velar por la legalidad y pureza del procedimiento, no puede eliminar en absoluto; cuarto y último, porque el embargo puede recaer sobre cualquiera clase de bienes y derechos, ha de efectuarse según el orden preestablecido por el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento civil y atendida su naturaleza precautoria y cautelar, encaminada a la conservación de los bienes, no implica absoluta contradicción con la fuerza impediende que se atribuye

ya a una prohibición temporal para transmitir la propiedad, por todo lo cual debió acordarse la práctica de la anotación, sin que ello implique privar de efectos a la prohibición relacionada.

* * *

Reconoce el Centro directivo, de acuerdo con el notable informe del Juez de Primera instancia, que del examen de la ley de Arrendamientos se desprende "que no se ha pretendido por el legislador formar con las fincas retraídas un verdadero patrimonio inembargable, sus traído a la acción de los acreedores".

Ello no obstante, y acaso por el temor o peligro de los juicios simulados o convenidos, "que la intervención de los Tribunales, encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento, no puede eliminar en absoluto", le haya inducido a pronunciarse de una manera un tanto ecléctica y sin duda ponderada, a la que no debió olvidarse añadir un recuerdo a la caducidad de las anotaciones (artículo 86, L. H.) con su posible prórroga

Pero si en vez de tratarse de asegurar la percepción de unas costas, cuya imposición es preceptiva en la ley, el caso del recurso—y consiguiente anotación—hubiese implicado una enajenación propiamente dicha, ¿hubiese sido igual la solución?

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1946.—*Artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.*

No cabe estimar que la Sala de instancia haya infringido en concepto alguno los artículos 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, 1.101 y 1.902 del Código civil, ni la doctrina jurisprudencial que como violados se citan en el único motivo del recurso, al haberse condenado en el fallo recurrido al Banco Español de Crédito a abonar al hoy recurrente como indemnización de los daños y perjuicios causados al mismo la cantidad de 27.000 pesetas, notablemente inferior a la demandada, después de haber expresado en uno de los considerandos que no se desconocía que al privarlo del local en que tenía su farmacia se le causó un daño de cuantía equivalente a la que cuesta establecerse en otro local análogo, porque la cuantía de los perjuicios que se aleguen ha de ser demostrada por quien pretenda ser indemnizado de ellos, exigiéndolo así el preciso sentido del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 cuando se trata de los que el mismo previene, correspondiendo fijar su importe, según insistente doctrina de esta Sala, al Tribunal *a quo*, en el que radica la facultad de apreciar las pruebas, sin que el uso que haga de la misma pueda combatirse en modo distinto del que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Artículo 756, número 1.º del Código civil.*

El único motivo del recurso se funda en supuesta infracción por interpretación errónea del número 1.º del artículo 756 del Código civil, haciendo consistir el error en que, debiendo referirse el «abandono», como supuesto de aplicación del precepto, únicamente a los hijos «expósitos», la sentencia recurrida le considera como causa de desheredación en el caso de autos, en el que la madre abandonó, el año 1904, el domicilio conyugal, en el que quedaron el padre y varios hijos comunes, de los cuales tres menores, como era el que la desheredó, a la sazón de once años, marchando a Barcelona en compañía de un amante, con el que vivió hasta su muerte, desentendiéndose del cuidado, asistencia y educación de ellos, que tuvieron que ser recogidos por familias caritativas, particularmente el llamado Juan,

que la desheredó, que lo fué por una vecina, sin que su madre volviese a tener con él relación alguna.

El significado atribuido al abandono, en la interpretación propugnada por la recurrente, la deduce ésta, con argumentación que estima definitivamente convincente, de la comparación de esa causa de desheredación con la segunda del artículo 854, razonando que, si la negativa de alimentos a los hijos o descendientes sin motivo legítimo, se configura en la Ley como distinta de la del 756, que es el abandono, a éste sólo puede convenirle la acepción estricta del expósito del hijo.

Precisamente esa comparación hecha, relacionando una de esas dos causas, con las distintas instituciones a que se refieren, llevan a la conclusión de ser la interpretación acertada, la dada en la sentencia recurrida, al número 1.º del artículo 756. en relación con el 852, pues esta causa de desheredación tiene por fundamento el desamparo de los hijos no emancipados que necesitan la asistencia de sus padres, debida moralmente por los dos, y legalmente, en el conjunto de deberes impuestos por el artículo 155 del Código civil por el padre, en primer lugar, y en su defecto, es decir, cuando por cualquier causa falta la del padre, por la madre, sustitución inmediata que implícitamente impone a la madre el deber de permanecer en relación constante con los hijos no emancipados; para suplir, en cualquier momento, la falta del padre en el cumplimiento de esos deberes, cuyo abandono produce la causa de desheredación de que se trata, y, en cambio, la del número 2.º del artículo 854 se funda en la infracción del deber de prestar alimentos impuestos entre parientes, y regulado en el título sexto del Código civil como obligación legal entre ascendientes y descendientes legítimos, según el número 2.º del artículo 143, y que alcanza como derecho a los hijos, aun emancipados, que los necesitan, y como obligación, a los padres, aunque no tengan la patria potestad.

Delimitadas y separadas así ambas causas de desheredación, la interpretación que la recurrente intenta hacer prevalecer contra la de la sentencia recurrida conduciría a la conclusión de que la negativa de alimentos a un hijo mayor de edad que accidentalmente los necesitase constituiría causa legal de desheredación, y el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno-filial, desde la infancia del hijo, desentendiéndose no sólo de la obligación de alimentarle, sino también de la de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas, si no había sido «expósito», no sería causa de desheredación de los padres, absurdo legal que impone rechazar la interpretación que a él conduce, según jurisprudencia de esta Sala, y en consecuencia, el recurso por su único motivo.

SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1946. — Artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

El artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, además de otorgar al arrendatario el derecho a una indemnización consistente en el im-

porte del alquiler de seis meses o de un año cuando, por darse los casos previstos en los tres primeros párrafos del apartado a) de dicho precepto, se vea precisado a desalojar el local, establece igualmente que si el arrendatario estima ser de cuantía superior a dicha tasa el importe de los daños y perjuicios sufridos por consecuencia de su traslado, puede reclamar del propietario la cantidad a que crea tener derecho, añadiendo la indicada norma legal que si aquél demostrase el derecho invocado deberá ser indemnizado con la cantidad que corresponda, y declarando, por último, que si de la prueba resultasen ser los daños y perjuicios de cuantía menor que la indicada tasa deberá atenerse al resultado, perdiendo todo derecho a obtener o viniendo obligado a devolver, si lo hubiera percibido, el exceso sobre la cantidad en que realmente hubiese sido perjudicado.

Como claramente aparece del aludido precepto, la Ley parte de un supuesto de hecho cual es el de que el traspaso forzoso a que la misma se refiere produce siempre una lesión en el patrimonio del arrendatario y atribuye a éste, en consecuencia, el derecho a percibir la reparación pecuniaria fijada; de donde se sigue que el problema a resolver en los casos en que —cual el de autos— solicita el presunto perjudicado una indemnización superior en cantidad a la tasa legal, no es el de si en el traslado forzoso ocasionó o no al inquilino daños y perjuicios, sino determinar si el importe de los mismos excede de dicha tasa, como lo demuestra el texto del mencionado artículo 5.º en la frase contenida en su párrafo 5.º, apartado a), que dice: «si de la prueba resultare ser los daños y perjuicios sufridos de cuantía menor que la que los párrafos anteriores fijan»; y siendo, por tanto, la cuestión a resolver la del *quantum* de la indemnización, resulta manifiesto que o bien habrá de señalar el juzgador de instancia de modo preciso la cantidad importe de la lesión patrimonial producida, o caso de no fijarla, deberá declarar, por lo menos, si la cuantía de los daños y perjuicios excede o no de la tasa establecida en la Ley, por lo cual, si no determinándose numéricamente aquella cantidad, se omite también en el fallo la declaración de que existe el aludido exceso, falta la base previa, indispensable en cuestiones de esta naturaleza, para remitir al trámite de ejecución de sentencia la determinación del importe de los daños y perjuicios; y al no consignarse ni la una ni la otra declaraciones en el fallo recurrido, es visto que éste incide en infracción del artículo 5.º, párrafo 5.º, del citado Decreto de 29 de diciembre de 1931, y deben ser estimados los motivos segundo y tercero del recurso, haciéndose innecesario entrar al examen de los restantes invocados.

SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1946. — *Contrato de seguro.*

Por expresión coincidente de los litigantes en parte, y en lo demás por declaración de la sentencia recurrida, sin impugnación de este recurso, son hechos ciertos: Primero: que la demandante ingresó en «La Mutual de Turia», Asociación de Socorros Mutuos para casos de invalidez y fallecimiento, en el año 1934, previo reconocimiento facultativo, habiendo satis-

fecho las cuotas y derramas correspondientes hasta el mes de julio, inclusive, de 1940; segundo: que con fecha 2 del mismo mes de julio dirigió instancia a la Asociación alegando su inutilidad absoluta para trabajos habituales, según certificación facultativa que acompaña, y solicitando que se le concediese la pensión reglamentaria; tercero: que la asociada actora, reconociendo la obligación de seguir abonando a la Asociación las cuotas y derramas tiradas o repartidas con cargo a los asociados después del referido mes de julio de 1940, no satisfizo las derramas números 61 a 66; cuarto: que en abril de 1941 «La Mutual del Turia», sin haber resuelto el expediente de inutilidad, instado por la actora en julio de 1940, y en atención a que la demandante aparecía en descubierto por falta de pago en derramas en suma mayor que la representada por sus depósitos en garantía, dió de baja a la demandante sin derecho a devolución de ninguna clase, por aplicación de lo dispuesto para tal evento en los artículos 48 y 49 del Reglamento por el que se rige la Asociación, y quinto: que formulada la demanda inicial de este pleito en septiembre de 1941, solicitando la declaración de inutilidad y consiguiente abono de pensión, reducida la deuda que la actora tuviera por cuotas o derramas, la sentencia recurrida estimó la excepción de falta de acción de la demandante, alegada por la Asociación demandada, por haber entablado la reclamación inicial después de haber perdido los derechos de mutualidad, conforme a los citados artículos 48 y 49 del Reglamento.

Con estos antecedentes de hecho se aprecia claramente que la relación jurídica creada por el ingreso de la actora en la Asociación es determinante de obligaciones reciprocas, referidas al pago de cuotas y derramas, de una parte, y al abono de pensión, de otra, y si las dos, una vez nacidas, quedan sujetas a un régimen de tracto sucesivo, porque imponen al deudor actos de ejecución o pagos reiterados durante su vigencia, cabe diferenciarlas por razón de exigibilidad en cuanto la primera está indeterminada solamente por el *plazo* o *término* en que después del ingreso en la Asociación sean repartidas las cuotas y derramas, mientras que la segunda nace *condicionalmente suspendida* hasta que ocurre el acaecimiento de inutilidad para el trabajo —*incertus an et incertus quando*— inicial de la exigibilidad de la prestación que constituye su objeto, caso distinto del de fallecimiento —*certus an et incertus quando*—; de donde resulta que si efectivamente se hubiera producido la inutilidad en la actora en julio de 1940, en este mismo momento habría quedado cumplida la condición y surgiría el deber, por parte de la demandada, de abonar la pensión que la actora reclama, con efecto retroactivo a ese mismo instante, según disponen los artículos 1.114 y 1.120 del Código civil.

El hecho de que la Asociación demandada no haya llegado a resolver el expediente de inutilidad instado por la actora en julio de 1940 y llegado el mes de abril de 1941 la haya privado de todo derecho como asociada, no autoriza a la Sala sentenciadora para desentenderse de la declaración que sea procedente en punto a la inutilidad pretendida por el demandante, según se interesó en la súplica de la demanda, porque aun admitiendo que

en abril de 1941 estuviese debidamente decretada la baja en la Asociación, la pérdida de derecho que esta decisión determinaba haría referencia a participación social futura o posterior al mes de abril de 1941; pero no le privaría de disfrutar hasta ese momento los derechos reglamentarios adquiridos, y en particular del goce de la pensión, si la inutilidad alegada resultase justificada debidamente, porque en este supuesto, y por el efecto retroactivo de la condición suspensiva cuando ésta ha tenido realidad asistiría a la demandante el derecho a pensión desde el mes de julio de 1940, por aplicación de la doctrina expuesta en el considerando anterior.

En su consecuencia, el Tribunal de Instancia, al privar a la demandante de todo derecho a pensión, sobre la base de que en abril de 1941 quedó separada de la Sociedad, sin decidir sobre lo solicitado respecto de la inutilidad de la demandante y consiguiente derecho a pensión desde julio de 1940, ha infringido por inaplicación el citado artículo 1.114 del Código civil y los artículos 48 y 49 del Reglamento de «La Mutual del Turia», por indebida aplicación, en cuanto al tiempo, de las consecuencias que de ellos se derivan, y en su virtud procede la casación de la sentencia recurrida por el primero de los motivos del recurso en el que se denuncia la vulneración de dichos preceptos, sin que ofrezca ya utilidad procesal el examen de los restantes motivos.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1946.—*Retracto del comunero.*

El Tribunal Supremo declara que el conocimiento de la venta, desde el cual comienza a correr el plazo de los nueve días con arreglo al artículo 1.524 del Código Civil, se refiere al de la escritura privada, si en ella consta la entrega de precio y cosa, puesto que en aquel momento quedó la venta consumida, constituyendo la elevación a escritura pública el mero cumplimiento de un trámite pactado en el contrato y autorizado, además, como facultad de los contratantes por el artículo 1.279 del Código Civil.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1946.—*Momento decisivo para enjuiciar la razón o sinrazón de la demanda.*

El primer motivo del recurso donde, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia la infracción del principio de derecho «pacta sunt servanda» y de la jurisprudencia que lo aplica, así como de los artículos 1.124, 1.278, 1.254 y 1.152 del Código Civil, parte de una tesis evidentemente errónea: que expirada la duración del contrato básico de la demanda en 25 de enero de 1942, no pudo pedirse su elevación a escritura pública ni su cumplimiento, como se hizo en la demanda en 17 de junio de 1941, fecha en que éste aparece presentado, por la sencilla razón de que el fallo pudo recaer, como en efecto recayó, en fecha posterior a la vigencia del contrato, ya que para decidir acerca de las pretensiones deducidas por las partes hay que atenerse al estado de las

cosas cuando la demanda se formuló, y entonces estaba el contrato vivo y, por ello, sólo procedería desestimar el motivo primero del recurso.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1946.—*Artículo 1.124 del Código Civil.*

En la sentencia recurrida se establece que la demora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de vendedores y compradores no es imputable a éstos, que siempre se manifestaron dispuestos a cumplir las que a ellos incumbían, y hasta procuraron por todos los medios a su alcance cumplirlas *simultáneamente* (como es natural, legal y se había convenido expresamente para el pago del segundo plazo del precio y firma de la escritura en la cláusula segunda del contrato) con las contraídas por los vendedores, estimando como consecuencia de tal situación improcedente la resolución de las obligaciones pedida por los vendedores, solución para llegar a la cual para nada se había tenido en cuenta la consignación, calificada con acierto de «innecesaria» en la sentencia, porque bien o mal hecha, y aun sin haberse hecho, la solución sería la misma, y así, aun sin declaración alguna sobre ese extremo, no exigida, por lo dicho, para la resolución de la demanda ni de la reconvencción, no se falta a la congruencia, cuya observancia, según el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, no obliga a hacer declaraciones no exigidas para la resolución de las pretensiones deducidas en el pleito, lo que impone la desestimación del primer motivo del recurso. La misma razón obliga a desestimar los motivos segundo y tercero, porque si la demora en el cumplimiento de las obligaciones, como se establece en la sentencia recurrida, no es imputable a los compradores, dispuestos siempre a cumplir las suyas, sin que en las recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora, si el otro no cumple o, se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe, como dispone el artículo 1.100 del Código Civil, y los vendedores, según la misma sentencia, no se allanaron a cumplir sus obligaciones al requerimiento de los compradores, faltan los supuestos de aplicación de los artículos 1.124, 1.504 y 1.506 del Código citados, en cuya supuesta infracción, por no haberse aplicado, se fundan principalmente los motivos de que se trata. El incumplimiento de una obligación dentro del tiempo convenido para ello no produce el efecto prevenido en el artículo 1.117 del Código Civil, sino el del 1.124, cuando la obligación es recíproca de otra a cargo del acreedor, pues de lo contrario bastaría la negativa de un contratante al cumplimiento de sus obligaciones para dejar sin efecto el contrato, con lo que la validez y cumplimiento del mismo quedaría a su arbitrio, contra la prohibición del artículo 1.256, sin que por ello puedan identificarse las prestaciones objeto de las obligaciones, con los sucesos inciertos e independientes de la voluntad de los contratantes, constitutivos de condiciones, cuya falta produce los efectos determinados en la Ley, cualquiera que sea la causa de esa falta, mientras el efecto legal del incumplimiento de la obligación es distinto, según sea por la voluntad del deudor o por fuerza mayor, la cual extingue unas veces en forma definitiva la prestación del deudor,

privándoles a la vez del derecho a exigir la obligación recíproca, y otras las retrasa hasta que cese la fuerza mayor que la voluntad del obligado, «salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser ya posible conseguir la finalidad perseguida por las partes», como dice la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1941, invocada por el recurrente y que abona solución contraria a la defendida por éste en el motivo cuarto del recurso, porque en el caso del pleito es evidente la posibilidad de la consumación de la compraventa convenida, finalidad perseguida por las partes en su contrato de 29 de diciembre de 1935, razón determinante de la desestimación del recurso por dicho motivo.

SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1946.—*Mandato; representación indirecta; contrato de opción.*

La extinción del mandato por causa de revocación, tanto expresa como tácita, requiere, por su carácter de declaración de voluntad unilateral y recepticia, que ésta llegue al conocimiento del mandatario para que produzca con respecto a éste sus naturales efectos; exigencia recogida en nuestro Código civil respecto a la revocación tácita por el artículo 1.735 y en el 1.738, por su generalidad indudable, con relación a la expresa; y esto establecido, teniendo en cuenta que la estimación de si el mandatario llegó a conocer o no la revocación del mandato en cuestión de instancia, es incuestionable que ha de considerarse vigente el poder primero de los otorgados, por lo mismo que el Tribunal «a quo», al ejercitar su facultad respecto al examen de las pruebas, ha declarado, sin impugnación adecuada en el recurso, que no consta que don L. Ch. conociese el otorgamiento del segundo poder, y aun ni siquiera la revocación expresa de éste.

Es asimismo desestimable el motivo segundo del recurso, basado en la errónea interpretación del artículo 1.717 del Código Civil y doctrina jurisprudencial en torno al mismo, porque sin desconocer, como no desconoce la Sala de instancia, que tal precepto consagra el mandato simple o representación indirecta, a la vez que destaca los efectos de tal forma de actuar por cuenta de otro y en nombre propio, es indudable que el apartado segundo de su segundo párrafo establece una clara excepción, a virtud de la cual, cuando las cosas pertenecen al mandante, las consecuencias jurídicas de lo hecho por el mandatario afectan directamente a aquél, surtiendo iguales efectos que la verdadera representación, pues de lo contrario no sería posible la venta de cosas del mandante sin representación inmediata o una previa transmisión al mandatario, no pudiendo argüirse de adverso que con ello se desvirtúa la doctrina del mandato simple y su diferenciación del representativo, ya que la excepción indicada como tal implica una derogación de los efectos normales de aquél, impuesta por la propia relación jurídica, porque en otro caso, al no quedar obligado el mandatario, por lo mismo que nadie puede disponer de lo que no tiene—según reconoce el propio recurrente—, al no aceptarse la vinculación del mandante

no tendría el negocio jurídico eficiencia alguna, sin que sea posible aseverar en contra que en tal supuesto aparece ligado el propietario sin haber existido representación, ya que, sobre poder existir ésta y ser silenciada, sería suficiente la autorización del dueño al comisionista para transmitir, en nombre de éste y por cuenta de aquél, las cosas del primero, con lo que, a la vez que se llena el fin económico perseguido por ambos—salvando los inconvenientes que para ellos pueda tener en ciertos casos el obrar con representación—, se armoniza el interés de los adquirentes, que de otro modo quedaría defraudada negociando con un mandatario que en realidad estaba plenamente autorizado por el dueño para el fin primordial de la transmisión.

Aunque el contrato de opción (1) no se encuentra regulado específicamente en nuestra legislación civil, la jurisprudencia ha venido recientemente a determinar su naturaleza y efectos, configurándolo como un contrato de carácter y consensual, generalmente unilateral, y con diferencias bien marcadas de la promesa recíproca de compraventa: normada ésta por el artículo 1.451 del Código Civil, y aquél sólo susceptible de ser amparado por las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos, conforme ha declarado la sentencia de 23 de marzo de 1945, de lo cual se infiere que la opción de venta constituye una figura «sui generis», con sustantividad propia, mediante la cual logra el optante de modo exclusivo la facultad de prestar su consentimiento, en el plazo señalado, a la oferta de venta que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido por cuanto se lo impide tal relación jurídica que con finalidad de garantía va aneja a la oferta de venta, con lo que expresado queda que al hacer el optante uso de tal derecho, a la vez que se extingue el contrato de opción por haber surtido ya sus naturales efectos, nace o se perfecciona el de compraventa al producirse con relación a éste el concurso de consentimiento exigido por la ley.

Por lo anteriormente expuesto, es indudable la diferencia que separa al contrato de opción de la bilateral y recíproca promesa de venta, pues mientras en ésta las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar, o sea a prestar su ulterior consentimiento, en el de opción el promitente ha ofrecido la venta, que al ser aceptada por el optante al ejercitar la opción queda la venta perfeccionada y, por tanto, al abordar el Juez la efectividad de la compraventa no sustituye el consentimiento de las partes, sino que sencillamente se limita a ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto y, consiguientemente, la Sala de instancia no aplicó indebidamente los artículos 1.258, 1.269, en relación con el 1.450, todos del Código Civil, porque ello era obligado al haberse perfeccionado la compraventa, así como tampoco se ha infringido la doctrina legal apuntada en el recurso, y muy especialmente la sentencia de 9 de julio de 1940, que hace referencia concreta a la promesa de venta.

(1) Véase esta REVISTA, 1944, págs 49 a 54

V A R I A

FRANCISCO GUIJARRO ARISZABALAGA, Abogado, Inspector, Técnico de Timbre del Estado: *La participación social por acciones y los Valores mobiliarios en el Derecho español (dos figuras jurídicas en elaboración)*. Con un prólogo de RODRIGO URÍA, Catedrático de Derecho Mercantil—Escelicer, S. A., San Sebastián.

Un tomito cuya materia comprende dos partes: "La participación social por acciones" y "Los valores mobiliarios en el Derecho español".

I

Después de afirmar que el concepto de la "participación social por acciones" se halla en trance de elaboración, apoya su tesis no sólo en los razonamientos que prodiga, sino en la discrepancia de los autores nacionales y extranjeros, respecto de cuáles son las características del concepto aludido por la palabra acción.

Desenvuelve con gran copia de datos los antecedentes que señalan el origen de la participación social por acciones, que, según el autor, arranca de los siglos XVII y XVIII, en cuyo transcurso queda plenamente desenvuelta conceptualmente. La pugna general entre las potencias navales (Holanda, Francia e Inglaterra, principalmente) para desenvolver sus empresas coloniales, hizo surgir la necesidad de reunir grandes capitales, cuya cuantía se hallaba muy por encima de las posibilidades de los armadores y aun de las empresas. Para remediar este inconveniente se ideó lo que se llamó "Compañía o Sociedad por acciones", en la que, además del miembro de la "reederei" (socio partícipe por vínculo de condominio en la propiedad de un buque), aparece el partícipe meramente capitalista o financiero, con aportaciones que lle-

garon a ser muy pequeñas para que tanto el esfuerzo como el beneficio pudieran extenderse extraordinariamente.

Desenvuelve el autor con prodigalidad todo lo referente a los caracteres de esas acciones, transmisibilidad, acepciones de la palabra acción, evolución y conclusiones, terminando esta parte con una referencia al descrédito en que cayó la participación social por acciones a causa de diversas consecuencias desagradables producidas en el orden financiero que culminaron con el desastre de la "Company nie d'Ocident".

Al estudiar el concepto de la participación social por acciones en el derecho contemporáneo, concretamente a partir del siglo XIX, que es el de la codificación en todas las ramas del Derecho, incluso en el Mercantil, arranca el examen del Code francés, que regula ya dos formas de sociedad por acciones: la que llama Sociedad anónima y la comanditaria por acciones. Estudia todos los problemas que se presentan en esta materia, con las opiniones de los tratadistas, y concreta en capítulos aparte los correspondientes al Derecho español, señalando las características del concepto de participación por acciones, con examen de los casos de sociedad anónima, comanditaria y de responsabilidad limitada, sin omitir la posición de la Jurisprudencia y de la doctrina científica y conclusiones finales

II

La segunda parte de la obra que examinamos, dedicada, como queda dicho, al estudio de los Valores mobiliarios en el Derecho español, la inicia el autor con la afirmación de que ese estudio plantea dos dificultades iniciales: de un lado la diversidad de acepciones en que ese concepto ha sido utilizado y de otro la escasez de doctrina científica y de preceptos legislativos sobre la materia.

La expresión "valores mobiliarios" por antonomasia se polariza haciendo referencia a las acciones, obligaciones y demás valores análogos, en los que cabe considerar comprendidas como análogas a las acciones.

A) *Las partes de fundador, acciones de industria, etc., salvo en principio las acciones de trabajo.*

B) *Las llamadas acciones de goce, bonos de disfrute de gracia, etcétera, como análogas a las obligaciones.*

- A) Las obligaciones hipotecarias.
- B) Las cédulas hipotecarias de los Bancos de crédito territorial.
- C) Los llamados fondos o Valores públicos.

* * *

Como Apéndice lleva un capítulo de Notas para la elaboración de un concepto de la emisión de Valores mobiliarios.

La obra de Guijarro Arrizabalaga no sólo presenta con notable minuciosidad todos los problemas, matices y soluciones que a ello entiende aplicable el autor, sino que en la copiosa bibliografía y jurisprudencia a que constantemente se refiere, hallarán los que deseen profundizar estos estudios abundante material para su trabajo.

* * *

En la vuelta de la cubierta del libro de que acabamos de ocuparnos, el autor anuncia la próxima publicación de un Índice o Guía bibliográfico que facilite la consulta de la doctrina extendida desde hace cien años en artículos publicados en las principales revistas de Derecho español, de las cuales cita cincuenta y cinco.

No necesitamos encarecer la importancia de ese proyectado Índice que traerá a la actualidad ideas, doctrinas y sugerencias, olvidadas en publicaciones muchas ya desaparecidas, y porque lo estimamos así, animamos al señor Guijarro para que lleve a cabo su proyecto, que entre los profesionales del Derecho tendrá seguramente una entusiasta acogida.

PEDRO JESÚS DE AZURZA Y OZCOZ, Notario: *Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición de reservatario. Aportaciones a la teoría de las "Expectativas"*.

El Instituto Editorial Reus ha editado un folleto conteniendo el trabajo que encabeza estas líneas, publicado por su autor en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (julio-agosto de 1946).

Se trata de una monografía completísima sobre el problema que la motiva, en la que se examinan las aportaciones de una numerosa literatura jurídica, y las de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se abordan los problemas relacionados con el principal de la posición

del resecvatorio y se llega a las conclusiones que marcan, al sentir del autor, la situación definitiva de aquél.

El folleto que nos ocupa es del más alto interés para cuantos le tengan por el estudio de este problema, por lo cual auguramos a la publicación del Sr. Azurza un éxito seguro.

MARCELINO CAETANO: *Tratado Elemental de Derecho Administrativo (Teoría general)*. Traducción y notas de L. LÓPEZ RODÓ.—Santiago, 1946.

Ha aparecido recientemente en Santiago la traducción de una obra de Derecho Administrativo procedente de la otra ribera del Miño: el *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, de Marcelo Caetano, publicado en Coimbra en 1944 y vertido al español por el Profesor L. López Rodó, Catedrático de la Universidad gallega.

A la vista del fascículo publicado de la obra, nada más claro para la perfecta inteligencia de ésta, que leer los prólogos del traductor y del autor que avaloran considerablemente el libro; por ellos podrá formar el lector, mejor que de ningún otro modo, cabal juicio de esta gran obra que es—sin hipérbole alguna— el *Tratado* de Caetano.

No es esta obra la primera que de este género acomete el autor: ya hace diez años que apareció su "Manual de Direito Administrativo", y aunque de pretensiones reducidas, la acogida dispensada por la crítica dentro y fuera de Portugal, hubiera colmado las aspiraciones de otro menos ambicioso que el Profesor de Lisboa.

En ella no pretendía Caetano más que construir, así, construir, un Derecho administrativo *portugués* haciendo el inventario de todo lo que había aprovechable: legislación, doctrina y jurisprudencia nacionales, emancipando el Derecho Administrativo portugués del yugo extranjero, y con preferencia el francés, que hasta entonces tan resignadamente soportara.

Pero como decíamos, el Profesor Caetano no se conformó con esto, sino que, continuamente en inquietud de superación, se dedicó con ahinco a la elaboración de su *Tratado Elemental de Direito Administrativo*, del que publicó hasta ahora solamente la Doctrina General (tomo I).

El *Tratado* de Caetano no es un libro más de Derecho Administrativo y menos en España.

La mejor recensión que podría hacerse de esta obra sería la transcripción íntegra de su 5.º (Método y Plan): en él vemos el pensamiento capital que dirigió los afanes de Caetano: lograr la máxima juridicidad para el Derecho Administrativo.

Caetano, por caminos ya trazados por Stammler y Kelsen, afirma que ha de partir de una serie de conceptos apriorísticos, como son los de Derecho, Estado, Norma y otros muchos, que son las "formas" previamente elaboradas dentro de las cuales se han de verter después los materiales apropiados.

Este punto de partida nos señala ya la índole constructiva—frente a la descriptiva, más fácil y menos científica—de este Tratado.

Aunque, como veremos luego, no desdeña la Filosofía, Caetano no pierde nunca de vista, que si hay alguna rama del Derecho a la que se puede calificar de positiva, forzosamente tendrá que ser la administrativa.

Por eso toda la materia jurídicoadministrativa ha de estar integrada por las fuentes del Derecho, por los preceptos legales y las respectivas interpretaciones dadas a los mismos por los órganos competentes.

De ellos, en esta construcción ascensional, se extraen las normas de cuyo examen induciremos los principios, previa la sistematización de aquéllas. Esta construcción es, pues, dogmáticopositiva, asentada en postulados formales y en la ley positiva: sobre ellos se va a construir.

El Derecho Administrativo, visto desde este ángulo, será, pues, un Derecho formal, cuyos conceptos fundamentales, postulados *a priori*, formas, son relativamente independientes del contenido que la política quiera verter en ellos. Con un ejemplo lo explica el autor.

"El privilegio de ejecución previa es siempre el mismo, ya sirva para la realización de designios liberales o de un programa socialista. El Gobierno socialista hipertrofiará la Administración pública, de lo que se seguirá la tendencia a poner ese privilegio al servicio de mayor número de intereses que bajo un régimen liberal: pero no importa, la esencia de ese privilegio es la misma en uno y otro sistema."

Si nosotros, pues, sin llegar a eliminar lo contingente, lo variable en el Derecho Administrativo, lo reducimos a sus justos límites, nos quedamos con la forma, estamos en presencia indudablemente de un método exclusivamente jurídico. Consecuencia: la eliminación del De-

recho Administrativo de tantas y tantas consideraciones' económicas, políticas, históricas, filosóficas que hasta ahora, dice Caetano, han sido mezcladas indistintamente con las nociones jurídicas.

"Durante un siglo fué considerada nuestra disciplina como una ciencia política subordinada a las conveniencias del Gobierno: es hora de reaccionar contra esa concepción y de reivindicar su carácter estrictamente jurídico."

Pero ya hemos advertido—con Caetano—que esto no significa la eliminación de todos esos aspectos contingentes de Derecho Administrativo, sino la justa relegación a un segundo plano (o a un tercero, ¿por qué no?): El jurista y, por lo tanto, el administrativista, ha de tener una sólida cultura económica, histórica, filosófica, política, pero sin que llegue a hacerle olvidar eso, que ante todo es *sólo* un jurista.

El Profesor Caetano hace especial hincapié en el aspecto especulativo, filosóficojurídico.

El hecho del conflicto presentado varias veces en el transcurso del libro entre la justicia y la seguridad, es una prueba más de ello.

El autor abandona en el Tratado el plan que presidió la redacción del "Manual"—Organización administrativa, actividad administrativa, contenciosoadministrativo—entre otras consideraciones por la pedagógica, puesto que no va de lo más fácil a lo más difícil, aparte de que conviene tener algunos conceptos fundamentales como los de acto y contrato administrativo desde los primeros momentos..

Este plan "objetivo", no obstante la favorable crítica que se le hizo entre otros por R. Bonnard, lo ha sustituido en el *Tratado* por otro más pedagógico y, sobre todo, más jurídico: es el criterio de la relación jurídica: I. Teoría general de la relación jurídica (sujeto, objeto, hecho, garantía). II. Sistema de las relaciones jurídicas. III. Proceso contenciosoadministrativo. El criterio de la relación jurídica, conocida ya por los que estudian el Derecho Administrativo por sus conocimientos de Derecho Civil, podría hacer exclamar a los estudiantes de nuestras Facultades, lo que a Paulo Cunha, según cuenta el Profesor Rodó en su prólogo: que él, civilista, discurre por el Tratado de Caetano como por su propia casa.

Una cosa que no podemos silenciar es la gran vocación de administrativista del Catedrático portugués, esa pasión que le hace decir en el prólogo que el Derecho Administrativo "ya dejó de ser el astro de segunda magnitud al lado del esplendoroso Derecho Civil"; o aquel

otro detalle, la omisión del consabido punto sobre la sustantividad del Derecho Administrativo, como quien está firmemente persuadido de la autonomía de su ciencia.

Pero si hablamos de este libro, no podemos limitarnos a la labor del profesor Caetano, no podemos pasar en silencio la magnífica aportación de López Rodó, de sobra conocido entre nosotros por sus numerosas publicaciones.

Aunque el libro se halla limitado en lo posible, obedeciendo al designio del autor, al aspecto teórico-general y más o menos estable del Derecho Administrativo, citando, por consiguiente, poca legislación y prescindiendo de los aspectos más contingentes, aun así y todo, decimos, esta obra no habría sido utilizable por nosotros en todas sus posibilidades a no ser por la colaboración—se le puede llamar así—del Catedrático de la Universidad de Santiago, que tanto ha añadido en tan pocas páginas; sus notas bibliográficas, sus adiciones de legislación y jurisprudencia españolas y, sobre todo, las referencias complementarias a la doctrina, son de incalculable valor, especialmente los puntos concisos, pero elocuentes, que hacen referencia al régimen Administrativo español y el titulado “El Derecho Administrativo en España”, rápida revista de lo que ha sido hasta hoy el Derecho Administrativo en nuestra Patria.

De todas formas, lo más interesante de la labor de Caetano es su deseo de renovación constante, al no considerarla el autor definitiva—definitiva en el sentido de inmutable—, pues él se cuida de advertir—siempre la inquietud científica—que “un hombre sólo puede descansar *ad aeternum* sobre una opinión jurídica si no piensa más en ella”.

AURELIO GUAITA,

Profesor de la Facultad de Derecho
de Santiago.